



Segunda edición

Derecho constitucional económico

Tomo II: Recursos naturales,
servicios públicos y régimen
financiero

Baldo Kresalja
César Ochoa

DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO
TOMO II: RECURSOS NATURALES, SERVICIOS PÚBLICOS Y RÉGIMEN FINANCIERO

Baldo Kresalja y César Ochoa

DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

Tomo II

Recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero

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. 2020-02889
ISBN 978-612-317-555-9 (t.2)
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: 2020-010

Derecho constitucional económico

Tomo II: Recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero

© 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° 2020-02889

ISBN: 978-612-317-555-9

Registro del Proyecto Editorial: 31501362000186

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

ÍNDICE

CAPÍTULO 14. LIBERTAD DE COMERCIO EXTERIOR E INTERIOR	13
1. Generalidades	13
2. El comercio interior	19
3. La libertad de comercio exterior	25
4. Competencia del gobierno nacional en materia de comercio exterior	29
5. El comercio exterior en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones	31
6. La Organización Mundial del Comercio	32
7. El comercio electrónico	36
CAPÍTULO 15. EL RÉGIMEN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA	41
1. Generalidades	41
2. La Doctrina Calvo y su recepción en el Perú	45
3. El régimen de igualdad jurídica entre la inversión nacional y extranjera en la Constitución peruana de 1993	49
4. El arbitraje y los instrumentos de protección de la inversión extranjera	53
4.1. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materias de inversión y regulación	53
4.2. Los tratados bilaterales de inversión y la protección contra la expropiación indirecta	57
4.3. El arbitraje internacional de inversiones y el derecho administrativo global	63
5. Los acuerdos bilaterales de libre comercio	65
CAPÍTULO 16. EL DOMINIO PÚBLICO Y SU EVOLUCIÓN	73
1. Antecedentes: zona de abandono en el derecho peruano	73
2. Naturaleza jurídica. El dominio público como potestad de intervención estatal	74
3. Los atributos de la inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público	78
4. La inembargabilidad de los bienes de dominio público y de otros bienes y derechos de la Administración Pública	80
5. El régimen de los bienes e infraestructuras de uso público	82

CAPÍTULO 17. LA SOBERANÍA DEL ESTADO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES.	
LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMO RECURSOS ESTRATÉGICOS	85
1. Introducción: definición de los recursos naturales	85
2. Las teorías que fundamentan el vínculo del Estado sobre los recursos naturales	89
2.1. La teoría del dominio eminente y soberano	89
2.2. La teoría del dominio público	92
2.3. La teoría de la <i>publicatio</i>	94
2.4. La teoría patrimonialista	95
2.5. La teoría de la titularidad pública colectivizada	97
2.6. A modo de conclusión	98
3. La regulación sectorial de los recursos naturales	99
3.1. El régimen jurídico de los recursos hídricos	99
3.2. El régimen jurídico de la minería	101
3.3. El régimen jurídico de los recursos forestales y de fauna	104
3.4. El régimen jurídico de los recursos pesqueros	106
3.5. El régimen jurídico de los hidrocarburos	107
4. La diversidad biológica y los conocimientos tradicionales como recursos estratégicos	109
CAPÍTULO 18. FORMAS DE INTERVENCIÓN ECONÓMICA DE LA ADMINISTRACIÓN	123
1. Introducción	123
2. El poder de policía y su evolución en el Estado constitucional	124
3. La actividad administrativa de fomento como promoción del desarrollo económico	126
4. La regulación económica	129
5. La planificación estratégica	134
6. La intervención extraordinaria: los decretos de urgencia	148
6.1. Antecedentes y debate sobre los decretos de urgencia en el Perú	148
6.2. Características y requisitos de los decretos de urgencia en el ordenamiento peruano	152
CAPÍTULO 19. CONCEPTO Y REALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO	165
1. Introducción	165
2. Concepto y notas definitorias del servicio público	172
3. La evolución del concepto de servicio público: el servicio económico de interés general y el servicio universal	177
4. Los servicios públicos sociales	180
5. Los derechos de acciones positivas del Estado: de la protección a la salud a la educación y seguridad social	182
5.1. Concepto de derechos a acciones positivas del Estado	182
5.2. Los derechos a acciones positivas del Estado en los tratados internacionales	185
5.3. Los derechos a las acciones positivas del Estado en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional	191
6. El modelo constitucional de la seguridad social y los sistemas privados de salud y pensiones	195
7. El régimen de servicio privado de interés público de la radio y televisión	201

CAPÍTULO 20. EL SISTEMA MONETARIO Y BANCARIO	209
1. Introducción	210
2. Autonomía de los bancos centrales	215
3. La política monetaria del ordoliberalismo y la economía social de mercado	218
4. La formulación de la política monetaria y financiera	219
5. El capítulo V de la moneda y la banca	222
5.1. Objetivos	222
5.2. Sistema monetario	223
5.3. Banco Central de Reserva	224
6. Fomento y garantía del ahorro	237
7. Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones	240
8. Moneda extranjera	242
9. Globalización financiera y soberanía recortada	244
CAPÍTULO 21. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO	253
1. Introducción: la constitución financiera en el marco del Estado social	253
2. La definición constitucional del tributo y el principio de capacidad contributiva	261
2.1. Definición del tributo	261
2.2. El principio de capacidad contributiva en la doctrina y la jurisprudencia	262
3. Los principios rectores de la potestad tributaria del Estado	266
3.1. El principio de reserva de ley	266
3.2. El principio de igualdad tributaria	274
3.3. El principio de no confiscatoriedad	282
3.4. El principio de razonabilidad de las leyes y su aplicación en materia tributaria	289
3.5. El principio de respeto de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito tributario	292
3.6. El principio de seguridad jurídica tributaria	302
4. Los efectos en el tiempo de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad en materia tributaria	311
CAPÍTULO 22. EL RÉGIMEN DE LA HACIENDA PÚBLICA	315
1. Cuestiones preliminares	315
2. Los principios rectores del régimen presupuestario del Estado	319
2.1. El principio de legalidad presupuestaria	320
2.2. El principio de anualidad	323
2.3. El principio de competencia	324
2.4. El principio de anticipación	332
2.5. El principio de unicidad y universalidad presupuestaria	334
2.6. El principio de equilibrio presupuestario	336
2.7. El principio de exclusividad presupuestaria	338
2.8. El principio de justicia financiera	340
2.9. El principio de administración común de recursos públicos	344
2.10. El principio de publicidad y transparencia fiscal	345
2.11. El principio de sanidad de las finanzas públicas	347
3. El régimen del crédito y la deuda pública	350

CAPÍTULO 23. EL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO	355
1. Introducción	355
2. La Cuenta General de la República	360
3. La Contraloría General de la República	363
4. La contratación pública y sus principios rectores	371
4.1. Los principios y el orden constitucional	373
CAPÍTULO 24. LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL	381
1. Concepto de la descentralización del Estado	381
2. La descentralización en el Perú durante el siglo XIX	383
3. La descentralización en el Perú durante el siglo XX	388
4. La descentralización económica y fiscal en la Constitución de 1993 y sus reformas	394
5. La descentralización fiscal de las regiones y municipalidades	398
5.1. Los modelos de descentralización fiscal y el modelo peruano	398
5.2. El canon	401
5.3. El Fondo de Compensación Regional	403
5.4. La descentralización fiscal de las municipalidades	404
CAPÍTULO 25. LA TUTELA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES	409
1. El rol del Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución	409
1.1. Introducción	409
1.2. El Tribunal Constitucional peruano como poder político	413
1.3. El fundamento jurisprudencial del régimen económico	416
2. Los entes reguladores de los servicios públicos y la agencia de defensa de la competencia	419
2.1. Generalidades	419
2.2. Los organismos reguladores de servicios públicos	421
2.3. Funciones de los organismos reguladores en el Perú	424
2.4. El Indecopi	428
3. La Superintendencia del Mercado de Valores	429
4. La Defensoría del Pueblo	434
5. Los procesos constitucionales de amparo, hábeas data y cumplimiento	438
5.1. El proceso de amparo	438
5.2. El proceso de hábeas data	440
5.3. El proceso de cumplimiento	443
6. Los procesos constitucionales de inconstitucionalidad y acción popular	445
6.1. El proceso de inconstitucionalidad	445
6.2. El proceso constitucional de acción popular	446
7. El procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo	448
7.1. El procedimiento administrativo y los tribunales administrativos	448
7.2. El proceso contencioso administrativo	450
8. La propuesta de un Consejo de Estado	452

CAPÍTULO 26. ENJUICIAMIENTO CRÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993: PROPUESTA PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y PROSPECTIVA SOBRE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	457
1. Crítica al régimen político hiperpresidencialista y necesidad de su reforma	457
2. Enjuiciamiento al régimen económico de la Constitución de 1993	469
3. Lo que debería mantenerse, suprimirse y perfeccionar en el actual régimen económico	472
4. Prospectiva sobre la constitución económica	479
4.1. El Estado social en el siglo XXI y la interpretación innovativa del Tribunal Constitucional	479
4.2. Reforma del Estado y las autoridades administrativas independientes	481
4.3. El planeamiento estratégico	482
4.4. El cambio climático y el desarrollo ambiental sostenible	483
4.5. La descentralización económica	483
4.6. La sociedad red	484
4.7. La lucha contra la corrupción	485
4.8. A modo de conclusión	486
 CAPÍTULO 27. ÉTICA PARA EL DESARROLLO	 489
1. Generalidades	490
2. Globalización y tecnología	492
3. Ética cívica (de mínimos y de máximos)	495
4. Ética para el desarrollo	497
5. Bienestar, exigencias de justicia y satisfacción de necesidades	502
6. Vinculación entre ética y derecho	506
7. Nueva <i>lex mercatoria</i> y empresa multinacional	508
8. Ética aplicada a la economía y a la empresa	513
9. Responsabilidad social de la empresa y derechos humanos	519
10. Hacia una ética planetaria	524
 BIBLIOGRAFÍA	 531

CAPÍTULO 14

LIBERTAD DE COMERCIO EXTERIOR E INTERIOR

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. GENERALIDADES

Con acierto, Deppeler afirma que «el comercio es la vida misma» (Deppeler, 2005, p. 17). Así, se considera que sus orígenes se ubican en la historia de la humanidad en la denominada revolución neolítica¹. Como afirma Martín Mateo, el comercio como intercambio de bienes ha sido un factor decisivo en la evolución histórica, ya que impulsa el progreso económico, hace posible la división del trabajo en una sociedad compleja y facilita el ejercicio de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales (Martín Mateo, 2003, p. 321).

El término «comercio» ha sido interpretado en ciertos ordenamientos —como el argentino—, en un sentido muy lato y expansivo, como todo tipo de intercambio o tráfico no solo de bienes o mercaderías, sino también de personas, ideas e imágenes que en forma directa o indirecta afectan las relaciones con el extranjero o de las entidades territoriales descentralizadas entre sí (Dalla Via, 1999, p. 418). De esta forma, el artículo 14 de la Constitución reconoce, entre otros derechos, navegar y comerciar.

¹ «Pero, apenas terminada la Edad del Hielo, la actitud del hombre (o más bien de algunas comunidades) hacia su medio ambiente, sufrió un cambio radical, preñado de consecuencias revolucionarias para la especie entera. [...] La primera revolución que transformó la economía humana dio al hombre el control sobre su propio abastecimiento de alimentos. El hombre comenzó a sembrar, a cultivar y a mejorar por selección algunas yerbas, raíces y arbustos comestibles. Y, también, logró domesticar y unir firmemente a su persona a ciertas especies de animales, en correspondencia a los forrajes que les podía ofrecer, a la protección que estaba en condiciones de depararles y a la providencia que representaba para ellos» (Childe, 1996, pp. 85-86).

¿Hay una «producción» que pueda llamarse comercial? ¿El comercio «produce», en el sentido que esta palabra tiene en la economía política? Hoy no hay un solo economista que no dé una solución afirmativa a esta cuestión.

Entienden por «producción» los economistas, no la creación material de una cosa que carecía de existencia (el hombre no tiene semejante facultad), sino la transformación que los objetos reciben de su industria, haciéndose aptos para satisfacer alguna necesidad del hombre y adquiriendo por lo tanto un valor. En este sentido el comercio contribuye a la producción en el mismo grado que la agricultura y las maquinas aumentando el valor de los productos por medio de su traslación de un punto en que valen menos a un punto en que valen más. Un quintal de cobre de Coquimbo tiene más valor en un almacén de Liverpool, por la obra del comerciante que lo ha transportado del país en que no era necesario al país en que puede ser útil.

El comercio es un medio de civilización, sobre todo para nuestro continente, además que de enriquecimiento; pero es bajo este último aspecto como aquí le tomaremos.

Ninguna de nuestras fuentes naturales de riqueza se hallaba tan cegada como esta; y por ello, si el comercio es la industria que más libertades haya recibido de la Constitución, es porque ninguna las necesitaba en mayor grado, haciendo ella sido la que soportó el peso de nuestro antiguo régimen colonial, que pudo definirse el código de nuestra opresión mercantil y marítima.

Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853
Juan Bautista Alberdi

En el derecho comparado, cabe citar a la denominada «cláusula de comercio» de la Constitución de los Estados Unidos de América, de aplicación e interpretación extensiva dentro de su sistema federal. En su artículo primero, sección octava, cláusula tercera, se declara: «El Congreso tendrá la potestad [...] para regular el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diversos Estados, y con las tribus indias».

En el caso *Cooley vs. Board of Wardens*, fallado por la Corte Suprema en 1851, se reconoció, en materia de comercio, un poder nacional a cargo del Congreso al servicio de la unidad económica de la Unión y un poder local asignado a los estados miembros al servicio de la diversidad de las peculiaridades locales dentro de su jurisdicción territorial (p. 415).

Desde 1937, el Congreso de los Estados Unidos ha consolidado un poder muy amplio para regular todas las cuestiones que afecten el ámbito económico y de las relaciones laborales sobre la base de la Cláusula de Comercio. Así, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema precisó, dentro de los alcances de dicha cláusula, la prevalencia, dentro del ordenamiento jurídico estadounidense, de las normas de fuente federal en el caso *United States vs. Darby*, en 1941. El *justice Stone*, invocando

la cláusula, sostuvo que el Congreso tiene la potestad para excluir del tráfico los artículos cuyo uso considere perjudicial para la salud, moral o el bienestar públicos en los estados a los cuales van destinados, incluso aun cuando el estado integrante de la Unión no haya intentado regular su uso (citado por Dalla Via, 1999, p. 418).

En el Perú del siglo XVIII, destaca contra el libre comercio el pensamiento de Bravo de Lagunas quien, bajo la influencia del mercantilismo, proponía el proteccionismo comercial, prohibiendo el ingreso de mercancías extranjeras para proteger a la producción nacional (Macera, 2014, p. 37).

De acuerdo con el mercantilismo, la prosperidad de una Nación estaba relacionada con la acumulación de capital que se identificaba con los metales preciosos. Así, América Latina debía adquirir todos sus bienes importados de España y Portugal; además, debía vender sus productos de exportación (excepto oro y plata) en ese mismo mercado. Se impuso un monopolio y un monopsonio comercial a sus colonias, con lo que se favoreció la exportación de productos latinoamericanos, siempre que no compitiesen con la Madre Patria y no se vendieran en ella (Bulmer-Thomas, 2002, pp. 39-41).

En el Perú del siglo XIX, desde los inicios de la República, el concepto de comercio ha sido fundamental en materia de las relaciones económicas. Así, el protector José San Martín dictó el Estatuto Provisional de 1821 que, en su artículo 5, proclamó que «se arreglará el comercio interior y exterior conforme a los principios liberales de los que esencialmente depende la prosperidad del país».

De este modo, se inicia la ruptura con el orden colonial que consagró el sometimiento al monopolio comercial español.

El debate entre el liberalismo y el proteccionismo como alternativas de política económica de la República peruana estuvo en el centro de las discusiones en la primera mitad del siglo XIX. Como señala Bonilla:

Una de las principales medidas que tomó el gobierno de la naciente República del Perú fue el establecimiento de una irrestricta libertad de comercio con todas las naciones del mundo. La libertad económica como corolario de la libertad política, por consiguiente, cancelaba una de las expresiones más importantes de la política mercantilista que había establecido la metrópoli española sobre sus colonias americanas. [...] El contexto fue un mundo internacional controlado por Inglaterra, cuya hegemonía para mantenerse y expandirse necesitaba de nuevos mercados para colocar sus mercancías. Como consecuencia de la revolución industrial que eleva sustancialmente la productividad del trabajo, el acceso y el control de los mercados ultramarinos se convierte, vía el *free trade*, en el objetivo central de la política británica. En este contexto no es difícil imaginar el enorme interés que despertará en Inglaterra los movimientos tendientes a la ruptura del pacto colonial establecido entre España y América, porque su desenlace implicaba justamente la apertura de nuevos mercados. Para los jóvenes gobiernos de la América Latina,

recíprocamente, la quiebra de aquellos obstáculos que frenaban la constitución y la circulación de las mercancías era un objetivo explícitamente planteado. Pero la aplicación de esta irrestricta libertad de comercio que era el corolario de la ideología económica implicaba un grave riesgo (Bonilla, 2005, pp. 941-942).

El Perú osciló entre una política liberal hacia las importaciones y la prohibición total (Bulmer-Thomas, 2002, p. 62). Entre 1821 y 1826, se expiden cinco reglamentos de comercio. El primer primero es el provisorio, de 1821. En 1826, se dicta el reglamento, de corte liberal, inspirado por el ministro de Hacienda, José de Larrea y Loredó. El reglamento del 6 de junio de 1826 estableció el principio de libertad e igualdad para todas las naciones, declaró la libertad de importación para productos que eran considerados indispensables para el desarrollo del país, gravó otros artículos que se producían en escala suficiente para su propio consumo y se reiteró la abolición de las aduanas interiores, no dejando subsistentes sino las fronterizas y las marítimas (Romero, 2006, pp. 257-258).

La ley del 13 de junio de 1828, llamada «Ley de prohibiciones», cerró en lo absoluto el ingreso de mercancías extranjeras similares a la producción nacional. Dentro de esa línea hiperproteccionista, se inspiró el reglamento de comercio del 6 de noviembre de 1833, cuya vigencia fue breve por cuanto fue suspendido el 8 de marzo de 1834 por un decreto que restableció al reglamento del 6 de junio de 1826. El 30 de noviembre de 1840 se promulgó un nuevo reglamento de comercio inspirado en principios más liberales (Basadre, 1999, II, pp. 478-480).

En el siglo XX, en América Latina, a partir de la depresión de la década de 1930, se desplomó el sistema multilateral de comercio, pagos y el patrón oro. Los centros industriales, como la propia Inglaterra, protegieron sus mercados internos, establecieron regímenes preferenciales de comercio con los países de su zona de influencia y controlaron los movimientos de capitales. El derrumbe del comercio internacional y de los precios de los productos primarios de exportación plantearon problemas sin precedentes en América Latina. En ese contexto, el modelo de la industrialización por sustitución de importaciones (ISI) fue la respuesta a la escasez de bienes que ya no podían importarse por la caída de la capacidad de pagos externos (Ferrer, 1998, p. 159). En el medio siglo que siguió a la depresión de 1929, los países más grandes de América Latina favorecieron el desarrollo interno basado en la sustitución de importaciones (Bulmer-Thomas, 2002, p. 167).

Desde fines de los años cuarenta del siglo XX, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), bajo el influjo de Raúl Prebisch, propuso compatibilizar la inserción de los países latinoamericanos en el mercado internacional con la transformación del crecimiento interno y la orientación del propio destino impulsando la integración latinoamericana (Ferrer, 1998, p. 167). Si bien la CEPAL

promovió la industrialización por sustitución de importaciones, debe destacarse el hecho histórico que también advirtió de la insuficiente atención a las exportaciones de manufacturas. En un documento de 1961, titulado «Desarrollo económico, planeamiento y cooperación internacional», se advertía que «la industrialización cerrada por el proteccionismo excesivo, y así también los aranceles desmesurados sobre ciertos productos agrícolas importantes, han creado una estructura de costos que dificulta sobremanera la exportación de manufacturas al resto del mundo».

En el Perú, la ISI empezó tardíamente durante el primer gobierno de Belaunde (1963-1968) y se radicaliza, tanto en términos de protección al mercado interno como del grado de intervención del Estado, en la economía en la denominada «primera fase» del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada que presidió el general Juan Velasco Alvarado (1968-1975) (Dancourt, 1999, pp. 51-52). Así, impuso restricciones a las importaciones, el otorgamiento de licencias para las ellas, el monopolio de importación para el Estado y diversas medidas que limitaban el acceso a moneda extranjera a las importaciones, además de controles de cambio (Zegarra, 2014, pp. 85-86). Durante ese periodo, el artículo 7 del decreto ley 18350 reservó para el sector público las industrias básicas.

La Constitución peruana de 1979 declaró, en su artículo 117, que «el comercio exterior es libre» y, en su segundo párrafo, afirmó que: «El Estado promueve la cooperación entre los pueblos para alcanzar un orden económico internacional justo» dentro de un techo ideológico que afirmaba la necesidad de los países del denominado tercer mundo de alcanzar un nuevo orden económico internacional que procure relaciones económicas internacionales más equitativas y con respeto a la soberanía económica de los países en subdesarrollo.

Con la globalización de los años noventa y el predominio en América Latina de las políticas del Consenso de Washington, se generó un nuevo paradigma según el cual la única posibilidad para los países en desarrollo es la aplicación de políticas amigables para los mercados para beneficiarse de la inversión extranjera directa.

En esa dirección, se atribuyó parte de la responsabilidad de la crisis de América Latina en la década de 1980 a las recomendaciones de la CEPAL. En realidad, esta propuso generar ventajas comparativas dinámicas y promover las exportaciones como la experiencia de los países del sudeste asiático.

La validez de la teoría de las ventajas comparativas que afirma la necesidad de los países de especializarse en la producción de bienes en los que son más eficientes que las industrias extranjeras para alcanzar mayor rentabilidad y competitividad no está en discusión, sino su aplicación para perpetuar una división internacional del trabajo en la que la mayoría de los países del capitalismo periférico son rezagados a mantenerse dentro de un modelo económico primario exportador.

Algunos de los países desarrollados que se han mostrado como los más ardientes defensores de la liberalización comercial han sido en cierto modo hipócritas en su postura. Han negociado la reducción de aranceles y la eliminación de subvenciones para productos en los que ellos tienen una ventaja comparativa, pero son más reticentes a abrir sus propios mercados y a eliminar sus propias subvenciones en otras áreas en las que los países en desarrollo tienen la ventaja. Como resultado ahora tenemos un régimen de comercio internacional que, en muchos aspectos, deja en desventaja a los países en desarrollo.

Comercio justo para todos
Joseph E. Stiglitz

En ese nuevo contexto de globalización, la apertura al comercio exterior tiene como beneficios: garantizar la libertad de elegir de los consumidores y mejorar las condiciones para la adquisición de insumos y materias primas para la industria. Empero, los resultados de la globalización neoliberal, en particular para América Latina, ponen en duda el argumento de que el libre comercio y la integración económica llevarán al desarrollo y a la disminución de la brecha entre el norte y el sur. Es por ello que América Latina necesita buscar una inserción más equitativa en el sistema mundial y establecer relaciones más simétricas tanto con los países del norte como con los mercados financieros y con las empresas transnacionales. Mientras tanto, paralelo a la búsqueda de dicho cambio, se están generando alternativas que buscan sociedades más justas aunque a pequeña escala, como el movimiento Comercio Justo, organizado a nivel internacional a través de redes integradas por productores, organizaciones, comerciantes y consumidores, que busca un modelo de intercambio comercial más equitativo, a través del desarrollo sostenible y del acceso de los productores más desfavorecidos de sur al mercado con productos de calidad material, social y ambiental (Ceccon, 2008, pp. 57-59).

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

de toda clase». El artículo 9 prohíbe en la importación la aplicación de sobretasas, alícuotas o cualquier otro gravamen con la sola excepción de los derechos arancelarios y de los impuestos que gravan también la venta interna de bienes.

Esta norma jurídica fue meses más tarde complementada con la ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, aprobada mediante decreto legislativo 701, expedido en noviembre de 1991, y que fue sustituido por el decreto legislativo 1034, de junio de 2008, que es de aplicación —dice en su artículo 4— «a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero». Esta disposición se complementa con el decreto legislativo 1044, que aprueba la ley de represión de competencia desleal y que, en su artículo 1, señala como su finalidad reprimir «todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo», proceso este último que solo puede llevarse a cabo mediante el comercio, entendido en su sentido más amplio.

Los mencionados principios se encuentren vigentes y constituyen la expresión de la política de comercio internacional del Perú, consolidadas en el artículo 63 de la Constitución de 1993 que proclama, como principio rector del régimen económico, la libertad de comercio exterior (Ávila Cabrera, 2006, p. 884).

El régimen del comercio interior y aranceles son de competencia exclusiva del gobierno nacional, conforme al literal h del artículo 26.1 de la ley 27783 (Ley de Bases de la Descentralización).

2. EL COMERCIO INTERIOR

La libertad de comercio interior —reconocida en el artículo 59 de la Constitución peruana de 1993, que declara que el Estado garantiza la libertad de comercio e industria— debe ser entendida como una manifestación de la libertad de intercambio o tráfico de bienes y servicios destinados a satisfacer la demanda de los consumidores. Las empresas pueden comercializar libremente los productos manufacturados en el país sin necesidad de registro o inscripción previa y sin más sujeción que a las normas específicas que les son de aplicación por razones de salud o seguridad. Así, por decreto legislativo 1004, se eliminó el Registro de Productos Industriales Nacionales (RPIN), creado mediante la ley 23407. En su exposición de motivos, dicho decreto legislativo afirma que el RPIN:

[...] contradice lo señalado por el artículo 59 de la Constitución Política del Perú el cual establece que el Estado debe estimular la creación de riqueza. En tal sentido, teniendo en cuenta que el comercio de bienes genera progreso económico,

es de notar que todo aquello que lo obstaculice genera costos de transacción que impiden mejorar la economía del país y reduce la competitividad de la misma. Bajo este orden de ideas, toda norma que entorpece el comercio retarda el progreso económico.

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

Un ejemplo de regulación en materia de alimentos está consignado el decreto legislativo 1062, que aprueba la ley de inocuidad de los alimentos y cuya finalidad es «garantizar la inocuidad de los alimentos destinados al consumo humano con el propósito de proteger la vida y la salud de las personas, reconociendo y asegurando los derechos de los consumidores y promoviendo la competitividad de los agentes económicos involucrados en toda la cadena alimentaria». Con ello, los consumidores deben recibir de los proveedores la información necesaria para tomar una decisión de consumo debiendo estos cumplir con las normas sanitarias y de calidad aprobadas por la autoridad de salud. Los consumidores deberán recibir protección contra las prácticas fraudulentas y los alimentos alterados, adulterados, etc., y pueden reclamar daños y perjuicios. Las autoridades en esta materia están constituidas por una comisión multisectorial permanente y por el Ministerio de Salud, que establece las normas generales de higiene, así como las correspondientes, entre otras, a la vigilancia sanitaria, medidas de seguridad e infracciones. En materia agraria, la autoridad es el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA), creado por el decreto ley 25902 del año 1992; mientras que, en materia pesquera, tenemos al Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (SANIPES), creado por la ley 30063 del año 2013.

Los gobiernos regionales y locales están obligados a aplicar esta ley dentro del ámbito de su circunscripción territorial, estando el control y la vigilancia del comercio interno de alimentos agropecuarios a cargo de los gobiernos locales, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades.

El decreto legislativo 1047, de junio de 2008, por el que se aprueba la ley de organización y funciones del Ministerio de la Producción, ha determinado que este será competente en materia de comercio interior, siendo función del Viceministro de Industria y Comercio —de acuerdo al artículo 12— el promover el comercio interno y las inversiones vinculadas al mismo, orientar y facilitar la organización del comercio

interno en cadenas productivas y, entre otras, proponer medidas para simplificar las cadenas de comercialización. Hay que advertir, sin embargo, que estas competencias son compartidas con los gobiernos regionales y locales, que deben —según el artículo 14 del antes mencionado decreto legislativo— coordinar «con los gobiernos regionales y locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales y la evaluación de su cumplimiento».

A nuestro juicio, la competencia del gobierno nacional para regular en esta materia es concordante con sus responsabilidades constitucionales de garantizar la unidad del mercado y el principio de igualdad ante la ley (Martín Mateo, 2003, p. 328).

En esa dirección, en la STC Exp. 00014-2009-PI/TC (caso Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima c. Congreso de la República), en el fundamento jurídico 10, se precisa, sobre las competencias de los gobiernos regionales y locales, que:

[...] la autonomía municipal o regional no puede afectar la unidad del mercado, ya que ello podría implicar una afectación al propio sistema de economía social de mercado dispuesto por la Constitución. La autonomía regional y municipal, como ya se ha dicho a lo largo de la jurisprudencia de este Tribunal, no debe ser confundida con la autarquía. Así, si bien los órganos locales y regionales tienen amplias facultades constitucionales para coadyuvar al desarrollo económico del país, ello no puede implicar que las políticas locales o regionales que pretendan el desarrollo económico contravengan a las políticas nacionales dirigidas a procurar el bienestar nacional.

Sin perjuicio de ello, hay diversos aspectos de ordenación urbanística y del territorio a cargo de las municipalidades que inciden en la regulación del comercio interior, conforme a la Constitución y a la ley 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades). A este respecto, las competencias constitucionales asignadas a las municipalidades en los incisos 5 y 6 del artículo 195 de la Constitución son: organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad y planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial.

El artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en su apartado 3.6.4, prevé que es competencia exclusiva de las municipalidades distritales normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, así como realizar la fiscalización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación.

Con relación al abastecimiento y comercialización de productos y servicios, la Ley Orgánica de Municipalidades establece, en el inciso 1 del artículo 83, que las municipalidades provinciales ejercen las funciones de: regular las normas respecto

del acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas, en concordancia con las normas nacionales de la materia; y establecer las normas respecto del comercio ambulatorio. En su inciso 2, establece las funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales: construir, equipar y mantener, directamente o por concesión, mercados de abastos al mayoreo o minoristas, en coordinación con las municipalidades distritales en las que estuvieran ubicados; y realizar programas de apoyo a los productores y pequeños empresarios a nivel de provincia, en coordinación con las municipalidades distritales y las entidades públicas y privadas de nivel regional y nacional. En su inciso 3, establece como funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales: controlar el cumplimiento de las normas de higiene y ordenamiento del acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas a nivel distrital, en concordancia con las normas provinciales; regular y controlar el comercio ambulatorio, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial; realizar el control de pesos y medidas, así como el de acaparamiento, especulación y adulteración de productos y servicios; promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de mercados de abastos que atiendan las necesidades de los vecinos de su jurisdicción; promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de camales, silos, terminales pesqueros y similares para apoyar a los productores y pequeños empresarios locales; y otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales. En su inciso 4, el artículo establece, como funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales: la promoción de la realización de ferias de productos alimenticios, agropecuarios, artesanales; y el apoyo a la creación de mecanismos de comercialización y consumo de productos propios de la localidad.

Asimismo, es relevante, en materia de comercio interior, la ley 28026 (Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos) que, en su artículo 3, define este sistema como el conjunto de mercados mayoristas ubicados en las principales ciudades del país, relacionados por un sistema de información pública de precios, volúmenes y *stocks* de productos que favorezca una correcta formación de los precios a nivel nacional y una distribución espacial precisa que beneficien en última instancia a productores y consumidores. El artículo 4 de esta ley declara como servicio público prioritario la actividad básica de las empresas operadoras de mercados mayoristas, definidas como el conjunto de servicios específicos prestados para facilitar la actividad principal del mercado mayorista y los servicios comunes que se brinden para todos los usuarios del mismo. El artículo 9 establece que los mercados mayoristas se ubican en áreas de zonificación calificada de manera específica para tal fin por las municipalidades provinciales.

Es interesante citar, en el derecho comparado, la sentencia 227/1993 del Tribunal Constitucional español respecto a la limitación al comercio interior consistente en la licencia de funcionamiento de establecimientos comerciales. En su fundamento 4, afirma:

[...] en un Estado social y democrático de derecho, como el que proclama el art. 1 CE., es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social [...] En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos.

La libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos —ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes— un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas estatales, autonómicas, locales— que disciplina múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio.

En el Perú, es relevante el caso Hilda Anaya Cárdenas (STC Exp. 2633-2002-AA/TC), en el cual el Tribunal Constitucional reconoce la importancia de la licencia de funcionamiento para el inicio de una actividad comercial. En los fundamentos jurídicos 3 y 4, declaró:

3. Se debe señalar que mediante la Resolución 6063-98, de fecha 10 de noviembre de 1998, se ampara la queja presentada por los hermanos Gianotti Gil y se dispone la clausura del local de la demandante por carecer de licencia de funcionamiento; asimismo, mediante la Resolución 1728-99, de fecha 18 de mayo de 1999, se deja sin efecto la orden de clausura, por considerar que le es aplicable la Resolución 077-99/MJM, que deja sin efecto todas las resoluciones de alcaldía que dispusieran la clausura de establecimientos comerciales carentes de licencia. Cabe agregar que la Municipalidad no otorgó el certificado de compatibilidad de uso (requisito previo para la licencia de funcionamiento), por no reunir el establecimiento comercial las condiciones técnicas reglamentarias para funcionar en el giro de restaurante con venta de licores como complemento de comida.

4. Se advierte, entonces, que la demandante no contaba con la licencia municipal de funcionamiento, y 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.

Una manifestación de intervencionismo administrativo muy relevante es la de los horarios comerciales. En la STC 007-2006-PI, 007-2006-PI (caso Calle de las Pizzas), el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las ordenanzas 212-2005 y 214-2005 emitidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores, demanda que fue declarada infundada, lo cual confirmó la constitucionalidad de las normas impugnadas. Mediante la ordenanza 212-2005, dicha municipalidad había impuesto un horario máximo de funcionamiento de los locales y establecimientos comerciales ubicados en la zona de la llamada «Calle de las Pizzas» y sus zonas de influencia, los que no podrían operar más allá de las dos de la mañana durante los días viernes, sábado y vísperas de feriados, ni más allá de la una en los días restantes. Asimismo, se dejó sin efecto las licencias de funcionamiento otorgadas a la fecha para los locales ubicados en dicha zona. Por su parte, mediante la ordenanza 214-2005, se señaló que estos locales solo podrían reiniciar sus actividades a partir de las siete de la mañana. En el fundamento 37, el Supremo Tribunal apreció la idoneidad de la medida restrictiva a la libertad de iniciativa comercial para la protección a los vecinos de la contaminación acústica:

37. Análisis de idoneidad. La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo. La restricción del horario de atención de los establecimientos introducida por la Ordenanza, justamente en las horas de descanso o del dormir de las personas, impide que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, posibilitando de ese modo un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades.

Comentado este interesante y polémico caso, Úrsula Indacochea considera que el Supremo Tribunal aplica adecuadamente la llamada ley de la ponderación y confirma la constitucionalidad de la restricción horaria impuesta por la ordenanza mirafloresina al verificar que los beneficios que de ella se derivan son mayores que los sacrificios que importa (Indacochea Prevost, 2008, p. 296).

3. LA LIBERTAD DE COMERCIO EXTERIOR

Artículo 63. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas.

En nuestro ordenamiento, debe subrayarse la importancia en la liberalización del comercio exterior del decreto legislativo 668 (mencionado líneas arriba), del año de 1991, el cual dicta medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país que, con la finalidad de promover las transacciones comerciales, preceptúa en el artículo 12 que:

El Estado garantiza el derecho de toda persona natural o jurídica a realizar operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones para-arancelarias de ningún tipo, quedando por lo tanto sin efecto las licencias, dictámenes, visaciones previas y consulares, registros de importación, registros de cualquier naturaleza y condicionamientos previos de cualquier naturaleza que afecten la importación o exportación de bienes.

El segundo párrafo del artículo 12 establece que quedan exceptuadas las prohibiciones establecidas en el Texto Único de Productos de Exportación Prohibidos, los derechos y obligaciones emanados de los convenios internacionales suscritos por el país; la ley 24047 (Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación²) y las medidas de emergencia que se requieren para asegurar la salud de la población y garantizar la seguridad externa y el orden interno. Dichas medidas excepcionales de emergencia y de carácter temporal deberán adoptarse por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Por su parte, el artículo 13 establece que el Estado garantiza que la adopción de normas técnicas y reglamentos de cualquier índole no constituirán obstáculo al libre flujo y uso de bienes tanto finales como insumos, materias primas y servicios en el comercio exterior e interior, así como un tratamiento equitativo a los productos similares, sean de origen nacional u originarios de cualquier otro país. Asimismo, el artículo 14 prevé que el Estado no participa en comités, comisiones, asociaciones, juntas o entidades gremiales de similar índole que en el ejercicio de sus funciones generen prácticas restrictivas, monopólicas u oligopólicas a la producción

² Actualmente, ley 28296 (Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación).

y comercialización de bienes y prestación de servicios, sin perjuicio de los procedimientos de distribución de cuotas establecidas en convenios internacionales suscritos por el Perú. Además, el artículo 15 dispone que el Estado garantiza la adopción de medidas destinadas a evitar y corregir las distorsiones creadas por las prácticas de competencia desleal en el comercio internacional —tales como el *dumping* y los subsidios—, siendo estas materias desarrolladas normativamente por el decreto supremo 006-2003-PCM, reglamento de normas previstas en el «Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994», el «Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias» y el «Acuerdo sobre Agricultura».

En su artículo 4, el precitado reglamento define como *dumping* a «los efectos del presente decreto supremo, se considerará que un producto es objeto de *dumping*, cuando su precio de exportación sea inferior a su valor normal o precio comparable, en el curso de operaciones normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador»³.

Calmet y Gastañeta señalan que, para la determinación del *dumping*, debe realizarse una comparación entre el valor normal y el precio de exportación:

Es así que, para determinar la existencia de *dumping*, se debe realizar una comparación equitativa entre el valor normal (el precio del producto importado en las ‘operaciones comerciales normales’ en el país de origen o de exportación) y el precio de exportación (el precio del producto en el país de importación).

Sin embargo, la práctica de *dumping* no es sancionada per se, es necesario que haya generado un daño importante (o amenace con causar un daño importante) a una rama de producción nacional, y que exista una relación causal entre las importaciones objeto de *dumping* y el daño (Calmet Mujica & Gastañeta Gonzales, 2013, p. 17).

Cabe señalar que la importancia de la libertad del comercio exterior es resaltada en el artículo 4 del decreto legislativo 1053 —que aprueba la Ley General de Aduanas—, en el cual se declara que: «Los servicios aduaneros son esenciales y están destinados a facilitar el comercio exterior, contribuyendo al desarrollo nacional y a velar por el control aduanero y el interés fiscal».

³ Cabe señalar como primer antecedente normativo al decreto supremo 133-91-EF, Normas para evitar y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el *dumping* y los subsidios.

Otra norma jurídica relevante en esta materia es el decreto ley 25629 que, con carácter restrictivo, establece, en su artículo 4, que:

[...] las disposiciones por medio de las cuales se establezcan trámites o requisitos o que afecten de alguna manera la libre comercialización interna o la exportación o importación de bienes o servicios podrán aprobarse únicamente mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas y por el del sector involucrado». Esta norma jurídica se complementa con el decreto ley 25909, que prevé en su artículo 1 que «ninguna entidad, con excepción del Ministerio de Economía y Finanzas, puede irrogarse [sic] la facultad de dictar medidas destinadas a restringir o impedir el libre flujo de mercancías mediante la imposición de trámites, requisitos o medidas de cualquier naturaleza que afecten las importaciones o exportaciones.

Con relación a la tercera parte del primer párrafo del artículo 63 de la Constitución, que dispone: «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», Ávila critica el amplio margen de acción que se faculta al Estado en la mencionada disposición, afirmando que en materia económica la Administración no debe tener facultades discrecionales, sino debidamente regladas, con arreglo a los principios de una economía social de mercado (Ávila Cabrera, 2005, pp. 885-886).

A nuestro juicio, habilitar al Estado para adoptar medidas de defensa de la economía nacional ante medidas proteccionistas o discriminatorias de otros estados que perjudiquen el interés de nuestro país es una previsión constitucional de afirmación de la soberanía económica y del rol rector del Estado Nación en el desarrollo y la economía del Perú declarado en el artículo 58 de la Norma Suprema.

Finalmente, el decreto legislativo 1062 —que aprueba la Ley de Inocuidad de los Alimentos—, contiene entre sus principios el de «facilitación del comercio exterior», en virtud del cual las autoridades competentes y todos los actores de la cadena alimentaria deben asegurar la inocuidad de los alimentos que son objeto de comercio internacional, con el fin de promoverlo y evitar obstáculos que lo entorpezcan.

Con relación a las medidas de prohibición de importaciones, es relevante la STC Exp. 17-2004-AI/TC (caso Hugo Norbert Bravo y otros), referida al proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 del decreto de urgencia 140-2001, que suspendía la importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a los 3000 kilogramos, así como la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados para uso automotor.

El Supremo Tribunal consideró que la suspensión de estas importaciones era una medida inconstitucional por vulnerar el principio de proporcionalidad, por cuanto se pudo recurrir a medidas menos gravosas para conseguir los mismos objetivos. Así, en el fundamento 7, desarrolla el test de proporcionalidad:

Sobre el extremo descrito, este Colegiado considera que, sin necesidad de adoptar una decisión como la adoptada en el artículo 1° de la norma impugnada, bien pudo el Estado llegar a los mismos objetivos sobre la base de otro tipo de alternativas, por principio, menos gravosas. Tal aseveración resulta plenamente constatable por diversos motivos, entre los que se puede detallar los siguientes: a) la congestión generada por vehículos de transporte como aquellos cuya restricción de importación se ha dispuesto, es resultado, o de la excesiva libertad de acceso al mercado de transporte, o de la falta de control de las reglas que restringen el acceso de vehículos orientados a la finalidad descrita. Se trata, en otros términos, de verificar que las reglas de libre competencia, entendida como libertad de acceso y de participación en el mercado, no están siendo correctamente observadas, pese a existir elementos que permitirían corregir los eventuales excesos; b) por otra parte, el mismo fenómeno de congestión y de la correlativa contaminación que este genera es producto del aumento desmedido de vehículos promovido por la existencia de incentivos de mercado que, de alguna forma, exigen un control equilibrado que actualmente no se ha venido dando. No es, pues, que no se pueda participar en la actividad del transporte, sino que la regulación aplicable al ejercicio de la misma no termina siendo la más efectiva en función de la cantidad y calidad de los vehículos utilizados y a la protección del medio ambiente y la salud de los usuarios; c) otro de los aspectos que se intenta mejorar es el concerniente a la informalidad; sin embargo, este último requiere de efectivas tareas de fiscalización y sanción por parte de las autoridades competentes, las mismas que, por lo menos durante la época en que se promovió la norma impugnada, no se vinieron realizando en forma efectiva. Más que atacar el problema del tráfico no permitido sobre la base de restricciones en la adquisición de vehículos, era, pues, pertinente reforzar las tareas de fiscalización sobre quienes por tener un vehículo de transporte pretendían ejercer dicha actividad; d) lo mismo puede decirse de la seguridad de los peatones y demás vehículos que circulan por las vías del país, así como de la calidad del servicio que se ha venido prestando y que requiere inevitablemente del establecimiento de reglamentos y normas técnicas, así como del cumplimiento de requisitos o exigencias mínimas en la capacitación o formación del personal encargado de brindar el servicio de transporte; e) finalmente, la supuesta existencia de precios predatorios (perjudiciales) justifica de alguna forma y acorde con los principios de protección al consumidor y el usuario, un cierto control sobre el mercado. Esta tarea por otra parte, correspondía ser realizada por el Indecopi a través de su Comisión de Libre Competencia, sin embargo, y para la época en que fue emitida la norma cuestionada, dicha alternativa tampoco fue tomada en cuenta.

4. COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR

La competencia del gobierno nacional en materia de comercio exterior se deriva directamente de la misión constitucional del Estado de orientar el desarrollo del país, prevista en el artículo 58 de la Constitución. Asimismo, el inciso 20 del artículo 118, establece que es atribución del presidente de la República regular las tarifas arancelarias.

A nuestro juicio, la necesaria unidad de la economía nacional y del mercado, así como la competencia del Estado en orientar el desarrollo del país, conduce a la idea de que corresponde al gobierno nacional la competencia constitucional en materia de comercio exterior.

En efecto, por ley 27790, de julio del año 2002 (Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo), se dispone que este define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior, con excepción de la regulación arancelaria, contando con un despacho viceministerial de comercio exterior, siendo de su responsabilidad la promoción de las exportaciones y las negociaciones comerciales internacionales. Entre otros, son sus objetivos establecer una política de comercio exterior orientada a lograr el desarrollo del país, obtener mejores condiciones de acceso en los mercados internacionales y promover el desarrollo de zonas francas para incrementar las exportaciones; para lo cual dirige, coordina, elabora y ejecuta planes y programas sectoriales de desarrollo, integración y promoción de exportaciones.

Sobre la competencia del gobierno nacional en materia de comercio exterior, cabe citar la STC 031-2005-PI/TC, de 20 de marzo de 2007, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad del presidente de la República contra la ordenanza regional 009-2005-CR/GOB. REG. TACNA, que autorizó la libre comercialización de ropa y calzado de segundo uso en cuatro distritos de ese departamento, estando prohibida ese tipo de importación por la ley 28514. En la mencionada sentencia, el Supremo Tribunal reconoció la competencia del gobierno nacional en materia de competencia exterior.

Si bien formalmente la mencionada ordenanza regional no autorizaba la importación de esos bienes, regularizaba su ingreso en el territorio nacional. Para el gobierno regional de Tacna, su competencia en esta materia supuestamente se encontraba amparada en el inciso 7 del artículo 192 de la Constitución que establece la competencia de los gobiernos regionales para «promover y regular las actividades y servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley».

En los fundamentos jurídicos 27 al 33, la sentencia el Tribunal Constitucional desarrolló su criterio en el sentido que la competencia en materia de comercio exterior está asignada al gobierno nacional:

27. Ciertamente que el artículo 192.7 de la Constitución les reconoce a los gobiernos regionales competencia para promover y regular, entre otras materias las actividades y/o servicios en el ámbito del comercio. No obstante, se debe entender que tal competencia se refiere a actividades y servicios comerciales lícitos internos. No se desprende, sin embargo, de tal disposición la competencia de los gobiernos regionales para autorizar la importación de mercancías provenientes del exterior.

28. Por el contrario, el artículo 118.3 de la Constitución reconoce la facultad del presidente de la República para dirigir la política general del Gobierno, política dentro de la cual está comprendida, como es evidente, la política económica que atañe a la Nación. El mismo artículo, en su inciso 11, también prevé la potestad del presidente de la República de dictar medidas extraordinarias, a través de decretos de urgencia, en materia económica y financiera cuando lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República. No obstante, es el inciso 20 de la disposición constitucional mencionada el que expresamente reconoce que [c]orresponde al presidente de la República [...] regular las tarifas arancelarias.

29. En consecuencia, en la medida en que la importación, entendida como régimen jurídico mediante el cual se permite el ingreso legal de mercancías provenientes del exterior para ser destinadas al uso o consumo, tiene una incidencia directa en la economía no solo de una determinada región, sino más bien en la política arancelaria del Estado, se constituye en un ámbito en el cual el Gobierno Nacional, y no el Gobierno Regional de Tacna, ostenta competencia. La Constitución reconoce que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 25° de la Ley de Bases de la Descentralización, ejerce el Gobierno Nacional y dirige la economía nacional tanto en situaciones extraordinarias como ordinarias.

30. De otro lado, el artículo 58° de la Constitución reconoce que el Estado orienta el desarrollo del país. Evidentemente se trata de una facultad y un deber que alcanza el desarrollo de la Nación en todos los ámbitos: social, económico, político, cultural, educativo, entre otros. Los Gobiernos Regionales no pueden establecer políticas que vayan en detrimento del desarrollo integral de la Nación.

31. Tal competencia del Gobierno Nacional también queda claramente establecida en el artículo 26.1. literal h) de la Ley de Bases de la Descentralización, cuando señala que [s]on competencias exclusivas del gobierno nacional: [...] h) Régimen de comercio y aranceles; lo cual, como es evidente, está estrechamente vinculado al régimen jurídico de las importaciones y las tarifas arancelarias.

32. De ahí que el propio artículo 26.2. de la Ley mencionada dispone que no son objeto de transferencia ni delegación las funciones ni atribuciones inherentes a los sectores y materias antes señaladas.

33. Es decir, que el régimen jurídico del comercio nacional y el establecimiento de las tarifas arancelarias es una competencia exclusiva y excluyente del Gobierno Nacional. Ello no quiere decir, sin embargo, que los Gobiernos Regionales no tengan ningún ámbito de participación en la economía nacional, concretamente, en materia de importación de mercancías que pueden ser beneficiosas para un Gobierno Regional determinado; pero ello debe coordinarse con el Gobierno Nacional sin que se afecte a la política comercial y arancelaria del Estado, que es de carácter nacional. De ahí que la LOGB, en su artículo 55.a establezca como una función de los Gobiernos Regionales: formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de comercio de la región, en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales, en coordinación con las entidades del sector público competentes en la materia.

5. EL COMERCIO EXTERIOR EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

En el ámbito subregional de la Comisión Andina de Naciones, el Perú se rige por las normas de derecho comunitario: las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, entre ellas la decisión 562 que establece las directrices para la adopción de reglamentos técnicos en los países miembros. En su artículo 2, declara que establece el marco jurídico andino para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por parte de los países miembros, a través de las entidades de los gobiernos centrales, regionales o departamentales, locales y municipales y por parte de la Comisión de la Comunidad Andina, sin perjuicio de lo que al efecto dispone el propio Acuerdo de Cartagena. Por ejemplo, los reglamentos sanitarios de alimentos y medicamentos o las denominadas medidas fitosanitarias, en la línea de garantizar la transparencia de estas reglamentaciones que constituyen barreras técnicas al comercio exterior.

Al ser miembro de la Comunidad Andina de Naciones, el Perú ha delegado en esta organización internacional su soberanía en ciertas materias referidas al comercio internacional, a las políticas de competencia y a las medidas de defensa comercial, entre otras (Stucchi, 2004, p. 378).

Las decisiones 283 y 456 de la Comunidad Andina de Naciones contienen disposiciones que protegen a los países miembros cuando su mercado nacional sea penetrado por bienes similares a los producidos a nivel nacional y esta importación se realice a precio *dumping*. Es criterio generalmente aceptado considerar

que nos encontramos con que el *dumping surge*, inicialmente, del cotejo entre un valor normal, que generalmente es el precio en el mercado interno del país exportador, y el precio de exportación (Cabanelas de las Cuevas & Saravia, 2006, p. 159).

En la mayoría de los casos, ello es posible en cuanto cuenten con economías de escala y existan en su mercado barreras que impidan el ingreso de competidores y les permitan mantener un precio alto en su mercado de origen y, por otro lado, vender a menor precio para la exportación, discriminando precios según el bien tenga como destino el mercado interno o de exportación (Stucchi, 2004, p. 368).

La decisión 452 de la Comunidad Andina de Naciones —normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la comunidad— permite a los países miembros adoptar medidas de salvaguardia en casos de incremento de importaciones de productos similares que sean de una magnitud que cause daño grave a los productores nacionales.

Asimismo, las decisiones 283 y 457 de la Comunidad Andina de Naciones habilitan a los estados miembros a proteger, mediante medidas compensatorias, a sus productores nacionales en caso de que su mercado sea penetrado por importaciones de bienes subsidiados o subvencionados en su país de origen.

6. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Como consecuencia de los acuerdos de Marrakech de 1994, se constituyó la OMC. Dichos acuerdos se complementaron con la denominada Ronda Uruguay de 1994, acuñándose una serie de principios rectores del comercio internacional: no discriminar, no crear obstáculos innecesarios al comercio, transparencia, entre otros; además, se previó mecanismos para la solución de controversias a través de arbitrajes y la creación de un órgano para la solución de diferencias (Martín Mateo, 2003, p. 324).

La OMC es presentada por el discurso neoliberal como un sistema de gobierno y regulación del comercio internacional necesario para facilitar el desarrollo económico mundial. Sin embargo, los enfoques críticos a esta organización internacional evidencian la gran influencia en su seno de los intereses específicos de las corporaciones transnacionales más poderosas del planeta⁴.

⁴ «La OMC está controlada, no tanto por el norte, sino por las multinacionales (MNC) del norte que han aprovechado el control sobre el comercio global para aumentar su enorme concentración. En 1999, las MNC controlan un tercio de todo el comercio global, en una situación en que, como resultado de las grandes fusiones, se está alcanzando una enorme concentración económica en la que las diez transnacionales más importantes en cada sector controlan el 86% de las telecomunicaciones, el 70% de los ordenadores, el 85% de los fertilizantes, y un largo etcétera, concentración que está dificultando la competitividad internacional. En la práctica, la OMC está controlada por las MNC que imponen sus reglas» (Navarro, 2000, p. 264).

La Declaración de Desarrollo de Doha, del año 2001, en el ámbito de la OMC, ha establecido una mayor liberalización del comercio de bienes. En el campo agrícola, las negociaciones de comercio internacional deben dirigirse a «mejoras sustantivas del acceso a los mercados, reducciones de todas las formas de subvenciones a la exportación, con miras a la reducción progresiva, y reducciones sustanciales de la ayuda interna causante de la distorsión del comercio». En el campo no agrícola el compromiso es «reducir o si es apropiado eliminar aranceles, incluyendo la reducción o eliminación de picos arancelarios y la progresividad arancelaria, así como barreras no arancelarias, en particular sobre productos de exportación de interés de los países en desarrollo».

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

En el marco de la OMC, rige el acuerdo antidumping que habilita la protección de los productores nacionales mediante derechos antidumping, con la finalidad de aproximar el precio de importación del producto similar del que tendría si este fuera importado al mismo precio que tiene para la venta en su mercado de origen. Estos derechos son impuestos por la autoridad nacional competente —en el caso peruano, la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Indecopi⁵—, cuando algún productor local sufra un daño concurrencial importante como consecuencia de la importación de un producto a precio *dumping* (Stucchi, 2004, p. 369).

Asimismo, dentro de la OMC, rige el acuerdo sobre salvaguardias que opera como último recurso cuando el significativo aumento de las exportaciones pueda causar un grave daño a los productores nacionales. Fratolocchi y Zunino las definen como:

[...] disposiciones por las cuales se faculta al país miembro que las invoca a suspender, en todo o en parte, la aplicación de las obligaciones contraídas o las concesiones

⁵ Artículo 26 del decreto legislativo 1033, que aprueba la organización y funciones del Indecopi. Corresponde a la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios «velar por el cumplimiento de las normas que persiguen evitar y corregir el daño en el mercado provocado por prácticas de dumping o subsidios, a través de la imposición de derechos antidumping o compensatorios, así como actuar como autoridad investigadora en procedimientos conducentes a la imposición de medidas de salvaguardia, conforme a lo dispuesto en los acuerdos internacionales suscritos por el Perú, las normas de la Organización Mundial del Comercio, los acuerdos de libre comercio y las normas supranacionales y nacionales vigentes sobre la materia. Asimismo, corresponde a la Comisión el control posterior y eliminación de barreras comerciales no arancelarias, conforme a los compromisos contraídos en el marco de la Organización Mundial del Comercio, los acuerdos de libre comercio, las normas supranacionales y nacionales correspondientes».

otorgadas a terceros países, siempre que existan las condiciones que justifiquen la suspensión y se ajusten al procedimiento establecido al efecto. [...] En otros términos estas cláusulas actúan como ‘último recurso’, cuando como consecuencia de la imprevista evolución de las circunstancias y durante la vigencia de compromisos asumidos por un Miembro, un producto es importado en el territorio en cantidades tan elevadas y bajo tales condiciones que perjudica o amenaza perjudicar seriamente a los productos nacionales. En estas condiciones, el Miembro damnificado puede suspender la aplicación de los compromisos y las concesiones, pero solo en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar el perjuicio. Desde otro punto de vista, las salvaguardias son un ‘escape’ que facilita a los países pactar la eliminación o reducción de las barreras arancelarias y no arancelarias, pues aseguran al Miembro concedente la posibilidad de proteger en casos excepcionales sus economías (Fratilocchi & Zunino, 1997; citado por Cabanellas de las Cuevas & Saravia, 2006, p. 413).

Las salvaguardias se aplican temporalmente a las importaciones en general, más allá del Estado o la identidad de los productores o exportadores. Así, se pueden establecer: (i) elevación de aranceles por encima de la rebaja acordada en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), del año 1994⁶ o imponiendo el cobro de aranceles cuando existe el compromiso de no cobrarlos en virtud de un acuerdo comercial regional; y (ii) la imposición de restricciones cuantitativas a la importación del producto similar (Stucchi, 2004, p. 372).

También en el marco de la OMC, se prevé protección contra las subvenciones mediante el Acuerdo sobre Subvenciones o Medidas Compensatorias de dicha institución.

Uno de los instrumentos de políticas públicas más utilizados son las subvenciones y las ayudas económico-financieras a favor de determinadas empresas y sectores productivos, que constituyen mecanismos que inciden en el funcionamiento del mercado y que en determinadas condiciones pueden distorsionar el juego de la libre competencia y de la competencia leal y, por ende, la esencia misma del mercado (Fernández Farreres, 1993, p. 14)⁷.

⁶ El sistema multilateral de comercio se inicia en 1948 con el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)). El 1 de enero de 1995 se creó la OMC.

⁷ Cabe señalar que, en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, se estableció como regla general la incompatibilidad de las ayudas públicas con el mercado común. Esta regla admite excepciones, previstas en el numeral 2. Cabe señalar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asumió que el concepto «ayuda pública» es más genérico que el de «subvención» e incluye no solo a las prestaciones positivas, 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 estricto sentido del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos». Sentencia del caso Steenkolenmijnen de 23 de febrero de 1961.

Stucchi señala como subvenciones tanto a las prestaciones positivas como aquellas medidas en las que los poderes públicos renuncian a exigir una prestación que les es debida. Las subvenciones se producen cuando, en la cadena de producción o comercialización de determinado bien, el Estado: (i) realiza una transferencia de fondos o deja abierta la posibilidad de realizarlos en cualquier momento; (ii) condona o no recauda ingresos públicos; (iii) proporciona bienes o servicios que no corresponden a la infraestructura general del país; o (iv) encomienda a un privado una o varias de las funciones anteriores, entre otras medidas de efecto equivalente (Stucchi, 2004, p. 370).

En esa dirección, se considera que un gobierno o entidad estatal ha otorgado una subvención a una empresa (o grupo de empresas) o rama de producción solo si verifica que aquella está vinculada, de *iure* o de *facto*, a los resultados de la exportación como condición única o entre otras condiciones (Dalla Via, 1999, p. 752).

Asimismo, por el decreto supremo 149-2005-EF, se dictan disposiciones reglamentarias al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC) en el ámbito de bienes y al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios en el ámbito de servicios de la OMC. En general, tiene como objetivos: la liberalización del comercio y garantizar el derecho de los miembros de adoptar reglamentaciones (Acosta & Condon, 2013).

El mencionado decreto supremo define como reglamento técnico al documento en que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

Así, son fines sociales legítimos, que justifican que el Estado establezca reglamentos técnicos, la preservación de la seguridad y salud de los consumidores, bienes jurídicos tutelados por mandato del artículo 65 de la Constitución peruana de 1993.

Sin perjuicio de ello, la experiencia evidencia que las reglamentaciones sustentadas en estos fines (seguridad y salud de los consumidores) pueden encubrir restricciones innecesarias al comercio exterior. Un elemento que es clave para frenar estas prácticas perniciosas es que, en el análisis de la reglamentación obligatoria, se pondere la existencia de mecanismos menos restrictivos para alcanzar los mismos niveles de seguridad requeridos como finalidad de la generación del reglamento técnico (Indecopi, 2006, p. 30). Se trata de la aplicación del subprincipio de necesidad, que integra el principio de proporcionalidad como límite a la acción estatal en protección de los derechos constitucionales⁸.

⁸ «De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención de 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 alcanzar el objetivo propuesto» (Bernal Pulido, 2003, p. 734).

Finalmente, cabe señalar que por el decreto legislativo 1035, que aprueba la ley de adecuación al acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de la OMC, se eliminan barreras al comercio que existían y que afectaban la real competencia entre productos nacionales y extranjeros, con la finalidad de lograr una mayor eficiencia en la toma de decisiones comerciales y adecuar la legislación nacional a los estándares internacionales establecidos por la OMC.

7. EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Como es de conocimiento general, un número cada vez mayor de personas utiliza computadoras, no solo para la búsqueda e intercambio de todo tipo de información, sino también para la realización de operaciones comerciales, sea con entidades o empresas del sector público o privado, nacionales o internacionales. Son ya, en la práctica diaria, muy numerosas las transacciones comerciales electrónicas; es decir, la compra venta de bienes o los acuerdos vinculados a la prestación de servicios. El comercio electrónico permite a los usuarios disponer de variadas modalidades de compra y de pago, utilizar distintos dispositivos tecnológicos y la posibilidad de adquirir prácticamente todo tipo de producto o de servicio por internet.

El comercio electrónico es una consecuencia de la globalización que se produce por la interacción entre el uso de las tecnologías de información y la apertura de mercados. Ahora bien, es preciso tener presente que esa interacción entre comercio y tecnologías crea determinados problemas, pues no coincide con la visión tradicional de los Estados en lo que respecta a sus fronteras físicas y, sobre todo, jurídicas.

El *e-commerce* o comercio electrónico ha sido definido por Ana Piaggi de la siguiente manera:

[...] conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen. Es un sistema global que utilizando redes informáticas y en particular internet permite crear un mercado electrónico (operado por computadora y a distancia) de todo tipo de productos, servicios, tecnologías y bienes, e incluye todas las operaciones necesarias para concretar operaciones de compra y venta, negociación, información de referencia comercial, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo (aranceles, seguros, transportes, etc.) y banking de apoyo; todo ello, en condiciones de seguridad y confidencialidad razonables (Piaggi, 2001, II, p. 69, n. 4).

Por su parte, la OMC define el comercio electrónico como «la producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vía redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: el teléfono, el fax, la televisión, los medios de pago

electrónicos, la transferencia electrónica de fondos, el intercambio electrónico de datos (EDI) y el internet».

El comercio electrónico, basado en internet⁹, se caracteriza por efectuarse sin necesidad de acuerdos bilaterales previamente negociados y entre partes que no necesariamente mantienen relaciones estables, generando nuevas oportunidades de negocio, reducción de costos y una mayor rapidez en los actos de consumo, todo lo cual puede favorecer a los consumidores y usuarios. Pero ello puede también generar riesgos sobre cuestiones jurídicas esenciales como la validez y la eficacia de las transacciones electrónicas, la problemática referente al perfeccionamiento del contrato y la delimitación de responsabilidades entre los sujetos intervinientes, en especial consumidores poco avisados, así como la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente. Es difícil poder aplicar a esta nueva realidad tecnológica y comercial los conceptos tradicionales del derecho vinculados a la contratación. Hay que recordar, sin embargo, que no todos los contratos pueden celebrarse exclusivamente a través de medios electrónicos, ya que algunos deben formalizarse en documentos públicos y con intervención notarial y algunos otros hasta registrarse en reparticiones públicas.

Si bien los contratos electrónicos son de reciente aparición, tienen una importante presencia internacional. Algunas de sus características son las siguientes: se realizan a través de un mecanismo electrónico idóneo, sin que sea necesaria una actitud presencial, ya que las partes pueden tener domicilios en lugares distintos, siendo uno de los problemas la determinación de cuál será la legislación y jurisdicción apropiadas; no requieren que esté contenido en un documento escrito; en muchos casos no intervienen las aduanas y las fronteras geográficas, pues se realiza dentro del ciberespacio; y hay una importante reducción de los intermediarios.

Resultan evidentes, de otro lado, las ventajas que generan los contratos de compraventa electrónica, en primer lugar, por la cantidad de ofertas que se reciben, la reducción de costos, la rapidez de las transacciones y la personalización del servicio. De otro lado, se producen problemas evidentes relacionados a la protección del consumidor, los vacíos legislativos, la ausencia de un marco normativo común internacional, el idioma predominante y otros más. Es evidente que la revolución tecnológica ha generado huecos legales y obliga a repensar los conceptos jurídicos tradicionales para cubrir necesidades que la seguridad jurídica exige y poderse adaptar a esta nueva era.

⁹ El internet tuvo su origen en arpanet, una red de ordenadores desarrollada por una agencia de proyectos vinculada al Departamento de Defensa de los Estados Unidos en 1969. Sin embargo, no fue hasta 1995 que internet nace para las empresas y para la sociedad en general, habiéndose convertido ya en la más grande red de comunicaciones en los más diversos campos del conocimiento.

Ha sido en los países más avanzados, como Estados Unidos y los pertenecientes a la Unión Europea, donde se han desarrollado un conjunto de instrumentos que buscan armonizar normas aplicables a esas transacciones, las que tienen una especial complejidad que no es preciso aquí repetir, pero sí indicar que lo que buscan es garantizar la libre circulación de bienes y servicios, así como el correcto funcionamiento del mercado, tratando en especial de identificar al proveedor de bienes o al prestador de servicios. Estas normas están destinadas a evitar abusos y errores tratando de mitigar los riesgos e incertidumbres inherentes a las transacciones por medios electrónicos.

Dada la gran cantidad de información utilizada en esos medios, las empresas suelen segmentar con mucha precisión a sus clientes y dirigen hacia ellos comunicaciones muy específicas. También es importante la reducción de los tiempos de envío y el hábito que tienen los consumidores de socializar sus compras haciéndolas interactivas a través de las redes sociales. Una tendencia relevante es el ofrecimiento de productos adaptados a las necesidades y gustos de los clientes, buscando lograr altos niveles de satisfacción y utilizándose ya hasta drones para entregar pedidos cuando los productos tengan ciertas características respecto de peso y volumen.

El navegante-comprador por internet (llamado «ciberconsumidor») realiza sus operaciones al aceptar ofertas que se muestran sobre soportes ajenos al papel y cuyas intenciones de contratar se revelan a través de formas digitales, sus respuestas declaradas por impulsos electrónicos, y cuyos contratos concluyen «en almacenes virtuales sin interesar el espacio físico, el idioma y la distancia» (Vega Mera, 2001, p. 173).

De acuerdo a nuestro Código Civil, el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones (artículo 1402) al crear una relación jurídica entre las partes contratantes y es objeto de esa relación la prestación que consiste en un dar, un hacer o un no hacer y cuyo objeto a su vez está conformado por los bienes o servicios que son materia del contrato. Y las personas pueden celebrar cualquier contrato siempre y cuando su propósito sea lícito y no atente contra el orden público, las buenas costumbres o las normas legales de carácter imperativo. Los contratos informáticos son aquellos, como hemos dicho, que se realizan por internet y, como figuras contractuales, son atípicas, pues no existen jurídicamente para el derecho peruano. Entonces, para que las personas puedan adquirir o intercambiar los bienes y servicios que se ofrecen a través de la internet, se requiere de un contrato para cuya validez se necesita que estén presentes todos los elementos esenciales del contrato y del acto jurídico.

Por esa razón fue modificado el artículo 141 del Código Civil por la ley 27291, que establece que cualquier manifestación de voluntad expresa puede realizarse por cualquier medio directo (entre ellos el electrónico) y al que se le aplican las reglas

de la contratación privada. Dice a la letra: «La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo». Como se aprecia, los efectos jurídicos de la aceptación emitida electrónicamente serán los mismos que la producida de manera verbal o escrita.

Ello no significa que este tipo de contratación, por las razones anotadas más arriba, no tenga especiales dificultades, razón por la cual la doctrina postula en su mayoría la incorporación en todos los países de reglas comunes o la suscripción de un tratado o convención de comercio electrónico, lo que permitirá probablemente la remisión de los conflictos a tribunales jurisdiccionales, supranacionales o mundiales.

En el Perú, se encuentran vigentes tres leyes que tienen por finalidad incentivar y promover el *e-commerce* dentro y fuera del país. En primer lugar, la ley 27291, de junio del año 2000, que permite a las personas declarar su voluntad por medio de medios electrónicos otorgándole validez y eficacia jurídica; las leyes 27269 y 27310, de mayo y julio del año 2000, sobre firmas y certificados digitales; y la ley 27309, de julio del mismo año, que incorpora los delitos informáticos al Código Penal.

Por último, debe tenerse en cuenta que la aparición y auge del comercio electrónico constituye una clara señal de que la contratación paritaria, en la cual los contratantes negocian el contenido del contrato, es una excepción y que la regla en el intercambio de los bienes y servicios es la contratación masiva, predispuesta o estandarizada, que se hace más notoria y evidente cuando se realiza por medios electrónicos.

CAPÍTULO 15

EL RÉGIMEN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Artículo 63. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados, consta el sometimiento de estos a las leyes u órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

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. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley.

1. GENERALIDADES

Hacia el inicio de la Primera Guerra Mundial, la inversión extranjera directa tenía relativamente pocos controles en América Latina. La ideología liberal que era hegemónica convenció a los políticos de que dicha inversión representaba una contribución indispensable a las políticas de promoción del desarrollo económico (Bulmer-Thomas, 2002, p. 129).

La legislación referente a la inversión extranjera, sobre todo durante la segunda mitad del siglo XX, se origina en la desconfianza ante ese tipo de inversiones, lo que por cierto no carece de justificación histórica. A este respecto, solo habría que recordar los abusos de la colonización europea en África y Asia; la que, al amparo de sus ejércitos, trasvasaba a las metrópolis lo más valioso de esos territorios, sean minerales, productos agrícolas o petróleo.

En América Latina, hay también numerosos ejemplos que la historia y la literatura presentan. El caso más paradigmático es el de la influencia de la ya mítica United Fruit en el territorio centroamericano, que da lugar al nacimiento de la expresión «repúblicas bananeras» como adjetivación de su infortunio histórico, su dependencia económica y su ineficacia administrativa.

En el caso peruano, hay también ejemplos puntuales como los referentes a la Peruvian Corporation, de origen inglés, empresa establecida por los anteriores tenedores de bonos del Contrato Grace, que no estaba sujeta a impuestos por sus exportaciones de guano (Thorp & Bertram, 1988, pp. 30-31)¹⁰; la Cerro de Pasco Copper Corporation, de origen norteamericano, dominante en el proceso de desnacionalización de la minería entre 1901 y 1930 (Thorp & Bertram, 1988, p. 140)¹¹, que se instala en el país adquiriendo derechos mineros en la Cordillera de los Andes y que fue nacionalizada a fines de 1973, mediante el decreto ley 20492, por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada¹².

Asimismo, es muy relevante históricamente el caso de la International Petroleum Company (IPC), empresa petrolera también de origen norteamericano que, por el Laudo de París de 1922, se le reconoció como dueña del subsuelo del yacimiento

¹⁰ Thorp y Bertram señalan que el Contrato Grace, celebrado en 1890, fue uno de los acontecimientos más importantes en la historia económica peruana, pues permitió que los tenedores de bonos de la deuda externa obtuvieran el control del sistema ferroviario y constituyeran la empresa Peruvian Corporation.

¹¹ Los autores concluyen que la llegada de la Cerro de Pasco Cooper Corporation al Perú: a) solo afectó el monto total de la inversión en la economía peruana durante la década de 1900; b) dio lugar a que los ingresos de moneda extranjera se redujeran, a partir de la Primera Guerra Mundial, hasta un nivel inferior que el alcanzado en otras condiciones; c) excluyó la participación y administración del desarrollo del sector minero, lo que contribuyó a la erosión de la capacidad tecnológica nacional y a la subutilización del desarrollo del potencial creativo de la sociedad; d) reforzó fuertemente la tendencia general a una creciente dependencia, incluyendo la inclinación del gobierno de permitir al capital extranjero operar sin restricción alguna; y e) fue bien vista y aplaudida por casi todos los peruanos influyentes.

¹² En 1975, por decreto ley 21117, se promulga la Ley Orgánica de la Empresa Minera del Centro (Centromin Perú) para la administración del patrimonio del Complejo Minero Metalúrgico de La Oroya. En los años noventa, bajo las políticas privatizadoras del régimen de Alberto Fujimori, el complejo de La Oroya es adquirido por Renco Group Inc., de capital estadounidense, que controla Doe Run Perú. Actualmente, este grupo mantiene controversias con el Estado peruano, derivadas de sus incumplimientos de compromisos de inversión para la modernización y renovación tecnológica del complejo. Así, promovió un arbitraje internacional, al amparo del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y demandó el pago de U\$ 800 millones por concepto de indemnización por el cierre de sus operaciones mineras, que han generado graves impactos ambientales en la salud de los pobladores de la región. En julio de 2016, el tribunal CIADI emitió un laudo con un pronunciamiento favorable al Estado peruano por falta de jurisdicción arbitral.

de La Brea y Pariñas¹³. En 1968, durante el primer gobierno de Fernando Belaunde Terry (1963-1968), al firmarse un contrato entre la IPC con la estatal Empresa Petrolera Fiscal, surgió una denuncia sobre la sustracción de una página de este, donde aparentemente se fijaban los precios de compra de los hidrocarburos que debía pagar la IPC. Esta denuncia aceleró un golpe militar y la instauración del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada. Una de las primeras medidas tomadas por el régimen militar nacionalista fue la nacionalización de la refinería de la IPC. Mediante el decreto ley 17066, dictado el 9 de octubre de 1968, se expropió el complejo de Talara y se encargó a la Empresa Petrolera Fiscal su administración. Luego, mediante el decreto ley 17753, se cambió el nombre de la empresa por Petróleos del Perú (Petroperú) y se le adjudicó el complejo de Talara y anexos (Kuramoto & Glave, 2014, p. 117).

Precisamente, en el contexto de la década de 1970, es que emerge el Nuevo Orden Económico Internacional «basado en el establecimiento de límites a la aplicación del derecho internacional, en defensa de la soberanía doméstica para el diseño de políticas económicas, especialmente en temas tales como minas e hidrocarburos» (Hernández González, 2017, p. 4), cuyo instrumento central fue un acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobado en la resolución 3281, del 12 de diciembre de 1974, bajo la denominación de «Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados», con la finalidad de transformar las reglas tradicionales del derecho internacional económico para fortalecer la soberanía económica de los países del tercer mundo. Así, la soberanía permanente sobre los recursos naturales fue extendida a todas las actividades del aparato económico nacional (Sánchez-Apellaniz Valderrama, 1981, p. 12). Entre los derechos de los Estados, se declaró el de reglamentar la inversión extranjera y ejercer autoridad sobre ellas. En el apartado c del numeral 2 de su artículo 2, proclamó el derecho de nacionalización:

Todo Estado tiene el derecho de: [...]

c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias

¹³ Thorp y Bertram afirman que: «Quizás la lección más importante que puede dar la historia de la IPC es que no solo los distintos gobiernos peruanos dejaron de aprovechar las oportunidades para expropiar la compañía, sino también que la compañía disfrutó del privilegio de una carga impositiva mínima [...] Parte del problema es que el capital extranjero tendía (y aún tiende) a operar en países como el Perú en forma cohesionada. Una acción gubernamental en contra de una empresa extranjera, sin importar cuan abusivas fueran sus actividades habría dado lugar a la oposición por parte de otras empresas extranjeras que recibían el apoyo de los gobiernos británico y estadounidense mediante presiones diplomáticas y financieras» (1988, p. 160).

que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, esta será resuelta conforme a la ley nacional del estado que nacionaliza y por sus Tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos, sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios.

Así, la legislación sobre las inversiones extranjeras pretendió establecer un cierto equilibrio entre la conveniencia de captar capitales y tecnologías foráneas y el riesgo de que por esta vía se controle la economía de un país o se mine la soberanía nacional (Martín Mateo, 1985, p. 315).

En el siglo XXI, en el contexto de la globalización, priman en la opinión política los efectos positivos de las inversiones extranjeras, pues han sido relativamente superados los flagrantes abusos anteriores, aunque el riesgo siempre está latente, especialmente si lo relacionamos con la protección jurídica a los derechos intelectuales fruto de los nuevos desarrollos tecnológicos.

Pero en materia de inversiones y negocios, hay que tener presente que es la realidad la que se impone; es decir, la inversión solo será posible si resulta atractiva para el que la decide, en un contexto en el cual los acuerdos de integración económica y los tratados de libre comercio promueven la libre circulación de bienes y capitales y, en algunos casos, también de personas. Es por esta circunstancia que resulta un tanto ingenuo el propósito de las legislaciones nacionales en materia de inversión extranjera cuando tratan de optimizar los resultados de la misma, más aún cuando las decisiones de inversión no se concilian siempre con precisos intereses nacionales, sino que se realizan en el seno de grandes corporaciones cuyas sedes cambian con facilidad, lo que en realidad las convierte en empresas transnacionales apátridas.

Las consideraciones de orden extraeconómico, así como las relacionadas con la soberanía o la defensa nacional, alcanzan en ocasiones un tinte pintoresco frente al desarrollo de las nuevas tecnologías, especialmente en el campo de las telecomunicaciones. La realidad a inicios del siglo XXI es que en economía los patriotismos tienen poca influencia y que lo verdaderamente decisivo al momento de recibir inversión extranjera es conocer la posición del país receptor en la división internacional de trabajo; es decir, cuáles son los niveles alcanzados en investigación y cuáles son las disponibilidades tecnológicas. En otras palabras, lo que efectivamente vale es la calidad de la inversión extranjera y el área productiva a la que está dirigida, pues ningún estímulo legal es capaz de quebrar tales determinantes. Uno de los aspectos más positivos de la inversión extranjera directa es la transferencia de tecnología.

Por ejemplo, se cita a Singapur como un caso exitoso de un país que fue capaz de asimilar con rapidez el conocimiento que venía con grandes flujos de inversión

extranjera directa (Stiglitz, 2002, p. 86). Pero la transferencia de la tecnología más avanzada solo es posible si el país receptor ha impulsado un desarrollo humano fruto de una educación de primer nivel muy exigente, más aún cuando adicionalmente se da inicio en el siglo XXI a un proceso de robotización en distintas áreas de la producción y los servicios.

A todo ello se suma las características productivas actuales del Perú que, como fruto de las diversas crisis internas y de la opción neoliberal, nos confirman como un país principalmente exportador de materias primas y productos de baja elaboración o valor agregado, tal como ha ocurrido durante toda nuestra historia republicana, pues los intentos de diversificación productiva en sentido contrario han sido escasos, poco exitosos y no contaron con el apoyo de la clase política y empresarial dominante.

2. LA DOCTRINA CALVO Y SU RECEPCIÓN EN EL PERÚ

Un pensamiento que tuvo gran influencia en América Latina sobre el tratamiento de la inversión extranjera fue el sostenido por el internacionalista argentino Carlos Calvo, cuya huella la vemos hasta el día de hoy en los textos constitucionales. Los aportes originales de la Doctrina Calvo, expuesta en la obra *Derecho internacional teórico y práctico*, fueron:

1. Los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados.
2. Los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de agotar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen (Tamburini, 2002).

Bajo la influencia de la Doctrina Calvo y del antecedente del artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917, en nuestra historia constitucional, lo que ha sido recurrente son las limitaciones a los extranjeros a poseer o a tener propiedad dentro de los 50 kilómetros de las fronteras, excepto en casos debidamente autorizados. Así lo previeron el artículo 39 de la Constitución de 1920, el artículo 36 de la Constitución de 1933, el artículo 126 de la Constitución de 1979; así como lo prevé actualmente el artículo 71 de la Constitución de 1993.

Sin embargo, cabe señalar que en los textos constitucionales republicanos del siglo XIX se han hecho otras referencias a la propiedad por parte de extranjeros: por ejemplo, en la Constitución de 1839, se dispuso que los extranjeros que adquieran propiedad territorial quedan sujetos a las mismas obligaciones que los peruanos (artículo 168), lo que repiten los textos de 1856 (artículo 26), 1860 (artículo 28),

1867 (artículo 26), 1920 (artículo 39), 1933 (artículos 31 y 32), 1979 (artículo 126) y, por último, el texto actual que prevé, en el primer párrafo de su artículo 71, que: «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».

En los textos constitucionales del siglo XX, también se previó que la ley pueda —sea por razones de seguridad o de interés nacional— establecer restricciones y prohibiciones para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por su naturaleza o su situación. Así lo dispuso el artículo 40 del texto de 1920, el artículo 35 de 1933, el artículo 127 de 1979 y el artículo 72 de la Constitución vigente, el cual establece que «la ley puede, solo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes».

Hay que hacer notar que en todos los casos ha sido indispensable un mandato legal expreso, pero que en la Constitución vigente se ha sustituido el concepto de «interés nacional» por el de «seguridad nacional» —que es más restrictivo—, a lo que se agrega la exigencia de temporalidad que en los textos anteriores no figuraba. Siendo este artículo de aplicación indirecta a los extranjeros, el texto constitucional vigente les otorga mayor protección a sus eventuales intereses.

Fue la Constitución de 1933 la primera que trató el régimen de la inversión extranjera como respuesta natural a las inquietudes políticas de la época; aquella, siguiendo la Doctrina Calvo, declaró expresamente, en su artículo 17, que las compañías mercantiles extranjeras están sujetas sin restricciones a las leyes de la República.

Pero fue en la Constitución de 1979 donde se trató de manera más extensa el tema de la inversión extranjera. En su artículo 136, volvió a señalar que las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República; pero fue mucho más precisa en su artículo 137, cuando reguló la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología: «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 motivo de la inclusión de los citados artículos en la Constitución de 1979 —que en su artículo 100 declaraba que «el Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina»— se encuentra quizás en la influencia de la ya derogada decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena («Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías»), del 31 de diciembre de 1970, la misma que

exigía el registro de la inversión extranjera como condición para su reconocimiento, remesa de dividendos y eventual repatriación, norma jurídica que obligó a la conformación de un ente rector nacional para cumplir con tal tarea: la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras.

La mencionada decisión 24 fue precursora internacional en esta materia y así se la reconoció, lo que ocurrió también con la regulación de los contratos de transferencia de tecnología, patentes y marcas, en un ambiente político y económico no especialmente amigable a dichas inversiones —si tenemos en cuenta los evidentes abusos económicos de algunos gobiernos y corporaciones y de su intervención en la política interna—, más aún cuando el control de cambios era de aceptación generalizada en América Latina¹⁴. Dicha decisión, cuya importancia política no ha sido suficientemente puesta de relieve, se integró a la constitución económica de los países del Acuerdo de Cartagena —hoy CAN—, aun cuando en la práctica tuvo un cumplimiento no uniforme por parte de los países miembros de la mencionada comunidad y no cumplió con los objetivos que se había propuesto, lo que significó una traba poco inteligente a la inversión privada de origen extranjero. Los vientos liberales que se iniciaron en la década de 1980 le dieron finalmente una poco honrosa defunción.

En la actualidad, la CAN se rige por la decisión 291, sancionada el 21 de marzo de 1991, que creó un nuevo régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, caracterizado por la eliminación de restricciones para la radicación de capitales en la subregión.

La regla general en la Constitución de 1979, como en su antecedente de 1933, era que los contratos del Estado debían someterse a la jurisdicción nacional bajo la inspiración de la Doctrina Calvo. En síntesis, está basada en los siguientes principios (Amado, 1991, p. 29):

1. Se brinda al inversionista extranjero, en el país receptor de la inversión, el mismo tratamiento que a sus inversionistas nacionales (principio de trato igualitario).
2. La legislación nacional establece los derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros (principio de sometimiento a la legislación nacional).
3. Los tribunales nacionales tienen jurisdicción sobre las disputas que involucran a extranjeros (principio de sometimiento a tribunales nacionales).

¹⁴ El mercado de patentes y marcas era criticado por constituir un mercado monopolístico que impone al adquirente condiciones unilaterales que hacen del negocio tecnológico una brecha más por donde se canalizan los recursos financieros del tercer mundo hacia los centros de la economía mundial (cfr. Álvarez Soberanis, 1979).

En esa dirección, las constituciones de 1933 y 1979 prohibieron a los extranjeros invocar situaciones de excepción o protección diplomática por parte del Estado del que son ciudadanos por actos supuestamente contrarios al derecho internacional cometidos por el Estado peruano.

Empero, la historia de la Doctrina Calvo en el Perú transita un camino de flexibilización desde hace muchos años. Indiscutible como principio en la primera mitad del siglo, su aplicación ocasionó uno de los grandes debates constitucionales del siglo XX. Así ocurrió en 1974, a propósito del contrato de financiamiento del Oleoducto Nor Peruano, con la Japan Petroleum Development Corporation, que concluyó con medidas duramente represivas del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada contra la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, presidida por Vicente Ugarte del Pino, que institucionalmente hizo suyo el informe de una comisión de juristas que sostuvo que esos contratos eran nulos por no exigir sometimiento a tribunales nacionales y a las leyes peruanas (Zapata, 2018, pp. 85-88).

Estos hechos constituyeron el antecedente para habilitar la excepción en el artículo 136 de la Constitución de 1979, que permitió que los contratos de carácter financiero del Estado se sometieran a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú (Bernaes, 1997, p. 370). Como señaló Mac Lean: «Resulta ilusorio ir donde un banquero suizo o un banquero japonés y pedirle que otorgue crédito pero exigiéndole al mismo que se someta a las leyes y tribunales del Perú» (1980, p. 174).

Así, la Constitución de 1979, en su artículo 136, afirmó la adopción de la Doctrina Calvo, con las excepciones de la jurisdicción nacional de los contratos de carácter financiero y en el caso de controversias derivadas de contratos con extranjeros que, mediante prórroga de jurisdicción, pueden ser sometidas a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú.

En la actualidad, con el último párrafo del artículo 63 de la Constitución de 1993, se abren las excepciones a la jurisdicción nacional al punto que se configura el abandono de la Doctrina Calvo: «El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional e internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

En los hechos, carece de aplicación práctica mantener como regla general el sometimiento a la jurisdicción nacional; por cuanto, en los términos del precitado artículo 63, solo se aplica a los contratos con extranjeros domiciliados que no sean de carácter financiero (Rubio Correa, 1999, p. 313).

Más coherente es la propuesta de Rubio Correa (1999, pp. 313-314), quien sugiere que el artículo sea reformulado en los siguientes términos:

- La regla general está elaborada para todos los contratos que firme el Estado con extranjeros, siempre que el contrato no sea de carácter financiero ni con extranjeros domiciliados. En el caso de la regla general, se puede recurrir a la jurisdicción nacional, arbitral u ordinaria; a la de los tribunales de tratados internacionales de los que la República sea parte y estén en vigor; y al arbitraje internacional.
- En los casos de contratos con extranjeros domiciliados, que no sean de carácter financiero, es aplicables solo la jurisdicción nacional, sea ordinaria o arbitral. En esa dirección, el artículo 4 del decreto legislativo 1071 —que norma el arbitraje en su artículo 3.3— prevé que el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
- En los casos de contratos financieros del Estado con extranjeros, domiciliados o no, las jurisdicciones a las que se puede someter la controversia son la nacional —ordinaria y arbitral— y la extranjera, los tribunales constituidos en virtud de tratados internacionales en los que el Perú sea parte y el arbitraje internacional.

3. EL RÉGIMEN DE IGUALDAD JURÍDICA ENTRE LA INVERSIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

En América Latina, cabe citar, en materia de inversión extranjera, el artículo 172 de la Constitución brasileña de 1988, a contracorriente del neoliberalismo, que estableció que la ley regulará, sobre base del interés nacional, las inversiones de capital extranjero, incentivará las reinversiones y regulará la repatriación de beneficios.

En el Perú, el artículo 63 de la Constitución vigente prevé que la inversión extranjera recibe el mismo trato que la nacional, aunque se agrega que «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». Según consta en el diario de debates, este tema tan relevante para el interés nacional se trató superficial y únicamente en la Comisión de Constitución y de Reglamento.

La doctrina nacional (Rubio Correa, 1999, pp. 303-304) considera que pueden haber sido razones, para que los constituyentes aceptaran el precitado artículo 63, el inmenso desarrollo de las comunicaciones y la creciente facilidad con la que circulan los capitales en el mundo, lo que hace difícil, sino imposible, su control y la determinación de su lugar de origen. Sin embargo, ello no aparece en el diario de debates.

Consideramos que es difícil encontrar justificación al artículo 63, no solo porque no se trata de un tema importante desde el punto de vista constitucional, sino también

porque obliga al Estado a actuar de manera encasillada en un terreno cuya delimitación nunca es definitiva y limita las posibles alternativas que puede manejar en una situación concreta. De otro lado, expresa un prejuicio favorable al capital extranjero y una desventaja hacia el capital nacional, lo que no tiene comprobación histórica, menos aún en Latinoamérica. Cabe advertir que lo dispuesto en el precitado artículo 63 constituye uno de los puntos más discutidos y polémicos del régimen económico de la Constitución peruana de 1993, pues limita en forma innecesaria las prerrogativas del Estado en materia de inversión, constituyendo un reconocimiento extraordinario al capital extranjero con claro desmedro del nacional. Con este precepto, el Congreso Constituyente Democrático se rindió a los intereses extranjeros y transnacionales en demostración inequívoca de su mayoritaria ideología neoliberal.

Si efectivamente el capital nacional está siendo desplazado por el capital extranjero en las ramas claves de la economía, y además no participa activamente en el sector exportador —habiéndose detectado al mismo tiempo niveles de empleo e ingresos que no ofrecen amplias oportunidades de mejora a las mayorías nacionales—, la alternativa pasa necesariamente por reforzar precisamente ese débil capital nacional, lo cual implica reformar o repensar el modelo desde el ángulo nacional. En el caso de aquellos interesados en reformar el modelo, un diagnóstico realista de este tipo debería llevar a proponer políticas efectivas para incorporar más decididamente al capital nacional, sea cual fuere su tamaño, a la dinámica del desarrollo local y a la integración activa al mercado mundial. En el caso de aquellos que buscan alterarlo radicalmente, tienen que determinar realista-mente cómo generar un desarrollo capitalista con los empresarios nacionales, en tanto las empresas estatales no bastan para este propósito: su presencia indica un control de recursos, no un impulso decidido al desarrollo nacional. Lo que está en cuestión entonces, son las posibilidades de desarrollo actual en tanto son mayores cuando se evidencia la activa participación de los capitalistas nacionales.

El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva
Francisco Durand

La disposición del artículo 63 va más allá de las disposiciones sobre propiedad, las que en el artículo 126 de la Constitución de 1979 y en el artículo 71 de la vigente disponen que, en cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin distinción entre bienes de producción y de consumo. Incluso va más allá, porque los artículos que acabamos de citar se refieren a inversiones ya realizadas y a propiedades perfectamente identificables, mientras que el artículo 63 no permite que el Estado pueda discriminar, a favor del capital nacional, por ejemplo, cuando realice un proceso de concesión de un servicio público a través de una licitación. En nuestros días, el criterio en virtud del cual la inversión extranjera

debe hacerse por excepción y solo en determinados sectores de la producción, ha perdido vigencia, a pesar de la carencia de estudios que demuestren lo contrario¹⁵.

A todo ello debe agregarse la disposición contenida en el artículo 64 de la Constitución, relacionada sin duda con el tema de la inversión extranjera, tal como se puso de manifiesto en la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático en su sesión del jueves 15 de abril de 1993 (Congreso Constituyente Democrático, 2001, p. 1873), el cual tratamos más extensamente en el capítulo correspondiente a la moneda y la banca, en virtud de la cual el Estado se obliga a garantizar la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

La Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por el decreto legislativo 757, anterior a la vigencia de la Constitución de 1993, establece el marco jurídico que rige y garantiza la inversión privada, nacional y extranjera. En esa misma dirección, el decreto legislativo 662 —que aprueba el Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera— define a la inversión extranjera, en términos genéricos, como aquella proveniente del exterior que se realice en actividades económicas generadoras de renta. Estas disposiciones han sido modificadas y complementadas el año 2000 por la ley 27342, que regula los convenios de estabilidad jurídica al amparo de los decretos legislativos 662 y 757, los cuales prevén que los inversionistas extranjeros pueden acceder a determinados beneficios mediante la celebración de convenios de estabilidad jurídica¹⁶. Asimismo, establecen expresamente la viabilidad de dilucidar en la vía arbitral las controversias entre el inversionista privado y una entidad estatal.

¹⁵ Conviene, a este respecto, recordar los criterios que contenía el artículo 137 de la Constitución de 1979 para aprobar la inversión extranjera y la transferencia tecnológica: complementariedad con la inversión y tecnología nacional; estimulación del empleo y la capitalización del país; participación del capital nacional; y contribución al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración. Sobre estos aspectos en la Constitución de 1979, confróntese Rubio Correa y Bernal, 1981, p. 510 ss.

¹⁶ La norma I del título preliminar del reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Extranjera, aprobado por decreto supremo 162-92-EF, reconoce a todo inversionista, sea nacional o extranjero, los siguientes derechos: a) el derecho a la no discriminación entre inversionistas y empresas, atendiendo a la nacionalidad de los mismos, los sectores o tipos de actividades económicas que desarrollen, la ubicación geográfica de las empresas, ni en las siguientes materias: cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios; forma de constitución empresarial; su condición de personas naturales o jurídicas ni ninguna otra causa de efectos equivalentes; b) el derecho a la no discriminación entre empresas en función a la titularidad estatal de capital; c) el derecho a la propiedad privada; d) el derecho a desarrollar la actividad económica de su preferencia; e) el derecho a la libertad de empresa o industria; f) el derecho a la libertad de comercio exterior; g) el derecho a la libertad de comercio interno; h) el derecho de las empresas a acordar libremente la distribución del íntegro de las utilidades o dividendos que generen; i) el derecho de los inversionistas a recibir la totalidad de las utilidades o dividendos que les correspondan; j) el derecho a adquirir acciones, participaciones o derechos similares; y k) el derecho a utilizar el tipo de cambio más favorable que se encuentre en el mercado cambiario. Adicionalmente, las inversiones que se realizan con recursos provenientes del exterior gozan de las garantías inherentes a su condición de capital foráneo, referidas al derecho a la remesa de utilidades y capitales, que abarca el derecho a utilizar para el efecto el tipo de cambio más favorable que se encuentre en el mercado cambiario.

Cabe señalar que la ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), en su artículo 5, prevé que la inversión extranjera en las empresas bajo su supervisión tiene igual trato que el capital nacional, con sujeción, en su caso, a los convenios internacionales sobre la materia. En su segundo párrafo, el artículo 5 de la dicha ley prevé que: «De ser pertinente, la Superintendencia toma en cuenta criterios inspirados en el principio de reciprocidad cuando sea vea afectado el interés público, según lo dispuesto por el Título III del Régimen Económico de la Constitución Política». La disposición es conveniente para la tutela del interés general, aun cuando el mencionado principio de reciprocidad está explícito como excepción en el artículo 63 de la Constitución bajo la fórmula de que «si otros país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas».

El Tribunal Constitucional, en la sentencia pronunciada el 13 de julio de 2007 (STC Exp. 0013-2007-AI), referida al caso de la demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión, norma jurídica que estableció que la participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del 40% del total de las participaciones o de las acciones de participación social; además, debe ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta «entendiendo que la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales». El Supremo Tribunal afirmó este principio de reciprocidad en la mencionada declaración del artículo 63 de la Norma Suprema que faculta al Estado a adoptar medidas análogas si otro país adopta medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen a la inversión nacional.

Cabe advertir que lo dispuesto en el mencionado artículo 63 constituye uno de los puntos más discutidos y polémicos del régimen económico de la Constitución de 1993. En nuestra opinión, limita en forma innecesaria las prerrogativas del Estado en materia de inversión y constituye un reconocimiento extraordinario al capital extranjero con claro desmedro del nacional. Con este precepto, el Congreso Constituyente Democrático se rindió a los intereses extranjeros y transnacionales, hecho que después ha tenido múltiples manifestaciones concretas en virtud de las cuales parte importante del patrimonio nacional ha pasado a manos de empresas extranjeras, sobre cuyos fines e intereses no hay control ni información relevante.

4. EL ARBITRAJE Y LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

4.1. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materias de inversión y regulación

El arbitraje es una institución compleja que, en términos de González de Cossío, requiere de un ejercicio de balance químico (2008, p. 510). Así, está integrada con componentes privatistas y publicistas, contractuales y jurisdiccionales, que han dado lugar a que en la doctrina se hayan desarrollado diversas tesis sobre su naturaleza jurídica: privatistas-contractualistas, jurisdiccionalistas-publicistas, así como eclécticas.

En la tesis contractualista se afirma que el arbitraje es una justicia privada que nace del contrato, a su vez derivado de la autonomía de la voluntad y el principio constitucional del libre ejercicio de la voluntad contractual (Ledesma, 2010, p. 31).

Empero, la tesis contractualista no es jurídicamente viable en nuestro ordenamiento porque nuestra Constitución atribuye expresamente naturaleza jurisdiccional al arbitraje en el artículo 139, inciso 1, que prevé como principio y derecho de la función jurisdiccional: «La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

El antecedente de esta disposición se encuentra en el artículo 233.1 de la Constitución peruana de 1979, que siguió la huella doctrinaria del internacionalista Andrés Aramburú Menchaca, quien afirmó que la contradicción entre arbitraje y jurisdicción es salvada por la Norma Suprema que prevé al arbitraje como jurisdicción especial (1988, pp. 26-32). En consecuencia, se ha constitucionalizado el principio *pro arbitri*, que está a favor del arbitraje (Díaz Candia, 2009, pp. 88-89). Así, al consagrarse en el texto fundamental la tesis jurisdiccionalista, asumimos que el árbitro asume funciones públicas propias de la jurisdicción.

En ese sentido, la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional ha consolidado la teoría jurisdiccionalista a partir de la STC Exp. 6167-2006-PHC (caso Fernando Cantuarias Salaverri):

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de 'no interferencia' referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado,

que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes* (cursiva agregada).

Así, esta naturaleza jurisdiccional precisamente fortalece la autonomía del arbitraje frente a las interferencias judiciales de cualquier naturaleza.

La tesis jurisdiccional del arbitraje es reiterada en la STC Exp. 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), en cuyo fundamento 11 afirma que el arbitraje es un mecanismo que complementa al sistema de justicia:

A partir de lo establecido por la norma fundamental, «el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como *una alternativa que complementa el sistema judicial* puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional» (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10). Desde esta perspectiva, «este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible [...], con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria» (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14) (cursiva agregada).

Sobre la aplicación del arbitraje para la resolución de controversias con inversionistas, en materia de derecho público, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que el artículo 62 de la Norma Suprema establece que «los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionarán en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

En esa misma dirección, el precitado artículo 63 de la Constitución, en su tercer párrafo, establece que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual en virtud de tratados en vigor. Además, agrega que pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley.

Como precisa María Teresa Quiñones, con esta disposición se habilita ampliamente al Estado para que pueda someter al arbitraje las controversias derivadas de sus contratos con particulares:

Nótese que la norma constitucional no distingue en función de la naturaleza de los contratos, ni si se trata de materia disponible o no, como tampoco si las contrapartes son nacionales o extranjeras. La única exigencia está en la observancia de la ‘forma’ que disponga la ley. Y ‘forma’ es un término muy distinto a ‘limitación’, por lo que, en mi opinión, solo sería aceptable que la legislación establezca los requisitos, solemnidades y, en todo caso, las normas adjetivas aplicables, más no podría restringir ni menos eliminar este derecho que la Constitución ha otorgado al Estado y los particulares de someter a arbitraje sus diferencias (Quiñones Alayza, 2011, p. 743).

De este modo, se reconoce, a nivel constitucional, como vías para la solución de las controversias derivadas de la relación contractual en los contratos públicos, tanto a la vía jurisdiccional del arbitraje como a la judicial. Así, se establece al arbitraje como vía para la solución de controversias derivadas de contratos públicos, en términos similares al arbitraje comercial que constituye el mecanismo de solución de controversias derivadas de contratos celebrados entre particulares (Baca Oneto, 2013, p. 544).

Como hemos precisado líneas arriba, nuestro ordenamiento jurídico no establece el monopolio jurisdiccional del Estado y el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional por los juzgados y tribunales determinados por las leyes, sino que habilita la jurisdicción especial del arbitraje. Así, en controversias derivadas de contratos de derecho público, el árbitro complementa —en términos del Tribunal Constitucional— la actividad del juez contencioso-administrativo que consideramos que en principio debería estar llamado a dirimir la controversia.

Una de las cuestiones más interesantes en esta relación compleja entre el derecho público y el derecho privado es la viabilidad jurídica de someter al arbitraje las controversias contractuales sobre el ejercicio de potestades regulatorias del Estado. Sobre el particular, el numeral 1 de artículo 2 del decreto legislativo 1071, que norma el arbitraje, prevé que «pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, *así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*» (cursiva agregada).

El marco constitucional y legal no delimita la materia arbitrable en función de su «libre disposición», del orden público o del *ius imperium*, sino de la existencia de una habilitación legal expresa para someterla a la jurisdicción arbitral. Así, son potestades de imperio, por ejemplo, dictar reglamentos, expedir actos administrativos,

fijar tarifas, entre otras. Por cierto, estas potestades no son de libre disposición del Estado: no puede renunciar a ellas ni transferirlas en propiedad a sujetos privados, ni transigir sobre las mismas.

Históricamente, la transformación de la soberanía del Estado en soberanía relativa ha permitido distinguir una doble competencia: *jure imperi* y *jure gestionis*. En el primer supuesto, el Estado actúa dentro del marco de sus facultades soberanas o actos que son de imperio; y, dentro del segundo, acepta renunciar a su posición soberana para convertirse en un comerciante o actos que no son de imperio (Sánchez Bravo, 2006, p. 332)¹⁷.

Ni en el derecho comparado ni en la doctrina es una cuestión pacífica la viabilidad jurídica del arbitraje como mecanismo de control de la actuación administrativa. Empero, en el derecho peruano, los actos por los cuales la Administración ejerce sus prerrogativas durante la relación contractual pueden ser arbitrables, conforme a la habilitación expresa del precitado artículo 2 del decreto legislativo 1071. Sobre el particular, consideramos jurídicamente viable la opción del legislador peruano dentro de nuestro marco constitucional, teniendo en cuenta la naturaleza jurisdiccional del arbitraje reconocida por la Norma Suprema (Baca Oneto, 2013, pp. 545-546).

Sobre la controvertida arbitrabilidad de las decisiones regulatorias del Estado, Bullard señala que, en rigor, no se arbitra la validez o eficacia de la decisión administrativa, sino sus consecuencias o su impacto en la relación contractual:

En efecto, no se arbitra la validez o eficacia de la decisión regulatoria en sí misma. No es que el arbitraje reemplaza la posibilidad de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. Lo que se arbitra son las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo. Los árbitros van a decidir si el contrato o el tratado fue o no vulnerado por el acto, quebrantando un compromiso del Estado, y cuáles serían las consecuencias de dicha vulneración (Bullard, 2016, p. 630).

En suma, el arbitraje en derecho público no es viable jurídicamente porque la Administración lo convenga en un pacto compromisorio, sino porque la ley lo habilita dentro de un marco jurídico en el cual los árbitros se constituyen en administradores de justicia que cumplen con una función pública constitucional.

¹⁷ Cabe citar, sobre la diferencia entre actos *jure imperi* y *jure gestionis*, al «Iranian Embassy Case», resuelto por decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán del 30 de abril de 1963, BVerfGE, 16, 27. Con motivo de la negativa de la embajada de Irán en Alemania de pagar la reparación de la calefacción bajo el argumento de la inmunidad soberana del Sha, declaró que «para distinguir entre actos *jure imperi* y *jure gestionis* era necesario referirse a la naturaleza de la transacción o a la relación legal resultante y no al motivo o al propósito de la actividad estatal, concluyendo que el contrato para la reparación de la calefacción no podía ser considerado una función soberana del Estado extranjero iraní».

4.2. Los tratados bilaterales de inversión y la protección contra la expropiación indirecta

Como declararon sus propios autores, la Carta de 1993 fue diseñada para establecer un ordenamiento jurídico que refuerce la seguridad jurídica de los inversores. En esa dirección, el artículo 63, al abandonar la Doctrina Calvo, ha servido para facilitar la aplicación de los mecanismos de protección jurídica de las inversiones en el marco de los estándares del derecho internacional que diluyen el concepto de soberanía estatal (Bullard, 2006, pp. 682-683)¹⁸. Sin embargo, hay que reconocer que la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas no sería viable, en determinadas situaciones, sin el mecanismo de los tribunales arbitrales internacionales.

Así, las normas y principios consuetudinarios del derecho internacional de las inversiones son resumidas por Kundmüller y Rubio Guerrero:

[...] comprendería las disciplinas como el libre acceso y establecimiento, el trato nacional, el principio de la Nación más favorecida para el tratamiento del inversionista extranjero, el trato justo y equitativo, la eliminación de la Cláusula Calvo, la indemnización y compensación justa ante expropiación directa o indirecta y por regla general, la utilización del arbitraje de inversiones y Estados como medio de solución de controversias (Kundmüller Caminiti & Rubio Guerrero, 2006, p. 100).

En la actualidad, el derecho internacional de las inversiones está basado en una inmensa red de tratados de protección y promoción de inversiones (Fernández Masía, 2007, p. 14). Son los denominados tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (BIT, siglas en inglés que corresponden a «Bilateral Investment Treaties») los que constituyen un entramado normativo de protección a la inversión transnacional, diseñado originalmente por el Departamento de Estado de Estados Unidos.

¹⁸ Bullard desarrolla el concepto de «contractualización de lo público» y, desde una posición crítica frente a la doctrina de la inmunidad soberana, cita la tesis de inmunidad estatal restringida: «La doctrina de la inmunidad soberana es invocada para impedir que una corte o tribunal ejerza jurisdicción o capacidad de decidir una controversia o ejecutar la decisión a la que hubiera arribado, basándose en el mero hecho de que una de las partes es el Estado. Esta doctrina ha sido, sin embargo, severamente limitada por los desarrollos actuales. Quizás los dos instrumentos que mejor reflejan el estado de cuestión, sean la Foreign Sovereign Immunities Act, de los Estados Unidos y el State Immunities Act del Reino Unido. Estas normas recogen una teoría de la inmunidad limitada o restringida según la cual no es posible invocar soberanía en actos de naturaleza comercial. El carácter comercial es determinado de acuerdo a la naturaleza antes que por la intención. Eso significa que, si una entidad del Estado compra textos escolares para afectarlos a la educación pública, el hecho de que la finalidad del acto sea el desarrollo de una función estatal no impide invocar la naturaleza comercial del acto simplemente porque la compra de textos es usualmente un contrato de naturaleza comercial».

Tienen la finalidad de establecer reglas claras para promover las inversiones entre los países suscriptores, de manera que los inversores extranjeros de uno de los Estados cuenten con instrumentos de protección que les permitan acudir a la jurisdicción arbitral internacional en caso de vulneración de las garantías especificadas en el tratado (Linares, 2006a, p. 32).

Los BIT estipulan compromisos de los Estados receptores de inversión para la protección de los inversionistas extranjeros y no a obligaciones sustantivas de los inversionistas extranjeros frente a los Estados receptores de inversión extranjera (Carbajal, 2004, p. 200). No se reconoce en los BIT, por ejemplo, la soberanía de los Estados para adoptar medidas de emergencia económica, que son extraordinarias por naturaleza. De este modo, el proceso de globalización no solo exige un movimiento fluido de bienes y servicios, sino que también impone un orden público económico transnacional cuya función última es la protección de las inversiones realizadas por empresas transnacionales (González García, 2004, p. 13).

Así, por ejemplo, el estándar de compensación por expropiaciones en los BIT se conoce como la denominada «fórmula Hull», en honor del secretario de Estado Cordell Hull, quien declaró —como consecuencia de la nacionalización petrolera de 1938 en México— que, conforme al derecho internacional, México debía abonar una compensación «pronta, adecuada y oportuna» (Redfern, Blackaby & Partasides, 2006, p. 670).

Las nacionalizaciones, con indemnización o sin ella, no han sido raras en América Latina en el siglo XX y afectaron, sobre todo, a compañías extranjeras. Los ejemplos más importantes fueron Argentina, bajo el régimen de Perón, la expropiación de la minería del estaño en Bolivia, las nacionalizaciones bajo la Cuba de Castro y en Chile, durante el gobierno de Allende (Bulmer-Thomas, 2002, pp. 355-356), además del Perú, bajo el régimen de Velasco Alvarado (1968-1975).

En la década de 1990, el Perú se fue insertando dentro del marco del derecho internacional de las inversiones. Así, se afirma que se ha constitucionalizado, dado que, por el artículo 53 de la Norma Suprema, los tratados ratificados y en vigor forman parte del derecho nacional (Higa & Saco, 2013, p. 234). Al amparo de la excepción a la jurisdicción nacional prevista en la Constitución de 1979, la República del Perú —mediante la resolución legislativa 25312, publicada el 3 de abril de 1991— ratificó el convenio constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantía a las Inversiones (Multilateral Investment Guarantee Agency o MIGA) del BM.

La MIGA es una dependencia del BM, con autonomía jurídica y financiera, que actúa como foro para la cooperación internacional en materia de inversiones. Otorga garantías, incluidos coaseguros y reaseguros, contra riesgos no comerciales respecto de inversiones realizadas en un país miembro y provenientes de otros países miembros.

Así, los riesgos que cubre incluyen: pérdidas por restricciones en el cambio de moneda o en la remisión de utilidades al exterior; expropiación o restricciones al ejercicio de la propiedad; incumplimiento contractual y dificultades para acceder a un procedimiento imparcial y efectivo; conflicto armado y disturbios civiles; y, opcionalmente, otros riesgos no comerciales, a excepción del riesgo de devaluación monetaria.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados fue ratificado por el Perú mediante resolución legislativa 26210, publicada el 10 de julio de 1993. De esta forma, se viabilizó el sometimiento de controversias relativas a inversiones ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), al amparo de la gran mayoría de las BIT celebrados por el Perú o en caso resulten de aplicación las disposiciones de los convenios relacionados con la MIGA (Cantuarias, 2004, p. 168)¹⁹.

El convenio y sus tribunales arbitrales son actualmente el más importante instrumento para la solución de conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros²⁰. Sin embargo, es un hecho histórico que los países de América Latina se resistieron a la creación del CIADI por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965 bajo el auspicio del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Debe destacarse que los laudos arbitrales del CIADI se han caracterizado por el predominio en el derecho internacional de las inversiones de una minimización de la soberanía económica de los Estados. En esta dirección, en las últimas décadas, el derecho internacional de las inversiones se ha consolidado y difundido, a través del arbitraje, el concepto de la expropiación indirecta. Así, se conceptúa que la expropiación no se restringe únicamente a los casos de adquisición forzosa por parte de un Estado de la propiedad privada, sino que también incluye aquellos actos del Estado que tengan el efecto de privar a los particulares de su propiedad, ya sea mediante la imposición de tributos, regulaciones o cualquier acto de naturaleza confiscatoria o que restrinja, limite o interfiera irrazonablemente el goce de su propiedad por parte de extranjeros (Amado & Amiel, 2005, p. 62).

¹⁹ El dato actualizado de los países con los cuales se han celebrado los BIT aparece en la página web del organismo estatal ProInversión: <http://www.proinversion.gob.pe>.

²⁰ El artículo 42 de la convención del CIADI prevé que los arbitrajes se regirán por la ley pactada por las partes. A falta de pacto sobre la ley aplicable, se regirán por la ley del Estado involucrado, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y «aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables».

El factor relevante en la práctica del arbitraje de inversiones para calificar una medida gubernamental como expropiación indirecta está en función al grado de interferencia en la inversión, como precisa Madalena:

El factor esencial considerado en la práctica arbitral es el grado de interferencia o efecto de la medida regulatoria en la inversión, si bien hay otros factores adicionales —como la vulneración de las expectativas razonables y legítimas del inversionista al momento de realizar la inversión o el carácter o propósito de la medida y contexto que fue adoptada— que serán, en ocasiones, tenidos en cuenta a efectos de dilucidar si existe o no una expropiación (Madalena, 2017, p. 20).

Adicionalmente, una medida del Estado puede ser calificada como expropiación cuando existan compromisos específicos por parte del aquel de mantener estable un determinado régimen económico o regulatorio (Madalena, 2017, p. 22).

Se puede apreciar, así, una hiperprotección de los derechos del inversionista en el laudo arbitral CIADI expedido en el caso *Metalclad. c. México*²¹, referido a una controversia sobre la construcción y funcionamiento de una planta de desechos peligrosos y al otorgamiento de los correspondientes permisos federales, estatales y municipales.

En mayo de 1994, *Metalclad* inició la construcción de la planta sin haber obtenido la autorización del gobierno local y la culminó en marzo de 1995, sin el título habilitante y con una fuerte oposición por consideraciones de índole ambiental.

En diciembre de 1995, fue denegada la solicitud de autorización municipal que tardíamente presentó *Metalclad*. La controversia dio origen al proceso arbitral promovido por *Metalclad*, que solicitaba el pago de una indemnización, y se inició en enero de 1997 ante el CIADI. En setiembre, el gobernador de San Luis Potosí expidió un decreto que declaró que el terreno donde se ubicó la inversión fue declarado reserva ecológica.

El tribunal arbitral sostuvo que la expropiación en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado entre Canadá, Estados Unidos y México, incluye no solo la transferencia directa de la propiedad privada, sino también a las interferencias disimuladas o incidentales sobre el uso de la propiedad que tengan el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que de manera razonable esperaría de la propiedad. Asimismo, afirma que la medida expropiatoria no tiene necesariamente que beneficiar al Estado receptor:

Por ende, la expropiación en el TLCAN incluye no solo las *takings* —tomas— de propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor

²¹ Laudo CIADI, caso ARB (AF)/97/1, del 30 de agosto de 2000, párrafo 103.

del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.

México presentó un recurso de anulación ante la Corte Suprema de British Columbia, Canadá, a fin de obtener la nulidad del laudo arbitral, al haber sido fijada la ciudad de Vancouver como sede del arbitraje. Como señaló la Corte de British Columbia, el tribunal arbitral CIADI hizo una interpretación errónea de los efectos del decreto ecológico, por cuanto la norma incluyó una disposición expresa preservando los permisos existentes antes de su promulgación y respetando los derechos adquiridos de propiedad. En consecuencia, no debió ser considerado como un acto de expropiación indirecta.

Así, este laudo constituyó una grave interferencia en las potestades regulatorias del Estado mexicano²². Asimismo, como señala Carbajal, este laudo evidenció la inexistencia de un consenso en el derecho internacional con relación a la distinción entre medidas regulatorias indemnizables y medidas regulatorias no indemnizables (Carbajal, 2004, p. 208).

En esa misma dirección, en materia de protección al inversionista por expropiación indirecta, cabe citar el caso Técnicas Medioambientales TECMED S.A.C. México. En este caso, el tribunal arbitral asumió que la resolución administrativa de denegar la renovación de la autorización para seguir operando y ordenar el cierre permanente de una actividad de confinamiento de residuos peligrosos, por sus efectos, constituía una medida equivalente a una expropiación. Así, declaró que:

Para establecer si la resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5 (1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la resolución la demandante se vio privada,

²² «El ‘derecho a regular’ equivale al concepto de regulación que, según explicábamos en la introducción, ha sido recibido en el derecho administrativo Iberoamericano desde el Derecho de Estados Unidos de Norteamérica. Así, el derecho administrativo basado en el régimen administrativo francés, como sucede en general con el derecho administrativo Iberoamericano, formó el concepto de *policía administrativa*, esto es la actividad de la Administración que restringe la libertad general del ciudadano en defensa del orden público. Como propuso Mayer, ese concepto se asumió en claro sentido negativo, a partir de la preservación de bienes jurídicos como salubridad, seguridad y paz: salvo prohibiciones de orden público, el ciudadano podrá ejercer su libertad de acuerdo con su autonomía. La ampliación de los cometidos del Estado llevó a ampliar el concepto de orden público y de policía, lo que permitió aludir al concepto de ‘policía económica’. De esa manera, por policía económica se entiende la actividad que restringe el ejercicio de la libertad económica, no solo mediante prohibiciones sino también a través de órdenes y mandatos de hacer» (Hernández González, 2017, p. 11).

de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a esta —por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el confinamiento o su explotación— hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la demandada los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quien se beneficia de los mismos, y, en qué medida. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en el ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y *una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se determina también si esa privación es indemnizable o no*; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación de facto. Los efectos del acto o conducta bajo análisis no son pues indiferentes para determinar si tal acto o conducta configura o no una expropiación²³ (cursiva agregada).

Más adelante, define como expropiación indirecta la afectación del derecho de propiedad que tenga el efecto de privar del uso o del beneficio económico de la propiedad:

[...] se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que ‘toda manera de explotarlos’ ha desaparecido; es decir, virtualmente, *el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido*. Bajo el derecho internacional, existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o su interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aun cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero. La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquellos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto (cursiva agregada)²⁴.

Asimismo, en el derecho internacional de las inversiones, también se asume como expropiación indirecta a la expropiación progresiva (*creeping expropriation*); es decir,

²³ Caso CIADI ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo 2003, párrafo 115.

²⁴ Caso CIADI ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo 2003, párrafo 116.

la adopción de una serie de actos o medidas por parte del Estado a lo largo del tiempo, cuyo efecto global genera un menoscabo sustancial del valor de la inversión; pero que, tomados de forma separada, ninguno de ellos podría calificarse como un acto expropiatorio (Fernández Masiá, 2007, p. 27).

En el precitado laudo del caso TECMED S.A.C. México, se define a la expropiación progresiva en los siguientes términos:

Generalmente, se entiende que la expresión «equivalente a expropiación» o *tantamount to expropriation*, que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero alude a la llamada «expropiación indirecta» o *creeping*, así como la expropiación de facto aludida más arriba. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no se explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes pero que en los hechos operan tal privación. Una expropiación de esta naturaleza no necesariamente tiene que manifestarse de forma gradual o creciente —en ese sentido el término *creeping* alude a un solo tipo de expropiación indirecta— y se puede manifestar a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse los conceptos de *creeping expropriation* y expropiación *de facto* por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de «expropiación indirecta», y que ambas formas de expropiación pueden configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto solo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente²⁵.

4.3. El arbitraje internacional de inversiones y el derecho administrativo global

A nuestro juicio, la necesidad de cautelar el interés público generará, por impulso de la sociedad civil organizada y de los Estados receptores de inversión, el replanteamiento de algunos principios en el derecho internacional, en procura de que el arbitraje internacional de las inversiones sea un instrumento más equilibrado entre los intereses colectivos, las potestades de regulación de los Estados y los legítimos intereses de los inversionistas. Así, el rol que desempeñan los tribunales arbitrales CIADI deberá procurar un adecuado equilibrio de los derechos de los inversionistas y los intereses de los Estados receptores de la inversión extranjera directa a través de un acuerdo multilateral de inversiones (Carbajal, 2004, p. 213).

²⁵ Caso CIADI ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo 2003, párrafo 114.

Asumiendo la similitud entre el arbitraje de inversiones y el control jurisdiccional sobre la Administración Pública, aquel no puede ser considerado hoy como una manifestación del arbitraje comercial internacional; es decir, como un instrumento para resolver controversias comerciales con el Estado, siendo necesario integrar también, en la interpretación de los BIT, los principios generales del derecho público, tales como el principio de proporcionalidad y el de la interdicción de la arbitrariedad (Hernández González, 2017, p. 23).

Sobre el arbitraje internacional como mecanismo de control de la Administración Pública, acudimos a José Ignacio Hernández:

Frente a esta realidad, un sector de la doctrina ha venido insistiendo en que es necesario cambiar la valoración del arbitraje internacional de inversiones, el cual debe ser considerado como un mecanismo de control externo sobre el Estado sede y su Administración, que garantiza el cumplimiento del Tratado aplicable y, por ello promueve en el ámbito internacional el estado de derecho. Por ello, en una propuesta que compartimos, el arbitraje internacional de inversiones debe valorarse como un mecanismo de derecho público que regula relaciones entre el Estado y los inversores. Con lo cual, el estudio institucional de ese arbitraje debe ser de derecho público Comparado, es decir, de derecho constitucional y Administrativo Comparado. Esto permitirá una mejor interpretación de los estándares de protección del inversor que son así, también, estándares de revisión del Estado sede y de su Administración. En sentido similar ha observado Brown que el arbitraje internacional de inversiones permite el control jurisdiccional y la revisión de las políticas públicas adoptadas por el Estado en ejercicio de su soberanía, con lo cual ese arbitraje tiene un claro carácter de derecho público (Hernández González, 2016, pp. 150-151).

En esa dirección, Sabino Cassese (2005) ha concluido que el CIADI actúa actualmente como una «corte internacional administrativa» (citado por Hernández González, 2016, p. 152).

Así, el derecho internacional de las inversiones viene evolucionando gradualmente en la pauta del «derecho administrativo global», con la adopción de los principios generales del derecho administrativo como fuente, conforme con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que en el literal c de su numeral 1, hace referencia a los «principios generales del derecho por las razones civilizadas». En esa dirección, se reconoce el ejercicio de la regulación y de la intervención pública en la economía, básicamente mediante tres instrumentos:

1. Se modifica la redacción de los BIT con la finalidad de reducir el ámbito de aplicación de los estándares de protección del inversionista.

2. Se incluyen dentro de los BIT las excepciones relacionadas con las medidas de regulación adoptadas en áreas de interés público.
3. Se reconoce en los laudos la doctrina de un margen de deferencia a favor del Estado receptor de la inversión (Hernández González, 2017, p. 13 ss.).

En esta evolución, es relevante el laudo emitido en el caso Philip Morris c. Uruguay, en el cual el tribunal arbitral desestimó el reclamo presentado por la empresa contra Uruguay por medidas regulatorias de control sobre el tabaco, por considerarlo «un ejercicio válido del poder de policía del Estado».

El laudo recuerda que la doctrina del margen de deferencia no ha sido siempre reconocida:

El principio según el cual el ejercicio racional y de buena fe del poder de policía del Estado en materias contra el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad, excluye compensación incluso cuando ocasiona daños a una inversión, con lo cual las medidas tomadas para esos fines no deben ser consideradas como expropiatorias, no encontró reconocimiento en las decisiones arbitrales. Pero una línea consistente orientada a diferenciar el ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta surgió después del 2000²⁶.

Más adelante, el tribunal reitera la aplicación del margen de deferencia en materias de orden público, como la protección de la salud, al considerar que «la responsabilidad por medidas de salud pública descansa en el Gobierno y los Tribunales de Inversión deben reconocer una amplia deferencia a las decisiones del Gobierno en aspectos domésticos como la protección de la salud públicas»²⁷.

En suma, el precitado laudo debería abrir una nueva etapa del arbitraje internacional de inversiones que promueva el derecho de regulación de los Estados sedes (Hernández González, 2016, p. 165).

5. LOS ACUERDOS BILATERALES DE LIBRE COMERCIO

Durante los últimos años, han sido muchos los países que han celebrado acuerdos o tratados de libre comercio. A estos acuerdos les son de aplicación los derechos y obligaciones contenidos en las normas de la OMC y muchas otras contenidas en acuerdos o tratados específicos. En general, sus objetivos son: liberalizar progresivamente el comercio de mercancías y servicios, incrementar y asegurar inversiones de capital, regular las contrataciones estatales o públicas, promover la libre competencia,

²⁶ Caso CIADI ARB/10/7, de 8 de julio de 2016, párrafo 291.

²⁷ Caso CIADI ARB/10/7, de 8 de julio de 2016, párrafo 399.

proteger los derechos intelectuales en sus versiones como propiedad industrial o derechos de autor, promover la asistencia técnica y acordar los medios para solucionar las controversias que puedan presentarse. Son muy ambiciosos sus objetivos y responden a un modelo diseñado principalmente por Estados Unidos que se ha impuesto de manera paulatina en el ámbito internacional. Por ello, son calificados como «una nueva e informal constitución económica»²⁸.

El Perú ha celebrado varios de esos acuerdos, siendo los más importantes, por el poderío económico y político de su contraparte, los firmados con Estados Unidos en el año 2006, con China en el año 2009 y con la Unión Europea en el año 2012, siendo el primero el que motivó las mayores discusiones sobre su viabilidad y conveniencia. Hay que señalar que fueron promovidos sin mayor análisis por políticos y gobernantes, por el empresariado privado y por los grandes medios de comunicación, con una tímida intervención, sin mayor repercusión pública, del mundo académico. Por cierto, los acuerdos deberían ser interpretados y aplicados en armonía con las disposiciones constitucionales del Perú.

En el primero, que se celebró con Estados Unidos, fue evidente —como precisa Fairlie— que existió una gran asimetría en la negociación, no solo por la diferencia de tamaño y el grado de desarrollo de los países involucrados, sino también por la importancia que tiene Estados Unidos para el Perú como socio comercial y el peso marginal que tiene nuestro país para el comercio global del primero (Fairlie, 2004, p. 285). En suma, se trata de socios asimétricos (Flor, 2009, p. 10). Ello también es de aplicación a los casos de China y la Unión Europea.

A continuación, resaltaremos algunos de los aspectos de esos acuerdos usando como guía el firmado con Estados Unidos. En cuanto al régimen de la inversión extranjera, por ejemplo, Seminario distingue tres tipos de inversión: (i) la ligada al procesamiento de recursos naturales que, en el caso del Perú, se reduce a la inversión minera; (ii) la ligada al aprovechamiento de ventajas de localización o ventajas de acceso, para aprovechar al país como plaza para procesar productos para Estados Unidos; y c) la inversión en alta tecnología (Seminario, 2004, p. 107).

La inversión en localización sería atractiva si el Perú fuese el único país con un acuerdo comercial con Estados Unidos, pero hay otros países (como México) que gozan de mejores ventajas de localización que el Perú o en el aprovechamiento de mano de obra barata de origen centroamericano o del Caribe. Con relación a la inversión en alta tecnología, se requiere capital humano del cual el Perú es deficitario (Seminario, 2004, p. 107).

²⁸ Jürgen Schuldt, «La camisa de fuerza». *La República*, 24 de junio de 2007.

El régimen de protección y promoción de la inversión extranjera del acuerdo comercial celebrado por el Perú con Estados Unidos ratifica expresamente los contenidos más liberales en materia de protección de la inversión extranjera de la constitución económica de 1993, la cual, en su preámbulo, declara:

Acordar que, por medio del presente, no se concederá a los inversionistas extranjeros derechos sustantivos más amplios en relación con las protecciones a las inversiones que a los inversionistas nacionales en virtud de la legislación nacional equivalen o exceden las establecidas en el presente Acuerdo.

Reconocer que en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú se dispone que las «las inversiones nacionales y extranjeras están sujetas a las mismas condiciones.

El acuerdo en la sección A del capítulo 10 está dedicado al régimen jurídico de la inversión. En el artículo 10.28, define en términos muy amplios el concepto de inversión como «todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades; o la asunción de riesgo».

Así, la inversión es protegida bajo la forma de:

- a) Una empresa.
- b) Acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa.
- c) Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos.
- d) Futuros, opciones y otros derivados.
- e) Contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros similares.
- f) Derechos de propiedad intelectual.
- g) Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna.
- h) Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.

La amplitud de la protección a la inversión extranjera permite entender que las reglas de juego serán aplicadas tanto a los inversionistas o ciudadanos residentes en uno de los Estados Parte como a los inversionistas originarios de terceros Estados

que han invertido en uno de los primeros (Sandoval Peña, 2004, pp. 52-53). Disposición similar tiene el acuerdo celebrado con China en sus artículos 126 al 128.

El acuerdo Perú-Estados Unidos establece un régimen jurídico de derechos económicos internacionales para los inversionistas bajo los siguientes estándares: trato nacional, trato de la Nación más favorecida y norma mínima de trato a favor del inversionista.

El trato nacional está previsto en el artículo 10.3, que garantiza a las empresas multinacionales establecidas dentro del mercado interno de cada uno de los Estados Parte que recibirán el mismo trato que las empresas locales (Sandoval Peña, 2004, p. 54)²⁹. Se fundamenta —tal como lo declara el preámbulo— en el artículo 63 de la Constitución peruana que garantiza la igualdad jurídica entre la inversión nacional y extranjera. El principio rector es la no discriminación (Flor, 2009, p. 17). Ello también está contemplado en el artículo 129 del tratado firmado con China y en el artículo 21 del celebrado con la Unión Europea.

La cláusula de la Nación más favorecida se encuentra prevista en el artículo 10.4. Así, los Estados Parte se obligan a extender aquellos beneficios que se otorguen a otros inversionistas de otras nacionalidades con relación a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversión a aquellos inversionistas originarios de cualquiera de dichos Estados. Con China hay trato similar en el artículo 131.

El artículo 10.5 prevé el nivel mínimo de trato que es un estándar que encuentra su origen en el derecho consuetudinario internacional. Se garantiza que cada una de las partes otorgará a las inversiones y a los inversionistas de la otra un trato acorde con el derecho internacional, justo y equitativo, así como la protección y seguridad plenas. El acuerdo con China contempla este punto en su artículo 132.

El artículo 10.8 garantiza a los inversionistas la libre transferencia de las inversiones y las ganancias sin demora, desde y hacia su territorio. Se prohíbe que los Estados Parte establezcan regulaciones que impidan repatriar el capital invertido y las utilidades a las casas matrices de las transnacionales. Las únicas excepciones previstas se refieren al caso de quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores, la emisión, el negocio u operaciones de valores, futuros, opciones o derivados; las transferencias relacionadas a reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias, cuando sea necesario para colaborar con el cumplimiento de la ley o con las autoridades financieras regulatorias, así como la ejecución de sentencias o

²⁹ «El trato nacional implica que el inversionista deberá recibir un trato no menos favorable que el del nacional del Estado receptor. El trato de nación más favorecida implica que un Estado receptor no puede brindar un trato menos favorable a un inversionista, que aquel trato que brinda a otros inversionistas extranjeros de otras nacionalidades» (Kundmüller & Rubio, 2006, p. 103).

laudos dictados en unos procesos judiciales o administrativos. El acuerdo con China trata este punto en su artículo 135.

El acuerdo con Estados Unidos prohíbe condicionar las inversiones a requisitos de desempeño en lo referido al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, dirección, explotación de una inversión de un inversionista oriundo de uno de los Estados Parte. Se trata de una renuncia de los Estados Parte de ejercer su potestad de regulación mediante políticas públicas que orienten el desarrollo económico en el largo plazo³⁰. Así, los requisitos de desempeño prohibidos por el artículo 10.9 son:

- a) Exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios.
- b) Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional.
- c) Comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio o comprar mercancías de personas en su territorio.
- d) Relacionar en cualquier forma el volumen o el valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión.
- e) Restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas.
- f) Transferir a una persona, en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad.
- g) Proveer exclusivamente del territorio de una parte las mercancías que produce la inversión o los servicios que presta para un mercado específico regional o al mercado mundial.

Son de singular importancia las disposiciones sobre expropiación directa e indirecta. En efecto, se establece un régimen jurídico especial para la expropiación en el artículo 10.7. Ninguna de las partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión

³⁰ Schuldt, en su enfoque crítico al TLC Perú-EE.UU., señala que la prohibición de requisitos de desempeño «hará imposible generar cadenas productivas, ya que se impide lograr un determinado porcentaje de contenido nacional en la producción exportable, de dar preferencia a las mercancías domésticas en algunos sectores estratégicos, de permitir abrir los paquetes tecnológicos que traen las empresas extranjeras» (2012). Henry Mora, por su parte, señala: «No olvidemos que todos los países hoy desarrollados impusieron —cuando ellos fueron receptores netos de inversión— regulaciones a la inversión extranjera con el propósito de asegurar que la misma contribuyera con sus estrategias de desarrollo a largo plazo. Estas regulaciones incluyeron desde prohibiciones de entrada a determinados sectores hasta el establecimiento de requisitos para establecer alianzas estratégicas o techos para la propiedad extranjera y la contratación de personal» (2005, p. 298).

cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas con efecto equivalente a la expropiación o nacionalización, salvo que sea:

- a) Por motivos de propósito público³¹.
- b) De una manera no discriminatoria.
- c) Mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización.
- d) Con apego al principio del debido proceso y al artículo 10.5.

El párrafo 2 del mencionado artículo 10.7 establece que la indemnización deberá:

- a) Ser pagada sin demora.
- b) Ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo.
- c) No reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación.
- d) Ser completamente liquidable y libremente transferible.

El anexo 10-B precisa que en la expropiación indirecta se produce un acto o una serie de actos que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio. La determinación de si un acto o una serie de actos de una parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere, entre otros factores: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de la inversión, por sí solo, no establece que una versión indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; (iii) el carácter de la acción gubernamental. El acuerdo con China trata este punto en su artículo 133.

En el celebrado con Estados Unidos, es relevante destacar que se prevé que las medidas encaminadas a la protección de la salud pública, la seguridad y el ambiente

³¹ Desde el enfoque económico, Ocampo (2005, p. 110) afirma que el concepto de interés público debe garantizar el buen funcionamiento de los mercados y la coherencia entre dicho funcionamiento y la integración o cohesión social. En la práctica del arbitraje de inversiones, como señala Madalena (2017, pp. 26-27), el interés público es «un concepto de amplio alcance que comprende intereses nacionales del Estado, tales como la protección del orden público, la protección del medio ambiente y la salud pública, la seguridad nacional, la protección de los derechos humanos, la estabilidad económica y financiera o el régimen fiscal y tributario del Estado». Desde el derecho administrativo, véase Danós, 2018, pp. 85-100.

«salvo circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que sean diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente».

Otras disposiciones de singular importancia están relacionadas con la solución de controversias. En la sección B del capítulo 10 del firmado con Estados Unidos, se establece el procedimiento en materia de inversiones y la aplicación del arbitraje mediante la utilización de los procedimientos arbitrales del CIADI y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI). Como hemos sostenido, el arbitraje internacional en determinados tribunales CIADI únicamente ha actuado como mecanismo de protección jurídica de las inversiones y no ha mantenido una posición de equilibrio con relación a las legítimas potestades de regulación de los Estados receptores de la inversión por razones de interés público. Disposiciones similares se encuentran en los artículos 138 y 139 del celebrado con China y en los artículos 298 a 323 del celebrado con la Unión Europea.

En suma, los acuerdos significan para el Estado peruano el costo de la profundización de un modelo económico que, desde la Constitución de 1993, minimiza las potestades regulatorias de tutela del interés general de la sociedad.

De otro lado, Perú ha tenido que aceptar en la negociación una agenda temática que incluye aspectos no comerciales (propiedad intelectual, medio ambiente y derechos laborales) que no necesariamente son ventajosos para el país como es la protección de los datos de prueba. El acuerdo firmado con Estados Unidos, en su artículo 16, por ejemplo, obliga a que suscribamos tratados y convenios en derechos intelectuales de los que no hemos sido parte, pero que protegen intereses de las empresas de ese país; así, se protege la información referida a las pruebas médicas y de laboratorio que deben presentarse para lograr las autorizaciones de comercialización de parte de las autoridades sanitarias competentes (Flor, 2009, p. 18). Por su parte, China hace referencia al tema de los derechos intelectuales en sus artículos 144 al 148 y, en su anexo 10, menciona las denominaciones de origen que desea estén protegidas. La Unión Europea trata ese tema en sus artículos 195 al 256 y, en su anexo XIII, menciona una extensa lista de denominaciones de origen que requieren protección. Perú hace lo propio con su pequeño número de denominaciones de origen.

El análisis político y económico de las ventajas y desventajas de los acuerdos de libre comercio está aún por hacerse en nuestro país. De lo que no cabe duda es del enorme impacto de sus disposiciones en la vida cotidiana de los peruanos y en las futuras decisiones gubernamentales que estén vinculadas a su contenido.

CAPÍTULO 16

EL DOMINIO PÚBLICO Y SU EVOLUCIÓN

Artículo 73. Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

1. ANTECEDENTES: ZONA DE ABANDONO EN EL DERECHO PERUANO

El artículo 73 de la Constitución peruana de 1993 declara que los bienes de dominio público gozan de los atributos de ser inalienables e imprescriptibles. Como resalta Martínez Vásquez, no se refiere al atributo de la inembargabilidad; dicha Constitución no asume la categoría de dominio público con la precisión técnica de la española o de la mexicana (Martínez Vásquez, 2000. p. 272)³².

Así, la Norma Suprema no enuncia los bienes que por su relevancia constitucional forman parte del dominio público, ni tampoco cuál es el procedimiento legal por el que adquieren esta calidad jurídica o cómo se extingue³³.

La primera Constitución que en el Perú definió a los bienes de dominio público fue la de 1933, que en su artículo 33 declaró: «No son objeto de propiedad privada,

³² La Constitución mexicana, en su artículo 129, realiza una enumeración de bienes de dominio público y remite además a la categoría de los «bienes de uso común». La Constitución española de 1978, en el segundo párrafo de su artículo 132, declara: «Son bienes de dominio público estatal los que determina la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental».

³³ Estas graves falencias son acertadamente criticadas por Martínez Vásquez (2000, pp. 274-276). El profesor español cita como referencia en el derecho comparado al artículo 132 de la Constitución española de 1978, que prevé que determinados bienes son de dominio público por mandato constitucional, mientras que otros lo serán de acuerdo al mecanismo de adscripción o afectación que tenga previsto el ordenamiento jurídico. También refiere que la Constitución mexicana, en su artículo 129, y la Constitución panameña, en su artículo 254, enuncian cuáles son bienes de dominio público por imperativo constitucional.

las *cosas públicas*, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos». En similar dirección, la Constitución peruana de 1979, en su artículo 128, previó que: «Los bienes públicos cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados».

En el Perú, la institución del dominio público ha sido una zona de abandono por la doctrina civilista y administrativista, entre otras razones, por constituir una categoría compleja. Así, podemos afirmar que aún se encuentra en plena construcción dogmática (Vignolo Cueva, 2018, p. 342).

El Código Civil peruano de 1852, en su artículo 459, desarrollaba la clasificación de las cosas en: públicas, comunes, de particulares, destinadas al culto y de ninguno. El Código Civil de 1936 clasificó a los bienes según su titular, separando los del Estado de los particulares. Además, en su artículo 823, declaró que los bienes de uso público son inalienables e imprescriptibles.

El Código Civil peruano de 1984 no contiene la clasificación de los bienes según su titular, ni distingue entre bienes de dominio público y de dominio privado del Estado. Se trata de una seria omisión, considerando que la distinción entre bienes del Estado y de los particulares estuvo prevista tanto en el Código de 1852 como en el de 1936 (Hernández Martínez, 2017, p. 43)³⁴.

Este abandono por la doctrina nacional nos obliga a recurrir a al derecho comparado. Así, en la doctrina española, acudimos a Parejo Alfonso, quien asume que el régimen peculiar y exorbitante de los bienes dominio público no es un reflejo de su específica naturaleza, sino que constituye el resultado de su afectación a un destino público (Parejo Alfonso, 1983a, p. 2395).

2. NATURALEZA JURÍDICA. EL DOMINIO PÚBLICO COMO POTESTAD DE INTERVENCIÓN ESTATAL

Debemos precisar cuál es la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público. Se los ha definido como aquellos que se encuentran al margen del tráfico privado y están afectados al uso general, siendo su fundamento jurídico el interés público. Como señala Díaz y Díaz, sus rasgos definidores son antinómicos con la propiedad privada:

La dominialidad define sus rasgos a partir de la extrapolación en contrario de los datos que se atribuyen a la cosa privada. Así, si el bien en sentido jurídico se caracteriza por su circulabilidad y accesibilidad, el dominio público se significa justamente, por las condiciones contrarias: inalienabilidad para los sujetos

³⁴ Lucrecia Maisch von Humboldt, en la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, afirmó: «Por razones no fáciles de comprender se han suprimido los tres artículos que se ocupaban de los bienes del Estado y de los particulares, materia legislada en el Perú desde 1852, en el Código Civil, artículo 459. [...] es omisión que debiera subsanarse de inmediato».

privados. Los bienes dominiales no pertenecen al Estado, como a veces se afirma, en realidad, constituyen un margen donde la apropiación no es un fenómeno posible; por lo menos la apropiación que sigue los cauces del derecho civil (Díaz y Díaz & Azuela, 2014, pp. 330-331).

Desde su origen, la idea de dominio público significó una categoría de bienes afectos a un fin de interés general y sujetos a un régimen jurídico especial. En su concepción originaria, los bienes de dominio público estaban excluidos del comercio y carecían de valor económico.

En los primeros años de la revolución francesa, se diferenció jurídicamente el dominio público de la propiedad privada. Así, en la ley-decreto del 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790 permitió la enajenación de los bienes de la Corona, con excepción de «camino, calles y plazas, los ríos, las playas y las riberas del mar, los puertos, las radas y, en general, todas las porciones del territorio nacional que no son susceptibles de propiedad privada».

En esa dirección, el artículo 538 del Código de Napoleón dispuso que «generalmente, todas las porciones del territorio francés que no son susceptibles de apropiación privada son consideradas como dependencias del dominio público». Se trataba del dominio público de la Nación, colectividad o pueblo, a la que se le atribuye la soberanía. Tiene por objeto central ciertas cosas que, sin pertenecer a nadie, «pertenecen a todo el pueblo». No pueden ser objeto de propiedad privada, sino de derechos que otorga la autoridad y, sobre ellos, el Estado nunca pierde el dominio (Vildósola, 1999, p. 113). La soberanía radica en el pueblo como un cuerpo real e histórico, con una comunidad de ideas, raza, territorio, religión y raíces, que al tomar conciencia se constituye en la Nación. El Estado solo representa a aquella cuando se organiza en un territorio determinado con una estructura política de poder (Vildósola, 1999, p. 106). Según Morillo-Velarde, el dominio público es un poder jurídico en el que la soberanía se manifiesta respecto de determinados bienes que revisten una especial significación ante los intereses generales. La titularidad directa de todo el dominio público corresponde a la Nación como único ente soberano. El dominio público es un concepto jurídico puramente técnico, formal y contingente, producto de una cultura y un momento concreto del desarrollo del derecho, al igual que la propiedad. Ambas son técnicas jurídicas con un contexto preciso y una finalidad propia, por lo que todo intento de mixtura no es otra cosa que incitar a la confusión. Morillo-Velarde concluye que la única forma genuina de propiedad sería la privada (1992, pp. 114-115)³⁵.

³⁵ Parejo Alfonso (1983a, p. 2395, n. 28) cita, en la doctrina francesa, a Berthelemy, para quien las nociones de dominialidad y propiedad son antagónicas: en la primera no se dan los caracteres propios

María Jesús Gallardo sintetiza que debe entenderse al dominio público como algo más que una propiedad por la exorbitancia del contenido de su régimen jurídico y algo menos que una propiedad por la carencia de facultades de disposición sobre los bienes que lo integran (2002, p. 499).

En la doctrina española, fue inicialmente predominante la teoría del dominio público como propiedad administrativa, como un derecho real peculiar, definido dentro del marco jurídico del derecho público (Parejo Alfonso, 1983a, p. 2397), siguiendo a las tesis del francés Maurice Hauriou.

Siguiendo a la tesis del dominio público como propiedad administrativa en el Perú, se ubica Hernández Martínez. Si bien no compartimos su posición, debemos resaltar su aporte sobre la finalidad del dominio público: el uso público directo e indirecto (servicios públicos), la defensa nacional, el fomento de la cultura e identidad nacional o cualquier otra de gran interés público dispuesta mediante ley (2017, p. 77).

En la concepción del dominio público como un título de intervención, destaca en España el aporte doctrinario de Parejo Gamir y Rodríguez Oliver. Para estos autores, el dominio público es «un soporte jurídico de potestades: un título jurídico de intervención en lo que permite es que la Administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales» (Hernández Martínez, 2017, p. 268).

En esa dirección de concebir al dominio público como una potestad de intervención, Parejo Alfonso asume que la cosa pública no es objeto de derecho, ni tampoco sujeto de derecho, sino que es una relación jurídica (1983a, p. 2405).

La concepción del dominio público como un derecho especial de propiedad administrativa, actualmente no es la doctrina predominante. Así, Pérez Ardá señala que el dominio público se constituye en un régimen ordenador del uso de determinados bienes que sirven a un fin de interés público. Es un título que confiere a la Administración la potestad de reglamentar su utilización y disponer de ellos, de forma que cumplan el fin de interés público al que están destinados y se usen racionalmente. En rigor, debemos referirnos a un conjunto de potestades que la Administración ejerce sobre determinados bienes, como una manifestación de la función administrativa entendida como la actividad pública desarrollada para satisfacer el interés general (Pérez Ardá, 2000, p. 23).

En similar dirección, Gallardo Castillo (2002) sostiene que el régimen del dominio público se concreta en una doble vertiente:

de *usus, fructus, abusus*; de la segunda, ejerciendo la administración exclusivamente un derecho de *garde et de surintendance*.

1. Sus notas características básicas enunciadas negativamente (inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad) que garantizan la inseparabilidad de los bienes de dominio público de su titularidad pública.
2. El conjunto de potestades administrativas generadas en el ordenamiento jurídico para asegurar su protección y defensa, y a través de ellas el cumplimiento de su función pública.

En la doctrina nacional, Jiménez Murillo señala que los bienes de dominio público no constituyen, en estricto, propiedad del Estado, como sí lo son los bienes de dominio privado o los bienes patrimoniales debido al régimen especial de protección jurídica basado en los atributos de la inalienabilidad e imprescriptibilidad (Jiménez Murillo, 2005, p. 963). Así, concluye que, sobre su régimen jurídico, es de aplicación la teoría de la intervención estatal (Jiménez Murillo, 2012, p. 99).

Con mayor énfasis, María Elena Bernal sostiene que el dominio público es una potestad de intervención que el ordenamiento faculta a la Administración para que, mediante su gestión y control, garantice el destino de determinados bienes, ya sea muebles o inmuebles, al uso público o a un servicio público, mediante una necesaria afectación del bien y como consecuencia de ella, su sometimiento a un régimen especial de utilización y protección (Bernal, 2006, pp. 268-269)³⁶.

En la jurisprudencia constitucional, el supremo tribunal, en la STC Exp. 0003-2007-PC/TC —citando a Sánchez Morón (1997, p. 37)—, adhirió a la tesis sobre la naturaleza jurídica del dominio público como técnica de intervención y relación jurídica. Así, en el fundamento 30, declaró que:

El dominio público es una técnica de intervención mediante la que se afectan a una finalidad pública determinada [...] —ya sea el uso o el servicio público— [...] ciertos bienes de titularidad pública [...], dotándoles de un régimen jurídico de protección y utilización de derecho administrativo. En consecuencia, tres son los elementos que configuran la relación jurídica de dominio público. El primero: la titularidad pública de los bienes que la LPE (art. 1) quiere definir como propiedad. Pero esta calificación jurídica es lo que menos importa, pues en todo caso se trata de una titularidad dominical de naturaleza sui generis. El segundo, la afectación de los bienes objeto de dominio público a una finalidad o utilidad pública [...] El tercero, [...]; la aplicación de un régimen especial administrativo de protección y uso de bienes.

En suma, asumimos la posición mayoritaria que comparte la teoría de la virtualidad funcional del dominio público como título de potestades de intervención estatal.

³⁶ Tanto Bernal como Jiménez Murillo citan a Chinchilla, 2001, p. 97.

3. LOS ATRIBUTOS DE LA INALIENABILIDAD E IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO

El régimen jurídico del dominio público debe construirse con fundamentos sólidos, de tal forma que integre un modelo de Administración Pública y derecho administrativo en el marco jurídico del Estado social de derecho, proclamado como definición de la República del Perú en el artículo 43 de la Norma Suprema.

En nuestro ordenamiento, ocupa un rol central en la definición de este régimen la ley 29151 (Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales³⁷). En su artículo 3, define a los bienes del Estado: «Para los efectos de esta Ley, los bienes estatales comprenden los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan».

La norma jurídica reglamentaria define, en su artículo 2.2, a los bienes de dominio público y privado del Estado:

- a) Bienes de dominio público: aquellos bienes estatales destinados al uso público, como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público, como los palacios, sedes gubernativas e instituciones, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley³⁸.
- b) Bienes de dominio privado del Estado: aquellos bienes estatales que, al ser propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos.

³⁷ En la STC Exp.0043-2004-AI/TC, fundamento 5, se reconoce una reserva de ley en materia del dominio público. En esa misma opinión, véase Jiménez Murillo, 2012, p. 119.

³⁸ Por esta parte de la definición de bienes de dominio público, Jiménez Murillo (2012, p. 99) es de la opinión de que nuestro régimen jurídico asume la teoría de la virtualidad funcional del dominio público como potestad de intervención estatal.

La Constitución peruana de 1993 declara como atributo que caracteriza a los bienes de dominio público a la inalienabilidad, que supone la imposibilidad de efectuar actos de disposición o de gravamen sobre ellos, situación que constituye una negación del derecho de propiedad en sentido civilista. Como precisa Avendaño Valdez, no son susceptibles de transmisión, prescripción, expropiación, constitución de derechos reales de goce o garantía o constitución de derechos de contenido obligatorio (1994, p. 121). Esta indisponibilidad y la utilización reforzada de potestades públicas constituyen las piezas clave de la conformación jurídica del dominio público (Gallardo Castillo, 2002, p. 498).

Se afirma que la inseparabilidad de los bienes de su destino público «constituye la meta y la razón de ser de su inalienabilidad» (Clavero Arévalo, 1958, p. 41). En la doctrina nacional, Jiménez Murillo conceptúa que la inalienabilidad es aquella restricción sustentada en la potestad de intervención pública que inhibe a la Administración de ingresar al tráfico patrimonial (2012, p. 101). Cabe señalar que nuestro ordenamiento administrativo admite la figura de la desafectación, entendida como una manifestación de cese de la afectación del bien al uso público o a la prestación del servicio público (2012, p. 100)³⁹.

Asimismo, la Norma Suprema declara como atributo del dominio público la imprescriptibilidad. Al estar excluidos del comercio o tráfico privado, en tanto conserven ese carácter, se deriva la imposibilidad de que sean adquiridos por personas privadas como consecuencia de usurpaciones que podrían imponerse por el transcurso del tiempo. En consecuencia, ningún particular podrá adquirir, por vía de prescripción, ningún derecho sobre el dominio público: ni derecho de propiedad o servidumbre ni, de manera general, ningún derecho real⁴⁰.

El fundamento de la imprescriptibilidad radica en que una posesión prolongada de un particular no puede privar ni extinguir *per se* el destino del uso público o la afectación al servicio público de toda una comunidad (Jiménez Murillo, 2012, p. 103).

³⁹ Sobre la desafectación de bienes de dominio público durante la vigencia de la Constitución de 1979, debe mencionarse el caso de los terrenos ribereños del Club Regatas Lima, mediante resolución suprema del 24 de julio de 1945 (cfr. Power Manchego Muñoz, 1984, p. 51 ss.).

⁴⁰ En la doctrina peruana, Bernal señala que: «La imprescriptibilidad de los bienes de dominio público es una consecuencia del carácter 'extra commercium' de los bienes demaniales afectados a una utilidad pública o a un servicio público, ya que lo que no se encuentra en el comercio de los hombres no es susceptible de ser adquirido por prescripción. Con lo cual, un bien demanial no puede ser adquirido por prescripción, sino que solo podrá prescribir si se procede a su desafectación, toda vez que con esta dejará de ser de dominio público y se convertirá en un bien patrimonial» (2006, p. 272).

4. LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y DE OTROS BIENES Y DERECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Constitución peruana de 1993 no prevé expresamente el atributo de la inembargabilidad de los bienes de dominio público. Ha sido la obra jurisprudencial del Tribunal Constitucional la que ha precisado qué conforma el régimen jurídico de dichos bienes.

Así, la STC Exp. 006-96-I/TC (del 3 de enero de 1997), correspondiente al caso de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley 26599⁴¹, fue la primera en la cual el Supremo Tribunal hizo un enjuiciamiento directo al privilegio administrativo de la inembargabilidad de los bienes del Estado. Precisó que son inembargables los bienes de dominio público, no así los integran su dominio privado. En sus fundamentos jurídicos, sostuvo:

Que los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público; sobre los primeros el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado; sobre los segundos ejerce administración de carácter tuitivo y público».

El artículo 73 de la Constitución Política del Estado establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, deduciéndose de ello que no gozan de aquellas inmunidades los bienes que conforman el patrimonio privado del Estado.

La ley 26599 que modificó el artículo 648 del Código Procesal Civil ha otorgado a los bienes de dominio privado aquella inmunidad que la Constitución otorgó únicamente a los bienes de dominio público.

Los tratadistas de derecho constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica: cuando ejerce el *ius imperium*, actúa como persona de derecho público; y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados, lo hace como persona de derecho privado⁴². En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia; lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley. La persona acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera, a la cual recurre para pedir solución a un

⁴¹ Norma que modificó el artículo 648, inciso 1, del Código Procesal Civil y prevé como inembargables a los bienes del Estado, sin distinción alguna entre bienes de dominio público y privado.

⁴² Martín Díaz y Díaz y Antonio Azuela critican la teoría de la doble personalidad del Estado: «Habría —según estos postulados— una especie consustanciación del Estado en sujetos privados en los supuestos en que actúa sin la investidura de autoridad. Desde este punto de vista, se afirma que la propiedad pública admite un corte transversal que deja, por una parte, los bienes que la administración detenta a nombre de la colectividad y con la investidura de autoridad —en cuyo caso se sitúa el dominio público—; por otro lado, deben ubicarse aquellos bienes que no están destinados a la satisfacción de una necesidad pública y que, entonces, pertenecen al órgano público a título privado. Respecto de estos últimos bienes la Administración tendría que ser considerada como cualquier propietario del derecho privado» (2014, p. 327).

conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea este el Estado quien, con mayor obligación, debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza de que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte que no se merme la seguridad jurídica.

El fundamento de la inembargabilidad de estos bienes es que carecen de un atributo esencial para ser embargados: la alienabilidad (Baca Oneto, 2006, p. 164). Sin embargo el Supremo Tribunal no señaló excepciones de inembargabilidad como atributo para ciertos bienes de dominio privado del Estado por alguna condición especial⁴³.

La jurisprudencia constitucional peruana ha fijado su posición doctrinaria sobre la aplicación del privilegio de inembargabilidad de otros bienes y derechos del Estado, que forman parte de su dominio privado como los fondos públicos, en el contexto de la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración en la sentencia del 29 de enero de 2004, correspondiente a las demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de Ica y el Defensor del Pueblo contra el decreto de urgencia 055-2001, así como de la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Abogados de Ica contra la ley 27684⁴⁴. Son los casos de los expedientes acumulados 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC. Así, los fondos públicos no son inembargables por definición, pero existen ciertas restricciones a esta ejecución cuya constitucionalidad ha sido reconocida por el Supremo Tribunal⁴⁵.

En la precitada sentencia, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de señalar que son inembargables aquellos bienes de dominio privado relacionados con el cumplimiento de las funciones de la Administración Pública o que están afectos a un uso público:

La inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado [...] En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el derecho de tratarse o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y por ende, son embargables.

⁴³ Como señalan García de Enterría E. y T. R. Fernández Rodríguez, este privilegio es un «asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio» o «viejo reducto de la comodidad» (citados por Ballesteros, 2000, p. 345).

⁴⁴ Norma jurídica que restableció la vigencia del decreto de urgencia 019-2001 y de la ley 26756, con lo que se bloqueaba la posibilidad de embargar cuentas públicas.

⁴⁵ En esa misma dirección está la STC Exp. 02147-2009-PA/TC, caso Municipalidad Provincial del Callao, en la que declaró fundada la demanda de amparo.

Ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está o no afecto a un uso público.

Como concluye Baca Oneto, la inembargabilidad de todos los bienes y derechos del Estado, por el solo hecho de su titularidad —el denominado *privilegium fisci*— es inconstitucional, pero la desigualdad esencial entre la Administración —por estar orientada su acción a la satisfacción del interés general— y los particulares fundamenta que aquella pueda gozar de algunos privilegios para el embargo de sus bienes y derechos, que en todo caso deben ser justificados y razonables, pues solo así serían admisibles en tanto implican una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva (Baca Oneto, 2006, p. 169).

5. EL RÉGIMEN DE LOS BIENES E INFRAESTRUCTURAS DE USO PÚBLICO

Los bienes de uso público son una subespecie del género de los bienes de dominio público (Avendaño Valdez, 1994, p. 121; Romero Romaña, 1947, p. 39). El uso público significa que el bien está abierto a su utilización por todas las personas. Así, son bienes de uso público las infraestructuras destinada al aprovechamiento general, como los puertos⁴⁶, caminos, puentes, carreteras, ferrocarriles, instalaciones aeroportuarias, entre otros. Por uso público ha de entenderse la posibilidad de que un determinado bien pueda ser objeto de un uso general, sin perjuicio de que también sea susceptible de otros tipos de usos mediante el otorgamiento de autorizaciones y concesiones (Ariño Ortiz, 2004, p. 684). Así, es de aplicación el criterio de Villar Ezcurra, para quien: «[...] dominio público equivale a titularidad pública más uso público o, bien, a titularidad pública más servicio público» (2001, p. 77).

Sobre este tipo de bienes, la Constitución peruana de 1993 asume un giro de liberalización para promover su aprovechamiento económico. Mientras que la Carta Fundamental de 1979 estableció, en el artículo 128, que los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados, la Constitución de 1993, en el mencionado artículo 73, faculta al Estado, conforme a ley, para establecer derechos de aprovechamiento económico sobre estos a favor de particulares o personas de derecho privado. Como señala Gallardo Castillo —siguiendo a Bobbio—, la gran

⁴⁶ El artículo 5 de la ley 27943 (Ley del Sistema Portuario Nacional), modificado por el decreto legislativo 1022, declara que: «Son bienes de dominio público portuario del Estado, los terrenos, inmuebles, infraestructuras e instalaciones, incluyendo los equipamientos especiales afectados a las actividades portuarias correspondientes a los terminales portuarios de titularidad y uso público».

dicotomía entre lo público y lo privado se va difuminando y todas las instituciones del derecho administrativo sufren una metamorfosis de sus estructuras conceptuales (Gallardo Castillo, 2002, p. 495).

La finalidad de esta habilitación constitucional es promover las concesiones de infraestructuras a través de la iniciativa privada. Esto implica una intervención directa del concesionario en la explotación de la infraestructura⁴⁷. De la Cuétara define al concepto de infraestructuras en los siguientes términos: «[...] constituyen el soporte artificial de la prestación de servicios de especial repercusión en la vida económica y social de un país, canalizados a través de redes de transporte, distribución, intercambio o suministro» (Cuétara Martínez, 2001, p. 207).

A diferencia del modelo tradicional de ejecución de obras públicas en el cual el Estado realiza la inversión con recursos presupuestales, este es un régimen jurídico de liberalización y apertura a la iniciativa privada, en el cual el concesionario invierte y se le remunera otorgándole, durante un plazo, la explotación de la infraestructura que construya, la que como actividad regulada por el Estado queda sujeta a un régimen jurídico de supervisión y control.

La concesión de obras de infraestructura y de servicios públicos es el instrumento de derecho público mediante el cual el Estado promueve la inversión privada y otorga a sujetos privados la construcción, reparación, conservación y explotación de infraestructura de servicios públicos. Se delega poderes propios de la Administración concedente al concesionario privado para la construcción y explotación de estas infraestructuras⁴⁸.

⁴⁷ Sobre el concepto técnico de infraestructura, para Villar Escurra: «Lo que diferencia el viejo concepto de obra pública del más moderno de infraestructura es la posibilidad de que en este último se integren elementos no tangibles (servicios) y, sobre todo, su contenido finalista en el sentido de que engloba todo lo indispensable para que funcione una organización. De esta forma se admite que formen parte de las infraestructuras elementos materiales e inmateriales (que, por cierto, son una parte muy importante de las infraestructuras de telecomunicaciones) haciendo patente que se trata de una ampliación de la expresión tradicional de obra pública» (1980, p. 82). Para este autor, la idea de red es consustancial a la de infraestructura (1980, p. 83).

⁴⁸ Ariño Ortiz (2001, pp. 38-39) analiza la aparición de las infraestructuras de titularidad privada, pero de tanto o más interés público que las carreteras o los ferrocarriles, como pueden ser las redes eléctricas, redes de oleoductos o gasoductos, la red telefónica conmutada o las terminales aeroportuarias. En esos casos, señala que «el dominio público deja de ser tal y dichas instalaciones o equipamientos sin dejar de ser «cosas públicas», en cuanto que están abiertas a un uso público regulado, pueden ser de titularidad privada. Lo importante, ahora, no es tanto la titularidad del bien (puede ser pública o privada), sino el régimen jurídico de uso y destino (es decir, su afectación), que impone el libre acceso de todos, su gestión imparcial y no discriminatoria, en los términos y condiciones que cada infraestructura requiera (autopistas, puertos, aeropuertos, canales y pantanos, estaciones y vías férreas, plantas de potabilización y depuración, etc.). Un ejemplo de este giro privatizador en nuestro ordenamiento es la ley 27943 (Ley del Sistema Portuario Nacional), modificada por el decreto legislativo 1022, que prevé que los puertos y terminales portuarios pueden ser clasificados como de titularidad pública o privada, así como por la ocupación y uso de sus obras e instalaciones o por la fórmula de administración de los mismos, con independencia de su titularidad, como de uso general o exclusivo privado.

El hecho de que la iniciativa empresarial privada pueda ejecutar y gestionar este tipo de obras no resta un ápice a su carácter público, pues pueden considerarse exactamente igual obras públicas por su destino a un uso público o a la satisfacción de una necesidad general (aprovechamiento general). No hay pues ningún problema jurídico en aceptar que una obra pública puede ser objeto de explotación retribuida y proporcionar una rentabilidad económica al empresario que la construye y gestiona, y sin embargo mantener su carácter de obra pública por ser de uso o aprovechamiento general (Jiménez de Cisneros Cid, 2001, p. 55). Así, De la Riva precisa que en la concesión opera una disociación entre la titularidad del dominio y el de la explotación:

El Estado ha quedado como nudo propietario de dichas infraestructuras, razón por la cual estas han conservado su condición de bienes de dominio público, con las restricciones propias del régimen correlativo. Por su parte, el particular que ha recibido el derecho a explotar esas instalaciones, ha incorporado a su patrimonio un *iura in re aliena* ('derecho sobre cosa ajena') que participa de las mismas restricciones que pesan sobre el titular estatal del bien público en cuestión (la más notoria su inalienabilidad) (Riva, 2011, p. 1008).

En opinión de De la Cruz Ferrer, el nuevo rol del Estado en la economía es compatible con el principio de subsidiariedad, no como agente económico directo, sino como regulador y garante de la provisión de infraestructuras y servicios esenciales (Cruz Ferrer, 2001, p. 155).

En esa dirección, el decreto legislativo 1014, que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras de infraestructura, prevé que el uso de áreas y bienes de dominio público es gratuito para el despliegue, mejoramiento o mantenimiento de infraestructura de redes de distribución, por parte de los operadores de servicios públicos esenciales, tales como: (i) agua potable y alcantarillado; (ii) transmisión y distribución de electricidad, así como alumbrado público; (iii) gas natural; y (iv) telecomunicaciones⁴⁹.

A nuestro juicio, en cumplimiento del artículo 58 de la Norma Suprema que declara que el Estado actúa principalmente, entre otras áreas, en infraestructura, mantiene un rol rector para intervenir de manera directa mediante inversión pública, más aún en un país como el Perú que sufre todavía de grandes brechas de inversión en infraestructura que hagan posible el desarrollo y el funcionamiento del mercado. También por mandato constitucional del precitado artículo 58, actúa prioritariamente mediante el servicio público que analizaremos en el capítulo 19.

⁴⁹ La exposición de motivos del decreto legislativo 1014 precisa que la finalidad de la norma es la reducción de la brecha de inversión en infraestructura, principalmente en servicios públicos.

CAPÍTULO 17

LA SOBERANÍA DEL ESTADO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES. LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMO RECURSOS ESTRATÉGICOS

Artículo 66. Los recursos naturales renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

1. INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

La definición de recursos naturales no es unívoca. Marc Dourojeanni, desde una definición sociológica, sostiene que «constituyen el patrimonio de los pueblos, su riqueza y su heredad, y de ellos depende el bienestar, más que de cualquier otro factor, y así lo han comprendido los hombres desde la más remota antigüedad al luchar y morir por ellos» (Dourojeanni, 1986, IV, p. 5).

Así, siguiendo a las Naciones Unidas (ONU, 1970), los recursos naturales se definen en razón de los siguientes caracteres:

1. Son proporcionados por la naturaleza, en oposición a los denominados recursos culturales, que son de creación humana.
2. Son capaces de satisfacer las necesidades humanas; es decir, ser útiles para el hombre.
3. Su apropiación y transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico, así como las posibilidades económicas del Estado en que se encuentren ubicados.

En la doctrina nacional, Vignolo destaca el criterio de apropiabilidad para definir a los recursos naturales: «[...] solo podrán ser recursos naturales cuando descubiertos por el hombre, tratados mediante las distintas ciencias pertinentes, se puede catalogar

luego como figuras jurídicas susceptibles estricto de intervención de nuestras organizaciones administrativas ambientales y de relacionamiento con los ciudadanos, siempre basados en el criterio de la apropiabilidad» (2018, p. 333).

Asimismo, al definir a los recursos naturales, se los distingue de los renovables y no renovables. Los primeros tienen la capacidad de reproducirse, regenerarse y, en consecuencia, reponerse en determinado espacio de tiempo (como las plantas y los animales), o de renovarse o reciclarse (como el aire, el agua y los suelos); mientras que los segundos carecen de estas (citado por Hundskopf, 2012, p. 156).

También se distingue entre recursos naturales y los elementos naturales. Así, los elementos naturales conforman todas aquellas cosas que la naturaleza brinda, al margen de su utilidad. Andalucía señala como ejemplo que una erupción volcánica constituye un elemento natural; pero, si se usa la energía geotérmica del volcán para satisfacer una necesidad material, la erupción se configura en un recurso natural (Andaluz, 2006, p. 42).

En nuestro derecho constitucional, el artículo 42 de la Constitución de 1920 fue el primero que abordó el régimen jurídico de la propiedad minera y declaró expresamente su pertenencia a favor del 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».

La Constitución de 1933, en su artículo 37, reiteró sobre los recursos naturales su pertenencia al Estado: «Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares».

La Constitución de 1979, en su artículo 118, reguló el régimen constitucional de los recursos naturales, bajo una fórmula patrimonialista:

Art. 118. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación.

Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento a los particulares.

Vignolo destaca que la pertenencia al Estado implica una titularidad potente, universal, exclusiva y generadora de una completa reserva pública de estos recursos naturales (2018, p. 330). Empero, Pulgar Vidal precisa que esta declaración no implicaba *stricto sensu* propiedad del Estado⁵⁰.

⁵⁰ El debate presidencial en 2006 entre los candidatos Alan García Pérez y Ollanta Humala Tasso planteó tal disyuntiva con la propuesta del segundo de restituir la Constitución de 1979, especialmente

El presente capítulo estudia el régimen constitucional de los recursos naturales y revisa las principales teorías sobre su vínculo con el Estado: (i) del dominio eminential; (ii) del dominio público; (iii) de la *publicatio*; (iv) de los recursos naturales como patrimonio de la Nación; y (v) de la titularidad pública colectivizada.

Dentro de este marco jurídico fundamental, se debe destacar a la ley 26821 (Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, LOASRN), norma de desarrollo constitucional expedida conforme al mandato previsto en el segundo párrafo del artículo 66 de la Constitución⁵¹, que en su artículo 1 declara:

El régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66 y 67 del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales suscritos por el Perú.

En el ordenamiento peruano, la definición de recurso natural se encuentra prevista en el artículo 3 de la LOASRN: «Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado». A continuación, el mismo artículo define, de manera enunciativa o con un listado de *numerus apertus*, a los recursos naturales:

- a) Las aguas superficiales y subterráneas.
- b) El suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección.

por el régimen jurídico de los recursos naturales. Pulgar Vidal (2008, p. 400) señala que la tesis que sostenía Humala era errónea en el sentido que en el texto fundamental de 1979 se consagraba la propiedad del Estado sobre los recursos naturales.

⁵¹ En la STC Exp. 00025-2009-PI/TC, caso de la Ley de Recursos Hídricos, el Supremo Tribunal enfatiza, en el fundamento 8: «[...] no son los recursos naturales, como tales, los que están sujetos a dicha reserva. Ésta, en realidad, solo se proyecta sobre dos aspectos vinculados con dichos recursos naturales: (a) las condiciones de su utilización y (b) las condiciones de su otorgamiento a particulares». Asimismo, en la precitada sentencia, sobre la reserva de ley orgánica, declara en el fundamento 14: «Descartada pues una interpretación de los artículos 19, 21 y 29 de la ley 26821, en el sentido que autoricen una “desreserva” de Ley Orgánica de la regulación de las condiciones de utilización y otorgamiento a los particulares de los recursos naturales, no queda sino tener que entender que las leyes especiales que se dicen serán legítimas siempre que sean aprobadas respetándose las formalidades que contempla el artículo 106 de la Constitución. En especial, su aprobación con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso».

- c) La diversidad biológica: como las especies de flora, fauna y microorganismos o protistas; los recursos genéticos y los ecosistemas que dan soporte a la vida.
- d) Los recursos hidrocarbuníferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares.
- e) La atmósfera y el espectro radioeléctrico.
- f) Los minerales.
- g) Los demás considerados como tales.

Finalmente, establece que el paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la LOASRN.

El artículo 19 de la LOASRN prevé que los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las leyes especiales para cada recurso natural: «Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares».

Asimismo, se debe destacar que, dentro del marco constitucional sobre los recursos naturales, el artículo 88 reconoce excepcionalmente el derecho de propiedad privada de las tierras: «Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma iniciativa».

Laureano del Castillo puntualiza que se trata de un régimen excepcional dentro del marco jurídico fundamental de los recursos naturales:

[...] este es de los recursos naturales que recibe un tratamiento excepcional en casi todas las constituciones. En verdad, desde hace mucho tiempo atrás, se reconoce la propiedad de la tierra a los ciudadanos y habitantes en general de una Nación. No puede olvidarse que la defensa del derecho de propiedad es una de las ideas fuerza que inspiraron la formación del Estado Democrático (desde Maquiavelo y otros pensadores clásicos)⁵², junto con la defensa del derecho a la libertad personal y a la vida, amenazados por el absolutismo, de modo que siendo la tierra agrícola un recurso natural, es el único al que se reconoce susceptible de apropiación individual, lo que los Estados garantizan (Del Castillo, citado por Pulgar Vidal, 2008, p. 405).

⁵² Entre los clásicos que defienden la propiedad privada de la tierra y el derecho de apropiación sobre sus frutos, destaca Locke, 2006, pp. 32-55.

2. LAS TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN EL VÍNCULO DEL ESTADO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

2.1. La teoría del dominio eminente y soberano

En el siglo XIX, García Calderón definía el dominio eminente como la potestad del Estado dentro del territorio para expropiar bienes por causa de necesidad pública (2007, I, p. 784). Rubio Correa, por su parte, los diferencia de los bienes de dominio público, ya que aquellos pertenecen originariamente al Estado, quien a su vez puede reconocer o asignar derechos privados de propiedad:

No todos los bienes sobre los que el Estado ejerce el dominio son bienes de dominio público en el sentido que hemos dicho antes. Otros son denominados de dominio eminente que corresponde a bienes sobre los que no se estableció aún derecho privado alguno y que por consiguiente están en manos del Estado porque pertenecen a su territorio. Sin embargo sobre ellos se podrán sí establecer derechos privados e inclusive podrán ser dados en propiedad particular siguiendo determinados procedimientos. Por ejemplo los terrenos eriazos pueden ser denunciados por los particulares (Rubio Correa, 1999, p. 389).

En la doctrina nacional, Jorge Avendaño Valdez es uno de los principales autores que ha sostenido la tesis del dominio eminential o eminente de los recursos naturales:

Entonces, la Constitución nos dice que dentro del patrimonio de la Nación están los recursos naturales, entonces el Estado tiene un dominio y como lo puede conceder a los particulares. Entonces hace una cosa parecida a la propiedad privada, el Estado concede algunas facultades, similar al usufructo, con lo cual el Estado mantiene este dominio eminential, el Estado conserva un dominio latente sobre el recurso natural; pero lo concede el derecho de usar o disfrutar (Sandoval Aguirre, 1997, p. 206)⁵³.

La teoría del dominio eminente nace de la obra de Hugo Grocio, *De iure belli ac pacis* (1625). Históricamente, se afirma que dicho dominio es una forma primitiva de soberanía a partir de la cual el poder del monarca se organiza bajo el criterio privado de la idea de pertenencia (Díaz y Díaz & Azuela, 2012, p. 315).

En la doctrina chilena, Vergara Blanco —quien considera al dominio eminente como un «mito jurídico»— sostiene que es una teoría privatista, por cuanto los recursos naturales, al ser concedidos a los particulares, constituyen una propiedad privada, regida por el derecho privado, aun cuando el Estado mantiene la titularidad

⁵³ En la misma dirección de Avendaño, ver Pulgar Vidal, 2008, pp. 401-402; y Landa, 2014, p. 15.

del dominio eminente. El fundamento de esta teoría es una facultad perteneciente al soberano:

La reformulación privatística concibe el dominio eminente como aquella posibilidad que tiene el soberano (y, por lo tanto, el Estado) de disponer de los bienes de los súbditos en base a un supuesto derecho de propiedad del Estado sobre todo el territorio, así. De acuerdo a esta formulación no se podría admitir la existencia de un pleno derecho de propiedad privada, pues antes que este está otro derecho de propiedad, que es el del soberano, como detentador del dominio eminente, el que sería, entonces, un derecho realmente pleno, pasando a constituir la propiedad privada un derecho semipleno (Vergara Blanco, 2006).

A favor de la teoría del dominio eminente en nuestro régimen constitucional, se ha argumentado que el artículo 66 de la Norma Suprema declara que el Estado es «soberano» en el aprovechamiento de los recursos naturales⁵⁴. Así, Lastres afirma que:

La Constitución de 1993 al calificar la soberanía del Estado sobre el aprovechamiento de los recursos naturales, se acerca con mayor propiedad a la definición del *dominio eminente* que las definiciones imprecisas de los textos constitucionales precedentes. A partir del dominio eminente, el Estado puede normar el otorgamiento de los recursos naturales a empresas o entes autárquicos del propio Estado, tales como las empresas estatales de derecho privado, empresas de economía mixta y organismos públicos descentralizados, como ha sido la característica de la acción empresarial en el periodo 1970-1990, o de acentuar el discernimiento del aprovechamiento de tales recursos por los particulares, como es la tendencia presente» (Lastres, 1994, p. 140; cursiva agregada).

En esa dirección que asume la existencia de un poder soberano del Estado, el artículo 6 de la LOASRN declara: «El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales».

Huapaya, aun cuando resalta la posición crítica de Vergara, señala que en el Perú la tendencia doctrinaria que asume la teoría del dominio eminente no es privatista, por cuanto lo asocia directamente con la noción de soberanía nacional o el poder de autoridad del Estado sobre los recursos naturales (2014, pp. 334-335). Es esta noción que conecta al dominio eminente con la soberanía económica sobre los recursos naturales, afirmada en el siglo XX por las Naciones Unidas, la que asumimos

⁵⁴ Hundskopf (2012, p. 159) afirma: «El atributo de soberanía no es sinónimo de pertenencia o propiedad alguna por parte del Estado, sino más bien de un ejercicio de autoridad sobre los recursos naturales de la Nación».

como teoría que explica el vínculo del Estado con los recursos naturales. A su vez, consideramos que esta soberanía está modulada dentro del proceso mundial de globalización. En esa dirección, Marienhoff define al dominio eminente como «un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, y se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrado [...] El dominio público es un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes de dominio privado» (1988, p. 38).

Vignolo critica la teoría del dominio eminente, entre otros argumentos, por sus orígenes en el antiguo régimen, de modo que hoy no explicaría adecuadamente el vínculo jurídico del Estado sobre los recursos naturales. Empero, el mismo autor cita correctamente a Sánchez-Apellaniz Valderrama sobre la doctrina «soberanista» de los países en vías de desarrollo, que consideramos asociada actualmente —con modulaciones— a la teoría del dominio eminente: «El principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales —afirma Feur— ha surgido como un desarrollo o consecuencia del de igualdad soberana de los Estados y especialmente del de igualdad de los derechos de los pueblos y de su derecho de disponer de sí mismos, bajo la presión ejercida en las N.U. por los países en vía de desarrollo».

En efecto, los países del tercer mundo han estimado —y en ello, a nuestro juicio, tienen toda la razón, independientemente de que la tengan o no en los medios elegidos— que la soberanía política no es suficiente, sino que se halla acompañada de una adecuada soberanía económica —sin entrar, en este momento, en cuál debe ser el alcance y el contenido justo de la misma (Sánchez-Apellaniz Valderrama, 1981, p. 4).

A nuestro juicio, la doctrina de la soberanía económica sobre los recursos naturales asociada al dominio eminente es la asumida en la Norma Suprema, más allá de si la intención del constituyente de 1993 fue la de despublificar la vida económica y social del país, como anota Vignolo (2018, p. 329). Empero, no se trata actualmente —en el contexto de la globalización— de una soberanía absoluta ni de un derecho propiedad sobre los recursos naturales, como se entendió con la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁵⁵, que proclamó, en su artículo 2, párrafo 1, que: «Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, *incluso posesión, uso y disposición* sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas» (cursiva agregada).

De este modo, el dominio eminente constituye una competencia normativa suprema en el orden interno y de supervisión de la regulación establecida. Asimismo, incluye la potestad expropiatoria de las inversiones extranjeras, dentro del marco

⁵⁵ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de setiembre de 1974.

jurídico de causas justificativas y de previa indemnización justipreciada, previsto en el artículo 70 de la Constitución.

En suma, la teoría del dominio eminente y soberano que asumimos no corresponde ni a la versión privatista de los recursos naturales que critica Vergara, ni implica un retorno sin matices a la doctrina sobre la soberanía permanente de los recursos naturales de las Naciones Unidas, que incluía el derecho de propiedad sobre los mismos (Sánchez-Apellaniz Valderrama, 1981, p. 13). Se trata de una puesta al día de la clásica teoría del dominio eminente conexas con la noción de soberanía económica del Estado-Nación sobre los recursos naturales⁵⁶. En consecuencia, constituye una relación de derecho público donde el Estado emerge como soberano administrador con competencia normativa suprema sobre los recursos naturales como bienes públicos de interés de la Nación (Huapaya Tapia, 2014, p. 338). Así, nuestra tesis asocia el dominio eminente con la soberanía económica afirmada en las Naciones Unidas, pero modulada en la actualidad dentro de un régimen económico constitucional aprobado en un contexto de globalización.

2.2. La teoría del dominio público

Como señala Morillo-Velarde, la noción de dominio eminente de la Nación fue acogida desde su origen en términos diferentes al dominio público, concepto que aparece históricamente con posterioridad como una propiedad especial cuya titularidad no pertenece a la Nación, sino a la Administración (Morillo Velarde, 1992, p. 48). Las diversas tesis existentes sobre el dominio público lo caracterizan como una zona de excepción de la mercantilidad (*res extra commercium*): se trata de un conjunto de bienes que, por estar destinados a cumplir fines públicos, se encuentran excluidos del tráfico privado (Díaz y Díaz & Azuela, 2014, p. 320). Así, Díaz y Díaz precisa sus caracteres:

La dominialidad define sus rasgos a partir de la extrapolación en contrario de los datos que se atribuyen a la cosa privada. Así, si el bien en sentido jurídico

⁵⁶ Vignolo Cueva critica a la doctrina mayoritaria en el Perú —que asume la tesis del dominio eminente— y señala la diferencia entre la Escuela de Grocio y el concepto de soberanía permanente sobre los recursos naturales: «[...] ¿se puede utilizar la soberanía en la actualidad de similar manera a como lo planteaban el iusnaturalismo y la Escuela de Grocio? No parece, según las respuestas dadas desde el derecho internacional Público, que la presencia de la soberanía haya sido planteada en el anterior sentido. Es más, ambas figuras tienen alcances completamente distintos y con surgimientos en espacios de la historia muy distantes. Así, la soberanía permanente sobre los recursos naturales es una tendencia de países en vías de desarrollo nacida a finales de los años cincuenta en el seno de la ONU, la cual se fue exacerbando desde indicaciones moderadas recaídas sobre estos elementos hasta llegar al concepto de “derecho inalienable” que negaba cualquier aprovechamiento por parte de los particulares, tal como bien lo ha explicado el profesor Sánchez-Apellaniz y Valderrama» (2018, pp. 332-333).

se caracteriza por su circularidad y accesibilidad, el dominio público se significa justamente, por las condiciones contrarias: la inalienabilidad e inaccesibilidad para los sujetos privados. [...] De ahí parten las tesis —en mi concepto adecuadas— de que una teoría cabal del dominio público debe erigirse a partir de la formulación de un concepto especial de cosa pública (Díaz y Díaz & Azuela, 2014, pp. 330-331).

En ese sentido, Parejo Alfonso afirma que la cosa pública es una institución que sirve de soporte a una teoría general del dominio público (1983a, p. 2393).

La Constitución de 1933 fue la primera en establecer un régimen jurídico sobre las cosas públicas en su artículo 33, donde declara: «No son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos». El artículo 73 de la misma Constitución prevé las cualidades relativas a la protección exorbitante del demanio: inalienabilidad e imprescriptibilidad, sin incluir a la inembargabilidad (Martínez Vásquez, 2000, pp. 272-273).

Huapaya y Vignolo reconocen que la tesis mayoritaria en la doctrina nacional no asume la teoría del dominio público, puesto que se inclina por la idea del dominio eminente (Huapaya Tapia, 2014, p. 336; Vignolo Cueva, 2018)⁵⁷. Así, la STC Exp. 0048-2004-AI/TC, en el fundamento 29, afirma el dominio eminente del Estado sobre estos recursos:

[...] los recursos naturales como expresión de la heredad nacional reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico política de la Nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce. *El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente*, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento» (cursiva agregada).

Más adelante, en el fundamento 98, subraya el carácter de «propiedad especial» sobre los recursos naturales:

Los recursos renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación —no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo— configuran lo que se denomina una ‘propiedad especial’. Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de derecho público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73 de la Constitución Política del Perú, quedando en consecuencia excluida sobre el régimen jurídico de la propiedad civil.

⁵⁷ Aunque Vignolo critica la teoría del dominio eminente, reconoce que es mayoritaria.

Para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, este Tribunal considera necesario enfatizar que existe un régimen jurídico propio y autónomo de los bienes objeto del dominio público, que no se funda en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil y, por tanto, de señorío.

Huapaya precisa que, tanto en la teoría del dominio eminente como en la del dominio público, no existe en rigor derecho de propiedad, sino que se trata de bienes públicos y sujetos a regulación estatal para su acceso a los particulares con la finalidad de procurar su mejor uso (Huapaya Tapia, 2014, p. 338).

Hernández Martínez asume la teoría del dominio público en su versión más plena para la tutela jurídica de los recursos naturales. Este autor considera que dichos recursos son bienes de dominio público, siendo por tanto inalienables, inembargables e imprescriptibles. Al reconocerse el carácter demanial de los recursos naturales, se garantiza el derecho de propiedad administrativa del Estado sobre ellos, así como un régimen especial de protección jurídica (2017, pp. 316-317).

2.3. La teoría de la *publicatio*

Esta teoría es sostenida sobre el régimen jurídico de la minería en Chile por el administrativista Vergara Blanco, quien descarta la aplicación de la noción de propiedad a los bienes públicos:

Es este el punto central de la discusión, y a partir del cual dudamos del carácter de principio ontológico del derecho que se pretende atribuir a la propiedad; en una concepción objetiva, por lo demás, no interesa el titular de los bienes, sino la finalidad que cumplen; debe buscarse su estatus a partir de la afectación —mero instrumento— a una finalidad, y si es pública le otorgará al bien tal carácter (Vergara Blanco, 2006, p. 226).

Vergara Blanco desarrolla la teoría de la *publicatio* y sostiene que el dominio público no es en rigor propiedad, sino una forma de intervención administrativa, que explica así:

La explicación dogmática de la intervención de la Administración en el sector de la minería, como en otros, es la utilización normativa, legal, de la técnica jurídica de la *publicatio*; es la declaración previa y global de la publicación de todo el sector lo que constituye el título de todas las facultades que se arroga la Administración, originando así un estatuto jurídico especial. Lo que la doctrina ha venido llamando «dominio público» es en realidad una forma de *publicatio* y fuente de potestades regulatorias. Así, toda declaración normativa de unos bienes como integrantes del «dominio público» o aún como «propiedad estatal» (como es el caso de las minas

en la libertad del derecho vigente chileno), es un instrumento de intervención, una forma de *publicatio* (Vergara Blanco, 2006, p. 234).

Huapaya resalta la teoría de la *publicatio* de Vergara Blanco en cuanto afirma que los denominados bienes públicos, antes que un conjunto de bienes, representan un soporte jurídico de potestades estatales sobre aquellos, un título jurídico de intervención que permite al Estado regular las conductas de quienes utilizan tales bienes, descartando la concepción de propiedad, por lo menos desde el enfoque del derecho privado (2014, p. 337).

2.4. La teoría patrimonialista

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

El antecedente es el artículo 118 de la Constitución de 1979 que, en su primer párrafo, declaró que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Esa declaración significa patrimonio del pueblo políticamente constituido (Díaz y Díaz & Azuela, 2014, pp. 316-317).

El artículo 4 de la LOASRN declara que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. Con relación a los frutos y productos de los recursos naturales, prevé que, si son obtenidos en la forma establecida en la ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. En el mismo sentido lo precisa el artículo 19 de la LOASRN. Así, los particulares son propietarios de los recursos naturales una vez que son extraídos de su fuente (Huapaya Tapia, 2014, p. 338).

Asimismo, dentro de este régimen jurídico, el artículo 7 de la precitada ley orgánica define la función promotora del Estado: es responsabilidad del este promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a través de las leyes especiales sobre la materia, las políticas de desarrollo sostenible, la generación de infraestructura de apoyo a la producción, el fomento del conocimiento científico y tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva.

En materia de concesiones, el artículo 23 de la LOASRN prevé que la concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. Precisa que la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia,

la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Asimismo, se establece que las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Además, que las concesiones son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que la ley orgánica y las leyes especiales exijan para mantener su vigencia.

Cabe señalar, como antecedente en América Latina, al artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917 que, en sus primeras líneas, declaró que: «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 ella a los particulares constituyendo la propiedad privada». Más adelante estableció que:

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas; de sal de gema y las salinas formadas directamente de las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos, los fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos.

Por primera vez en la historia del derecho de propiedad, se establece en una constitución el principio en cuya virtud la propiedad privada de las tierras y aguas tiene el carácter de derivada del dominio originario de la Nación, pero sin suprimir la propiedad privada de aquellas (Vildósola, 1999, p. 236).

En el párrafo siguiente, se declara que la Nación tendrá en todo el tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los recursos naturales susceptibles de apropiación con la finalidad de procurar una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación y el desarrollo equilibrado del país, así como el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural.

La reforma constitucional del artículo 27, en 1960, precisó la naturaleza de inalienables e imprescriptibles de los recursos mineros, que estaba implícita bajo la expresión de «dominio directo» de la Nación en el texto original del cuarto párrafo del artículo 27 de la Constitución de 1917. Es interesante la diferencia entre dominio eminente y dominio público que consta en las actas de la Asamblea Constituyente de 1917:

En síntesis, el concepto de dominio directo y el de dominio eminente no se excluyen el uno al otro, porque si el dominio eminente es un atributo de la soberanía que consiste en ejercer jurisdicción sobre los bienes situados en el territorio en

el que se ejercita dicha soberanía, respecto de dichos bienes se ejerce esa soberanía con mayor amplitud que tratándose de los bienes que constituyen sustancias minerales, y que son considerados bienes directos de dominio público (Vildósola, 1999, p. 242).

Sin embargo, debe precisarse que la fórmula de la propiedad originaria es una potestad patrimonial, que en rigor no constituye propiedad del Estado; sino, como precisa Díaz y Díaz, configura una potestad de arbitrar las relaciones de propiedad y determinar el destino final de los recursos estratégicos (Díaz y Díaz & Azuela, 2014, p. 336). Este autor aclara que el dominio público —en sentido estricto— está fuera del horizonte del artículo 27 de la Constitución mexicana, pues este precepto se refiere exclusivamente a recursos naturales de la plataforma continental: zócalos de las islas, minerales, hidrocarburos y aguas marítimas interiores que, por su relevancia, quedan excluidas de la legislación local. Así, estos bienes considerados en conjunto integran el «dominio público especial», expresión que se refiere a los recursos concesionables para su aprovechamiento privado (Díaz y Díaz & Azuela, 2014, p. 337).

La teoría patrimonialista fue asumida en Chile en 1971 a partir de la ley 17.450, de reforma constitucional durante el régimen de Salvador Allende (1970-1973), y fue continuada en su aplicación por la Constitución de 1980 bajo la dictadura militar (Vergara Blanco, 2006, p. 220).

2.5. La teoría de la titularidad pública colectivizada

Esta es sostenida en la doctrina nacional por Vignolo, autor que reconoce que en nuestro ordenamiento los recursos naturales no nacen ni pertenecen de suyo al mercado y a las libertades económicas. El autor propone una definición alternativa sobre los recursos naturales y rescata el instituto del dominio público, pero dentro de un régimen de convivencia entre una gran y natural titularidad pública colectivizada de la Nación sobre los recursos naturales, expresada en el artículo 66 de la Constitución, a la cual se le suma el ingreso de titularidades privadas específicas (algunas nacidas con el propio recurso, como pasa con las propiedades comunales de las comunidades campesinas y nativas) y otras controladas *ex ante* por las administraciones públicas competentes (como sucede con los frutos y productos de los recursos naturales extraídos de su fuente por parte de particulares habilitados). Así, sostiene:

Así, y en esto acierta la tesis mayoritaria del dominio eminential quizás sin las palabras exactas, los conceptos claros y presentando solo las consecuencias que aparecen fijadas a favor de los Poderes Públicos del Estado, es evidente que no existe una titularidad pública del Estado recaída sobre estos elementos, en el sentido de una extracción normativa de estos objetos que venga además reservada

y protegida bajo monopolio (o propiedad) a favor de organizaciones del Poder Público. De ninguna manera, el Constituyente optó por crear una fórmula especial de titularidad pública colectivizada a favor de la Nación (ver el artículo 66 de la CP), en la que los ciudadanos de distintas generaciones de este país serán los propietarios o titulares (en tanto comunidad humana con un sentido de pertenencia cultural y unificación). La Nación ejerce el señorío y un dominio público singular sobre los recursos naturales ubicados en el territorio nacional, utilizando luego de manera instrumental y principalmente mediante la democracia y el Derecho, al Legislador y las organizaciones administrativas para gestionar integralmente los recursos naturales (Vignolo Cueva, 2018, pp. 334-335).

2.6. A modo de conclusión

Frente a las diferentes doctrinas que explican el vínculo jurídico del Estado-Nación sobre los recursos naturales, el neoliberalismo radical y depredador preconiza la aplicación de políticas de su libre acceso al mercado y a la inversión. Así, por ejemplo, en la búsqueda y el dominio de los recursos mineros, el reconocimiento, exploración, explotación, procesamiento, beneficio e industrialización de los productos mineros, derivados de aquellas actividades, solo debe fundarse, determinarse y establecerse en función de la propiedad privada completa y plena de los recursos, aunque se mantengan figuras jurídicas y nexos de ficción, teóricos, sobre el dominio de las naciones y Estados, y en consecuencia, desarrollarse en función de las solas oportunidades de beneficio/utilidad por el sector privado nacional —o mejor, por inversionistas extranjeros de los países receptores (Vildósola, 1999, p. xxxiv).

En el Perú, García Pérez llegó al extremo de proponer, en 2007, liquidar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas para facilitar la inversión privada en la explotación de los recursos naturales⁵⁸.

Como afirmamos en el capítulo 9, en la actualidad, otra tesis extremista propone que se reforme la Constitución para transferir la propiedad del subsuelo a los propietarios del suelo. Bajo el argumento de la difusión de la propiedad y de un capitalismo popular, se pretende retrotraer al Perú a la política de Porfirio Díaz, quien entregó los recursos naturales de México a la inversión extranjera y, como reacción nacionalista, dio origen al precitado artículo 27 de la Constitución de 1917, que declaró que la propiedad de tierras y aguas pertenece originariamente a la Nación.

Con relación a las teorías que explican el vínculo jurídico del Estado con los recursos naturales, hay que reconocer que se trata un tema sumamente debatible

⁵⁸ Alan García Pérez, «El síndrome del perro del hortelano», *El Comercio*, 27 de octubre de 2007.

de manera jurídica y que se encuentra en la actualidad en una fase de construcción doctrinaria. Nuestra posición asume la teoría del dominio eminente, puesta al día con la doctrina de soberanía económica del Estado-Nación sobre los recursos naturales.

3. LA REGULACIÓN SECTORIAL DE LOS RECURSOS NATURALES

A continuación, revisaremos los principales caracteres del régimen jurídico de los recursos naturales en las leyes especiales más relevantes de la materia.

3.1. El régimen jurídico de los recursos hídricos

La ausencia de una verdadera política hídrica fue superada por primera vez en el siglo XX con el Código de Aguas de 1902, consolidando un *statu quo* de protección de la propiedad privada. Solo eran bienes públicos los ríos, torrentes y arroyos que no hubiesen sido de apropiación anterior o los excedentes (Guevara Pérez, 2015, p. 321).

El régimen de los recursos hídricos fue modificado con la Ley General de Aguas (decreto ley 17752), del año 1969, dictada por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, de marcado enfoque agrarista y estatista en todo lo relacionado a la infraestructura y toma de decisiones.

Así, declaró en su artículo 1 que: «Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas, el uso justificado y racional del agua, solo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país».

De este modo, se estableció un régimen de dominio público sobre el agua que, conforme al artículo 2, obligó al Estado a:

1. Formular la política general de su utilización y desarrollo.
2. Planificar y administrar sus usos de modo que ellos tiendan a efectuarse en forma múltiple, económica y racional.
3. Inventariar y evaluar su uso racional.
4. Conservar, preservar e incrementar dichos recursos.
5. Realizar y mantener actualizados los estudios hidrológicos, hidrobiológicos, hidrogeológicos, meteorológicos y demás que fuesen necesarios en las cuencas hidrográficas del territorio nacional.

Dentro de este marco legal, se estableció un régimen administrativo del uso de aguas mediante permisos, autorizaciones o licencias.

La ley 29338 (Ley de Recursos Hídricos), de 2009, derogó a la Ley General de Aguas. Prevé que el agua es un recurso que constituye patrimonio de la Nación y, en su artículo 2, declara que «El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua».

Conforme al artículo 45 de la Ley de Recursos Hídricos, hay tres títulos habilitantes para el uso del agua: licencia de uso, permiso de uso y autorización de uso de agua.

Los recursos hídricos constituyen un recurso estratégico de importancia vital para la humanidad, lo que obliga al Perú, ante el calentamiento global, a la adopción de políticas de Estado para garantizar su uso sostenible y acceso a ella como derecho humano básico.

La prestación de servicios de saneamiento se encuentra normada por la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobada mediante decreto legislativo 1280 del año 2016⁵⁹.

En España, Ariño propugna la liberalización y un régimen de mercado para la regulación de los recursos hídricos. Sin perjuicio de su enfoque privatizador, afirma que, ante todo, es esencial reconocer el derecho fundamental de todos los seres humanos a tener acceso a un agua limpia y condiciones de salubridad adecuadas por un precio asequible. Asimismo, se debe reconocer que el agua tiene un importantísimo valor ambiental. Afirma, además, como en todos los grandes servicios en el nuevo modelo competitivo, la implantación obligatoria de un servicio universal, básico, asequible a todos, que incorpore la protección de aquellos valores ambientales y ecológicos que son fundamentales para la conservación de la naturaleza (Ariño Ortiz, 2001, p. 907 ss.).

En el Perú, por ley 30588 (ley de reforma constitucional), se incorporó al texto de la Norma Suprema el artículo 7-A, que reconoce el derecho fundamental de toda persona del acceso al agua potable:

Artículo 7-A. El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

⁵⁹ La norma previa que reguló esta actividad fue la ley 26338 (Ley General de Servicios de Saneamiento), del año 1994, que desarrolló un marco regulatorio que fue evolucionando y tuvo como antecedente la creación de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass), mediante el decreto ley 25965.

3.2. El régimen jurídico de la minería

El Perú goza de una posición privilegiada a nivel mundial por su potencial geológico para la explotación de la riqueza minera que se encuentra al interior de la Cordillera de los Andes⁶⁰. Por ello, es un país con una larga historia legislativa en esta materia, desde las Ordenanzas de Minas (1574) del Virrey del Perú Francisco de Toledo y Figueroa, que fue el primer cuerpo legal minero relevante y de excelente contenido jurídico y técnico dictado en América (Vildósola, 1999, p. 91). Históricamente, se distinguen las siguientes etapas en la evolución de la legislación minera peruana:

1. Legislación minera colonial hasta el inicio del «desenfreno liberal» en 1890⁶¹.
2. Periodo liberal que se consolida con el Código de Minería de 1900.
3. Periodo entre 1900 y el nuevo Código de Minería de 1950.
4. Periodo de promoción a la inversión extranjera con el Código de Minería de 1950 hasta la etapa nacionalista iniciada en 1971 con el decreto ley 18880 (Ley General de Minería).
5. Periodo nacionalista con la Ley General de Minería de 1971, caracterizada por la activa participación del Estado en la explotación de los recursos mineros, incluyendo las reservas para este de ciertos minerales que se considerasen estratégicos, hasta el decreto legislativo 109 de 1981.
6. Legislación vigente con medidas promocionales a la inversión en el sector con las modificaciones del decreto legislativo 109 por el decreto legislativo 708.

Durante el periodo nacionalista del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980) se promulga el decreto ley 20492, del 29 de diciembre de 1973, que declara de necesidad e interés nacional la expropiación del negocio minero de la sucursal en el Perú de Cerro de Pasco Corporation, constituido por el complejo minero metalúrgico con el cual operaba en el país y todos los demás activos de dicha sucursal⁶².

⁶⁰ Véase: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/survey-of-mining-companies-2017.pdf>.

⁶¹ Samamé Boggio (1974, Vildósola, 1999, p. 249) lo denomina «el enfreno jurídico liberal que se inició en 1890 y que culmina en la primera mitad del siglo XX con el Código de Minería de 1900, y a sus consecuencias objetivamente negativas para el Perú». Cabe señalar que en este primer periodo se promulgó la Ley de Minería de 1877, que por primera vez declaró que los recursos minerales pertenecían al Estado y no a la Corona (cfr. Kuramoto & Glave, 2014, V, p. 112).

⁶² Constituida en los Estados Unidos e instalada en el Perú a inicios del siglo XX, adquiriendo derechos mineros en la región central de la Cordillera de los Andes.

Asimismo, en 1975 se nacionalizó la extracción de hierro, que desarrollaba la empresa estadounidense Marcona Mining Company, creándose la empresa minera estatal de hierro, Hierro Perú (Kuramoto & Glave, 2014, pp. 124-125).

Debemos destacar que en la década de 1990 del siglo XX se produjeron reformas mineras en casi toda América Latina las que, como señala Tinoco, redujeron el protagonismo empresarial del Estado y se orientaron a promover la inversión privada, superando por un lado barreras de entrada, eliminando restricciones a la inversión extranjera e iniciando un sustantivo proceso de modernización de los regímenes concesionales, garantizando —en el marco del dominio inalienable e imprescriptible del Estado, como soberano de los recursos mineros— la seguridad y estabilidad jurídica de los derechos mineros (Tinoco Terrero, 1999).

En ese nuevo contexto, se modifica en el Perú el decreto legislativo 109 (Ley General de Minería), del año 1981, por el decreto legislativo 708 (Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero), durante el gobierno de Alberto Fujimori en 1991.

El texto único ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por decreto supremo 014-92-EM, en el artículo II del título preliminar, declara implícitamente que los recursos minerales son bienes de dominio público especial, pues se les reconoce los atributos de inalienabilidad e imprescriptibilidad⁶³. Así se declara que:

Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.

⁶³ En el derecho comparado, cabe citar a la Constitución chilena de 1980, que prevé con detalle el dominio público de las minas. Así, en el artículo 19, numeral 24, que regula el derecho fundamental de propiedad, se declara que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieran situadas. Con relación a la concesión minera, cabe destacar que el otorgamiento de las concesiones de exploración y explotación se realiza por los órganos jurisdiccionales mediante una sentencia, previo informe técnico del órgano administrativo competente. La Constitución estableció que las concesiones siempre se constituyen por resolución judicial y tendrán la duración, se conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión obliga al dueño de la misma a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión. Vildósola señala que, durante el régimen militar, se creó una concepción sui generis a nivel mundial: el dominio subsidiario del Estado sobre los recursos mineros, vaciando de contenido la mencionada disposición constitucional sobre el dominio público. Así, «el Estado es solo un tutor o administrador general y superior que no otorga o concede derechos mineros, sino que, mediante el sistema de concesiones, éstos se constituyen ante los tribunales ordinarios de justicia, por medio de sentencias constitutivas, las que una vez dictadas, transforman jurídicamente a dicha concesión en una verdadera propiedad minera privada perfecta completa (concesión plena) de carácter civil» (1999, pp. 195-196).

El Estado evalúa y preserva los recursos naturales, debiendo para ello desarrollar un sistema de información básica para el fomento de la inversión; norma la actividad minera a nivel nacional y la fiscaliza de acuerdo con el principio básico de simplificación administrativa.

El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.

Conforme al artículo 9, el régimen concesional otorga a su titular el derecho de exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a las coordenadas universal transversal Mercator (UTM). El artículo 10 establece que la concesión minera otorga un «derecho real», consistente en la suma de atributos que se reconocen al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que la Ley General de Minería exige para mantener su vigencia.

El derecho real reconocido por el régimen concesional es un derecho especial dentro del ámbito del derecho administrativo, jurídicamente diferente al derecho civil, configurado por potestades jurídicas regidas por el derecho público, en el contexto de los principios de la autonomía y de la especialidad del derecho minero y de sus instituciones (Vildósola, 1999, pp. 338-339).

Así, el dominio público especial es un título de intervención previo a la propiedad de los particulares sobre los frutos y productos a extraerse. Los recursos de las minas son de dominio público hasta que se otorgue al particular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido; es decir, el derecho de propiedad de los frutos y productos a extraerse. Así, el dominio público del subsuelo minero impide la apropiación del mismo que no sea realizada a través de la concesión administrativa (Morillo Velarde, 1992, p. 59).

Sobre el régimen jurídico de la concesión, el Tribunal Constitucional precisa sus caracteres en el fundamento 102 de la sentencia del caso de la Ley de la Regalía Minera (STC Exp. 0048-2004-PI/TC):

En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el derecho administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento. Es, en sí misma, un título que '[...] hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privados derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes [...]'; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega,

solo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular. Por lo expuesto, [...] la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración. Es decir, el particular, antes de que se celebre el acto de concesión, carecía absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge *ex novo*.

3.3. El régimen jurídico de los recursos forestales y de fauna

Se debe resaltar que el Perú es un país forestal, dado que sus treinta tipos de bosques cubren una extensión de 78,8 millones de hectáreas, lo que representa el 60,7% del territorio del país (Andaluz, 2006, p. 218). Brack (2004) señala que es el cuarto país en superficie de bosques tropicales (después de Brasil, Indonesia y Congo), manteniendo cautivas cerca de 15 000 millones de toneladas de carbono⁶⁴.

La Ley Forestal y de Fauna Silvestre (ley 29763), que derogó al decreto legislativo 1090, es la principal norma jurídica que rige el aprovechamiento de los bosques tropicales y la fauna silvestre en el Perú. Tiene por finalidad promover la conservación, protección, incremento y uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre dentro del territorio nacional e integra su manejo con el mantenimiento y mejora de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, «en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación», tal como lo declara su artículo 1.

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

El artículo II del mencionado título preliminar prevé sus principios generales, además de los principios, derechos, deberes y disposiciones aprobadas en la Constitución Política del Perú, el Acuerdo Nacional, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los demás

⁶⁴ Para una información actualizada, consultar al SERFOR en el enlace: <https://www.serfor.gob.pe/peru-megadiverso/diversidad-de-ecosistemas>.

tratados internacionales. Entre ellos, se encuentran la participación en la gestión ambiental, la consulta previa e informada, el enfoque ecosistémico, entre otros.

El numeral 8 del artículo II del título preliminar de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre establece que el Estado ejerce el dominio eminential sobre los recursos del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, así como sobre los frutos y productos, en tanto no hayan sido legalmente obtenidos. El artículo 4 de la misma ley prevé que dicho patrimonio está constituido por:

- a) Los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.
- b) Los recursos forestales y de fauna silvestre mantenidos en su fuente.
- c) La diversidad biológica forestal y de fauna silvestre, incluyendo sus recursos genéticos asociados.
- d) Los bosques plantados en tierras del Estado.
- e) Los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.
- f) Las tierras de capacidad de uso mayor forestal y tierras de capacidad de uso mayor para protección, con bosques o sin ellos.
- g) Los paisajes de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, en tanto sean objeto de aprovechamiento económico.

Las plantaciones forestales en predios privados y comunales, así como sus productos, se consideran recursos forestales, pero no son parte del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.

A nivel jurisprudencial, un caso muy relevante es el ocurrido durante la vigencia de la ley 27308⁶⁵, norma jurídica que declaró, en su séptima disposición complementaria y transitoria, en veda por diez años, a partir de la vigencia de esta ley, la extracción de las especies maderables caoba y cedro en las cuencas de los ríos Putumayo, Yavarí y el Purús, así como en otras áreas declaradas o por declararse mediante decreto supremo. En la STC Exp. 006-2000-AI/TC, acción de inconstitucionalidad promovida por Guiomar Seijas y 66 congresistas contra la ley 27308, el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de que si tal veda puede imponerse —sin vulnerar la Constitución— a las relaciones jurídicas pactadas con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley, como es el caso de los contratos de concesión.

⁶⁵ Ley Forestal y de Fauna Silvestre, del 7 de julio de 2000.

El Supremo Tribunal declaró infundada la demanda y precisó, en el fundamento 9, que la intangibilidad o santidad de los contratos, amparada por el artículo 62 de la Constitución, no era aplicable a la declaratoria de veda por interés general:

Por todo lo anterior, este Tribunal considera —como lo ha hecho en casos análogos— que la intangibilidad de los contratos de concesión protegida por el artículo 62 de la Constitución, el mismo que se interpreta en concordancia con los preceptos que la ley de la materia dispone, esto es, en el Título Preliminar V del Código Civil concordado con los artículos 1403 y 1404 del mismo cuerpo legal, no puede estar por encima, ni ser ajena al cambio en las circunstancias que posibilita que estos pierdan validez, convirtiéndose la obligación en ilícita o prohibida, cuando su realización afectare el interés general, el cual, para el caso, se ve expresado en los fundamentos de las normas que se impugnan, las mismas que cumplen con el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

3.4. El régimen jurídico de los recursos pesqueros

La industria pesquera apareció con la instalación de una fábrica de conservas de pescado en 1934. Hacia finales de esa década, empiezan a instalarse las conserveras de harina y aceite de pescado. La exportación de harina de pescado, al convertirse en alimento balanceado para cerdos y pollos, comienza a crecer exponencialmente.

En 1971, se dicta la ley 18810 (Ley General de Pesquería), la cual es una ley ordenadora que norma toda la actividad pesquera; además, se creó el Ministerio de Pesquería como el ente rector del sector. La ley impedía que el capital extranjero estableciese plantas harineras o trasladasen sus licencias a inversionistas extranjeros. Se estableció un monopolio estatal para la comercialización de la harina y aceite de pescado. Esta norma jurídica rigió durante 17 años, periodo en el cual la industria harinera alcanzó su mayor desarrollo y se ejerció una inmensa presión sobre la biomasa de la anchoveta. Con la declarada finalidad de racionalizar esa industria, en 1973, el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada creó la empresa pública Pesca Perú, que se dedicó a la producción de harina y aceite de pescado (Kuramoto & Glave, 2014, pp. 118-120).

Sin embargo, fue una experiencia fallida, por cuanto se expropió al sector privado en el peor momento de la industria, cuando estaba colapsando. En medio de una catástrofe ecológica, el Ministerio de Pesquería aplicó una política de máxima presión sobre el recurso que contribuyó al desplome de la industria. Asimismo, algunos empresarios fueron realmente salvados por la estatización, mientras que los trabajadores tuvieron que soportar el peso de la quiebra del sector y la posterior privatización de la flota pesquera en 1976 (Zapata, 2018, p. 150).

En 1987, en el primer gobierno de Alan García Pérez, se promulgó una nueva Ley General de Pesquería (ley 24790), que nuevamente permitió la iniciativa privada en la fabricación de harina y aceite de pescado (Kuramoto & Glave, 2014, p. 120).

En la década de 1990, se dicta una nueva norma promotora de la inversión privada en el sector pesquero: la Ley General de Pesca, aprobada por el decreto ley 25977. El artículo 2 de esta ley declara que son «patrimonio de la Nación» los recursos hidrobiológicos contenidos en las aguas jurisdiccionales del Perú. Establece que corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos, considerando que la actividad pesquera es de interés nacional. El artículo 6 encomienda al Estado, dentro del marco regulador de la actividad pesquera, velar por la protección y preservación del medio ambiente, exigiendo que se adopten las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar los daños o riesgos de contaminación o deterioro en el entorno marítimo terrestre y atmosférico.

En el marco del ordenamiento pesquero, se otorgan títulos habilitantes, tales como las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias a plazo determinado para las actividades de pesca⁶⁶.

El Ministerio de la Producción —conforme al artículo 9 de la Ley General de Pesca, modificado por decreto legislativo 1027— determina, según el tipo de pesquerías, los sistemas de ordenamiento pesquero, las cuotas de captura permisible, las temporadas y zonas de pesca, la regulación del esfuerzo pesquero, los métodos de pesca, las tallas mínimas de captura y demás normas que requieran la preservación y explotación racional de los recursos hidrobiológicos.

3.5. El régimen jurídico de los hidrocarburos

En 1922, se promulga la primera Ley de Petróleo, luego de un controversial arbitraje entre la International Petroleum Company —propietaria privada por venta del yacimiento La Brea y Pariñas— y el Estado peruano. Esta ley declaró a la industria petrolera de utilidad pública; estableció que las concesiones abandonadas debían revertirse al Estado y definió dos tipos de concesiones: las de exploración y las de explotación (Kuramoto & Glave, 2014, pp. 112-113).

En 1952, el gobierno del general Manuel A. Odría (1948-1956), de manera similar que en el sector minero, promulgó una Ley de Petróleo (ley 11780) para promover la inversión privada, norma jurídica que generó el aumento de los petitorios para concesión (Kuramoto & Glave, 2014, pp. 115-116).

⁶⁶ Hundskopf señala que «las concesiones constituyen el género, y los permisos de pesca una especie de concesión, por lo que estos se entienden asimilables al régimen legal establecido en la Constitución para las primeras» (2012, p. 159).

Durante el primer gobierno del arquitecto Belaunde (1963-1968), el gobierno envió al Congreso un proyecto de ley que declaraba nulo el Laudo de París que, en 1922, resolvió que la IPC era dueña del yacimiento de La Brea y Pariñas, al amparo de una antigua legislación de inicio de la República que permitía su transferencia a privados. Asimismo, el proyecto de ley establecía que los yacimientos se transfirieran a la Empresa Petrolera Fiscal. Fue aprobado y, en consecuencia, se tenía que firmar un contrato, pues la IPC mantenía en su posesión la refinería de Talara.

El 3 de octubre de 1968, se produjo el golpe militar y se instauró el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, presidido por el general Velasco. Una de sus primeras medidas fue la nacionalización de la refinería de la IPC. Mediante el decreto ley 17066, dictado el 9 de octubre de 1968, se expropió el complejo de Talara y se encargó a la Empresa Petrolera Fiscal su administración. Posteriormente, con el decreto ley 17553, se cambia la denominación de Empresa Petrolera Fiscal por el de Petróleos del Perú (Petroperú) (Kuramoto & Glave, 2014, p. 117).

Durante las décadas de 1970 y 1980, se desarrollaron importantes inversiones para potenciar a Petroperú. En la década de 1990, en el contexto del ajuste económico implementado por el gobierno de Alberto Fujimori, se modificó la legislación de hidrocarburos mediante la ley 26221 (Ley Orgánica de Hidrocarburos). Así, en su artículo 2, esta ley declara que «el Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos sobre la base de *la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica* con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional» (cursiva agregada).

El texto único ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, aprobado mediante el decreto supremo 042-2005-EM, prevé, en su artículo 8, que la propiedad de los hidrocarburos se constituye *in situ* y que el Estado otorga a Perupetro S.A. el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos para el efecto de que pueda celebrar contratos de exploración y explotación o explotación de estos, en los términos que establece la ley.

Perupetro S.A. es una empresa estatal de derecho privado, encargada de promover la inversión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. En su objeto social, se prevé que le corresponde negociar, celebrar y supervisar, en su calidad de contratante, por la facultad que le confiere el Estado, los contratos que la ley establezca, así como los convenios de evaluación técnica (artículo 3, literal b) de la ley 26225 (Ley de Organización y Funciones de Perupetro S.A.).

El artículo 10 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece, en su literal a, que mediante el contrato de licencia el contratista obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar hidrocarburos en el área de contrato. Perupetro S.A. transfiere el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos al contratista, quien debe pagar

una regalía al Estado⁶⁷. En su literal b, prevé el contrato de servicios, que es el celebrado por Perupetro S.A. con el contratista, para que este ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de hidrocarburos en el área de contrato, recibiendo el contratista una retribución en función a la producción fiscalizada de hidrocarburos.

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

Artículo 68. El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Mencionaremos, por ejemplo, esos pulmones del planeta repletos de biodiversidad que son la Amazonia y la cuenca fluvial del Congo, o los grandes acuíferos y los glaciares. No se ignora la importancia de esos lugares para la totalidad del planeta y del futuro de la humanidad. Los ecosistemas de las selvas tropicales tienen una biodiversidad con una enorme complejidad, casi imposible de reconocer integralmente, pero cuando esas selvas son quemadas son quemadas o arrasadas para desarrollar cultivos, en pocos años se pierden innumerables especies, cuando no se convierten en áridos desiertos. Sin embargo, un delicado equilibrio se impone a la hora de hablar sobre estos lugares, porque tampoco se pueden ignorar los enormes intereses económicos internacionales que, bajo el pretexto de cuidarlos, pueden atentar contra las soberanías nacionales. De hecho, existen «propuestas de internacionalización de la Amazonia, que solo sirven a los intereses económicos de las corporaciones transnacionales». Es loable la tarea de organismos internacionales y de organizaciones de la sociedad civil que sensibilizan a las poblaciones y cooperan críticamente, también utilizando legítimos mecanismos de presión, para que cada gobierno cumpla con su propio e indelegable deber de preservar el ambiente y los recursos naturales de su país, sin venderse a intereses espurios locales o internacionales.

Laudato Si
Francisco

Como sabemos, el hombre aprovecha los recursos naturales para satisfacer necesidades tanto materiales como espirituales, los cuales, por tanto, tienen utilidad actual o potencial. Se diferencian de los elementos naturales en que estos conforman todas aquellas cosas que la naturaleza brinda, con independencia de su utilidad. Así, por ejemplo, una erupción volcánica constituye un elemento natural, pero si usamos

⁶⁷ Conforme al artículo 12 de la ley 26221, los mencionados contratos de licencia, así como los contratos de servicios, se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del artículo 1357 del Código Civil, que define los contratos-ley.

la energía geotérmica del volcán para satisfacer alguna necesidad material, la erupción se torna en un recurso natural (Andaluz, 2006, p. 41). Es por ello que el artículo 3 de la ley 26821 (Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales) establece que son recursos naturales «todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano y que tenga un valor actual o potencial en el mercado»; esos recursos, en función de su capacidad de autorrenovación, se clasifican en renovables y no renovables.

La Convención de Diversidad Biológica (1992) define a esta como «la variabilidad de organismos vivos de todos los orígenes, comprendiendo, entre otros, los ecosistemas terrestres, marinos u otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de que forman parte, comprendiendo, además, la diversidad dentro de especies, entre especies y de ecosistemas».

La misma convención señala que los recursos genéticos se refieren al material genético de plantas, animales y microorganismos de valor actual o potencial y, por germoplasma, al material biológico base de herencia capaz de dar origen a un nuevo individuo. El germoplasma de una determinada especie es parte de los recursos genéticos de la misma y ambos constituyen componentes de la diversidad biológica. Debe tenerse presente que las políticas referentes al manejo de los recursos genéticos persiguen la domesticación de nuevas especies de uso potencial, propiciando un constante fortalecimiento de la variabilidad genética necesaria para la continuidad de los programas de mejoramiento.

Tal como ha señalado la secretaría pro-tempore del Tratado de Cooperación Amazónica, del cual el Perú es parte, existe:

[...] una fuerte complementariedad entre las políticas para la conservación de la biodiversidad y aquellas que se enfocan a la preservación de los recursos genéticos. En tanto que las primeras garantizan que la diversidad de las especies y los ecosistemas sean conservadas hasta que se adquiera información empírica o científica que conlleve a su utilización, las demás, relacionadas con recursos genéticos, son implementadas para manejar la variabilidad genética disponible en los bancos de germoplasma o reservas genéticas para el uso presente o futuro de la humanidad. Cualquier tentativa de valorizar una de estas políticas en detrimento de la otra, incurrirá en un grave perjuicio para el hombre en el futuro (1996, p. 4).

Como ya hemos visto, según el artículo 66 de la Constitución vigente, los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Agrega que, por ley orgánica (la precitada ley 26821), se fijan las condiciones de su utilización y su otorgamiento a particulares. El artículo 67 de la misma Carta Fundamental dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y

promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. El presupuesto general de la República, señala por su parte el artículo 77 de la Constitución, otorga a las respectivas circunscripciones departamentales una participación en los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon.

Como hemos desarrollado líneas arriba, es erróneo considerar que el patrimonio de la Nación significa propiedad intransferible del Estado; hay más bien que considerar a los recursos naturales como de interés nacional y regularse las modalidades de los derechos otorgados sobre ellos, fijándose las limitaciones para su ejercicio, sea por parte del Estado o de los particulares. Dice al respecto Carlos Andaluz:

En realidad el dominio eminente que sobre todas las cosas tiene el Estado, como expresión de su poder soberano, consiste en la facultad que le asiste, en nombre del bien común, de retener para sí la propiedad de ciertos bienes, así como de imponer limitaciones al ejercicio de los derechos que sobre otras cosas tienen los particulares o de privarles de tales derechos mediante los mecanismos constitucionales; estos derechos, como es obvio, no excluyen a la propiedad. Es indudable que ciertos recursos, por ser de elevado interés nacional, deben permanecer bajo el dominio inalienable del Estado y, obviamente, no deberá otorgar respecto de ellos propiedad, sino que los dará en concesión o bajo permiso, licencia o autorización; tal es el caso de la diversidad biológica o el agua. Por el contrario, en ocasiones, siempre en aras del bien común, el Estado entrega recursos naturales en propiedad; así sucede con el recurso suelo destinado a la agricultura, ganadería o vivienda, que inclusive goza de agresivas políticas de titulación dominial privada para garantizar la seguridad jurídica y el tráfico patrimonial. En suma, el dominio eminente no siempre es un impedimento para que el Estado se desprenda de la propiedad sobre los recursos naturales; significa que impone limitaciones a su ejercicio, sea quien fuere el dueño, en función del bien común. Asimismo, los recursos naturales no son necesariamente bienes públicos ni bienes de uso público (Andaluz, 2006, p. 47).

La diversidad biológica comprende a toda clase de especies de plantas, animales y microorganismos, así como también a los ecosistemas y los procesos ecológicos de los que forman parte. Los tres componentes de esa diversidad son: diversidad de ecosistemas, de especies y de genes. El ecosistema constituye la unidad funcional básica en ecología, compuesta de todos los elementos físicos, químicos y biológicos necesarios para sostener la vida en un espacio determinado, teniendo relaciones entre sí e influyéndose indirectamente unos sobre otros (Andaluz, 2006, pp. 153-154).

La diversidad biológica es de un valor incalculable, incrementado por los problemas ambientales de público conocimiento y el extraordinario desarrollo tecnológico

que utiliza y descubre propiedades valiosas en ella, pudiendo esta tener su origen en conocimientos tradicionales o en nuevos desarrollos. América Latina es la región con mayor diversidad biológica en el planeta y el Perú ocupa un lugar privilegiado por ser uno de los doce países considerados biológicamente megadiversos, con numerosos ecosistemas en su accidentada y heterogénea geografía. En el Perú, existen 84 zonas de vida de las 104 que hay en el mundo y 28 tipos de clima de un total de 32 identificados (Andaluz, 2006, p. 157)⁶⁸.

Por su parte, Brack resalta la importancia de la biodiversidad para el desarrollo futuro del país: «Se calcula que el biocomercio puede desarrollarse como la actividad económica y exportadora más importante del siglo XXI; ayudar a superar la situación de pobreza; y mejorar el ambiente a través del manejo y la restauración de ecosistemas y especies» (2004, p. 15).

El artículo 68 de la Constitución preceptúa que «el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas». La política sobre diversidad biológica está contenida en el artículo 97 de la Ley General del Ambiente (ley 28611) que dispone, entre otros:

- La conservación de la diversidad de ecosistemas, especies y genes, así como el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales de los que depende la supervivencia de las especies.
- El rol estratégico de la diversidad biológica y de la diversidad cultural asociada a ella, para el desarrollo sostenible.
- El reconocimiento a los derechos soberanos del Perú como país de origen sobre sus recursos biológicos, incluyendo los genéticos.
- La prevención del acceso ilegal a los recursos genéticos.
- La protección de la diversidad cultural y del conocimiento tradicional.
- La promoción del uso de tecnologías y un mayor conocimiento de los ciclos y procesos, a fin de implementar sistemas de alerta y prevención en caso de emergencia.

Complementando lo anterior, en el artículo 3 del decreto legislativo 1079, de junio de 2008 —decreto legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas—, se dispone que, en el procedimiento

⁶⁸ Dice Andaluz que pruebas de esa diversidad son los registros de especies existentes en el Perú. Para una información actualizada sobre el tema, consultar al SERFOR en el enlace: <https://www.serfor.gob.pe/peru-megadiverso/diversidad-de-ecosistemas>.

administrativo sobre asuntos referidos a productos naturales renovables ubicados en las áreas naturales protegidas, se deberán aplicar los siguientes principios:

- Principio de prevención, según el cual toda persona tiene el deber de adoptar las previsiones necesarias con respecto a los riesgos que entraña la actividad que realiza.
- Principio de dominio eminential, según el cual el Estado conserva el dominio sobre los recursos naturales renovables, sin perjuicio de los derechos que se otorguen a los particulares según lo que señalen las leyes especiales.
- Principio de protección administrativa, según el cual el dominio eminential está a cargo de la Administración Pública, para lo cual podrá usar, como medios de prueba, los indicios que sean razonablemente aceptables para conocer la verdad que le permita motivar su decisión.
- Principio de gobernanza ambiental; es decir, las políticas públicas ambientales deben conducir a la armonización de las políticas, normas, procedimientos, etc., que hagan posible la participación de los actores públicos y privados en la toma de decisiones, manejos de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades definidas, seguridad jurídica y transparencia.

El Perú, al ser uno de los países más megadiversos, tiene una importancia estratégica a nivel global, pues son muchas las autoridades mundiales que afirman que el siglo XXI será el de la biotecnología y de la ingeniería genética (Brack Egg, 2004, p. 41).

Cabe destacar que en los últimos años el legislador ha creado administraciones públicas especiales y competentes: una de gestión genera, el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR) y otras dos para el ejercicio de competencias de policía administrativa: el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR) y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (Vignolo Cueva, 2018, p. 314).

Asimismo, se han dictado numerosas disposiciones legales vinculadas al derecho ambiental y la biodiversidad, lo que comprende materias vinculadas al agua, al suelo, la biotecnología, los bosques, las áreas naturales protegidas, los recursos hidrobiológicos, la contaminación atmosférica, la gestión ambiental, así como diversos procesos para la defensa del ambiente de naturaleza constitucional, administrativa, civil y penal.

Es de gran importancia tener presente el marco internacional sobre la protección de la diversidad biológica, no solo porque sirve de inspiración y antecedente para la legislación nacional en la materia, sino porque también han adquirido importancia creciente. Entre ellos cabe destacar el Convenio de las Naciones Unidas

sobre Diversidad Biológica (llamado también Convenio de Río), de 1992, aprobado por resolución legislativa 26181; la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada por resolución legislativa 26185, de mayo de 1993; la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, referida al Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genéticos, de julio de 1996; la decisión 414 de la Comunidad Andina de Naciones sobre el Modelo Referencial de Solicitud de Acceso a Recursos Genéticos y la decisión 415 en virtud de la cual se adopta el Modelo Referencial de Contrato de Acceso a Recursos Genéticos, ambas de agosto de 1996; la resolución legislativa 28170, que ratifica el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica, de febrero de 2004; y el Tratado de Cooperación Amazónica de 1978, suscrito por Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, cuya finalidad es realizar esfuerzos conjuntos para promover el desarrollo de sus respectivos territorios amazónicos, de manera que estas acciones conjuntas produzcan resultados equitativos y mutuamente provechosos, así como la preservación del medio ambiente y la conservación y utilización de los recursos naturales.

El Convenio sobre Diversidad Biológica significa un cambio conceptual en el sentido de que, aunque los Estados tienen derechos sobre recursos biológicos y son responsables de su conservación y utilización sostenible, la conservación de la diversidad biológica es declarada de interés común de toda la humanidad, razón por la cual las partes contratantes deben tomar medidas para prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de la reducción o pérdida de la diversidad biológica. Este convenio, del cual forman parte numerosos países, desgraciadamente no ha sido hasta la fecha aprobado por países de tanta importancia como Estados Unidos, que es el principal contaminante del medio ambiente. El convenio parte del principio de que los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales deben ser compartidos equitativamente y se compromete a los países desarrollados a apoyar las iniciativas en esta materia de los países en desarrollo.

Otro instrumento internacional de gran importancia, que el Perú ha ratificado, es el Protocolo de Nagoya del Convenio sobre Diversidad Biológica, que entró en vigor en octubre de 2014. Por ese protocolo, las partes se obligan a adoptar medidas para asegurar que el acceso y uso de los recursos biológicos y del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y comunidades locales estén sujetos a su conocimiento informado previo y que los términos de los contratos que con ese fin se celebren deben ser aceptados por todas las partes intervinientes. No reconoce, sin embargo, un derecho ejecutable a favor de esos pueblos y comunidades sobre sus bienes genéticos y saber tradicional, dejando esta labor en manos de los gobiernos nacionales y de un comité de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

La protección internacional que se persigue ha sido cuestionada en particular por Estados Unidos y los países de la Unión Europea y se concretará principalmente por la implementación efectiva del Protocolo de Nagoya. Como se desprende de lo señalado, hay divergencias sobre las obligaciones que crea el protocolo, pues se da poca importancia a la norma consuetudinaria que protege los conocimientos tradicionales, que es labor de los países en desarrollo. Como es obvio, sin medidas adecuadas de protección, se alienta la biopiratería, lo que significa una pérdida económica, cultural y espiritual para los pueblos indígenas, además de un atentado contra el derecho internacional sobre los derechos humanos.

Los ecosistemas terrestres y acuáticos ofrecen muchas posibilidades de uso económico directo. Así ocurre con la pesca, la exploración de maderas tropicales, la cosecha y recolección de frutas y plantas medicinales, entre otras posibilidades; por su parte, la utilización de recursos genéticos depende del proceso de domesticación que se cierra con la determinación del ciclo de cultivo, métodos de cosecha y evaluación económica, teniendo inmensa importancia los bancos de germoplasma en este proceso. Por medio de este, se ha viabilizado recientemente la utilización de distintas especies vegetales, para lo cual es preciso fortalecer la base científica y tecnológica de las instituciones de investigación.

La agrobiodiversidad se ha mantenido conservada y diversificada principalmente por acción de los campesinos desde los inicios de la agricultura, hace aproximadamente diez mil años; pero ella ha disminuido mucho en los últimos años por un conjunto de factores, tales como el desplazamiento de un conjunto de variedades tradicionales por nuevos cultivos, dependientes en gran medida de insumos químicos y dirigidos a mercados de exportación, todo ello acelerado por la falta de rentabilidad de los cultivos tradicionales. Como ya hemos dicho, este problema mundial ha potenciado la importancia del Perú, al ser uno de los centros mundiales con mayor diversidad de recursos genéticos. Brack señala que el Perú posee una alta diversidad genética por ser uno de los centros mundiales de origen de la agricultura y la ganadería y, por tanto, es uno de los centros más importantes de recursos genéticos de plantas y animales (2004, p. 19). A modo de ejemplo, el Centro Internacional de la Papa ha recolectado 4049 variedades, de las cuales 2031 proceden del Perú.

La agricultura moderna es altamente dependiente del control de las semillas, las que en la actualidad están sometidas a procesos tecnológicos muy avanzados vinculados a la producción, adaptación y mejoras en la calidad. Existe un Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), que es una organización intergubernamental independiente, de la cual el Perú se ha comprometido a ser parte, y que otorga títulos similares al de una patente de invención para quienes obtengan nuevas variedades vegetales. Pero nuestro país ya es parte

de la decisión 345 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales), de 1993, cuya función es similar a la de la UPOV, pero a escala regional. Se trata de temas vinculados a la ingeniería genética; es decir, a la posibilidad de crear artificialmente organismos nuevos a través de la combinación de genes de especies distintas, la que sería muy poco probable que se origine de forma natural.

El Perú ya ha realizado avances en esta materia en su legislación interna al definir, por ejemplo, en la Ley General de Semillas (ley 27262) —tal como ha sido modificada por el decreto legislativo 1080 de junio de 2008—, qué es lo que se entiende por obtentor, organismo transgénico o variedad nativa, entre otras definiciones. Señala también que la «variedad protegida» es la creación fitogenética inscrita en el Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas, cuyo creador posee el correspondiente certificado de obtentor otorgado por el Indecopi. La función de este organismo ha sido también reconocida en el decreto legislativo 1060 que regula el Sistema Nacional de Innovación Agraria, pues forma parte de su composición el Indecopi, en cuanto es el organismo del Estado encargado de la protección y difusión de los derechos intelectuales en materia agraria.

Durante los últimos años, se han hecho avances muy importantes a nivel mundial sobre el conocimiento de los mecanismos de la herencia y en particular de la estructura de los cromosomas, dando lugar al surgimiento de grandes compañías de semillas mejoradas, que se ofrecen en paquetes agronómicos basados en el uso intensivo de insumos y que tienen conexión con empresas transnacionales farmacéuticas y de agroquímicos, así como a la creación de un nuevo tipo de cultivos: los transgénicos. Mientras el mundo de las semillas, al momento del descubrimiento de América y la conquista del Perú, era absolutamente libre y se debía al trabajo centenario de los campesinos, ahora han pasado a ser una mercancía más en una economía mundial dominada por las empresas transnacionales, las que obtienen certificados de obtentor que les permite tener exclusividad temporal y poder recuperar las inversiones realizadas en la investigación (Andaluz, 2006, p. 184)⁶⁹.

Es preciso reconocer que muchas pueden ser las ventajas que se deriven del uso de las nuevas variedades vegetales o animales, tanto desde el punto de vista de la salud como de la alimentación y el medio ambiente, pero también pueden ser muchos los inconvenientes y los riesgos; por ejemplo, las preocupaciones causadas en varios países por la encefalitis espongiiforme de los bovinos (vacas locas).

⁶⁹ Andaluz considera que las plantas o animales creados a partir de la manipulación genética son organismos transgénicos o genéticamente modificados.

Hay animales, bacterias y plantas transgénicas, cada una con un uso distinto. Así, los animales se utilizan especialmente en la investigación realizada en los laboratorios y las bacterias, para producir proteínas y otros productos. Sin embargo, la aplicación más importante de la ingeniería genética tiene que ver con las plantas, habiéndose obtenido algunas resistentes a plagas, con distinta composición química o con características fisiológicas diferentes a las normales (resistentes, por ejemplo, a condiciones ambientales adversas). Dentro de las innovaciones de mayor importancia se encuentran la creación de plantas cuyas semillas se autodestruyen, lo que tiene por objeto obligar a los productores a comprar todos los años la semilla producida por las grandes empresas y tener que adquirir diversos agroquímicos producidos por ellas mismas. En la realidad económica, se ha producido un proceso de concentración empresarial en esta área que hace que muy pocas empresas tengan un control casi total del comercio mundial de alimentos, productos químicos y farmacéuticos, lo que sin duda puede poner en riesgo la seguridad alimentaria de los países. Este fenómeno ha producido un movimiento contrario a esas concentraciones empresariales, habiendo tenido éxito algunas organizaciones de consumidores al presionar para que determinados establecimientos comerciales (como las cadenas de supermercados) hayan decidido no vender productos derivados de organismos vivos modificados o transgénicos.

La estrategia de estas grandes corporaciones transnacionales es la uniformidad genética —es decir, grandes extensiones de un solo cultivo—; pero es absurdo suponer que una tecnología homogénea pueda tener un comportamiento adecuado en un conjunto de situaciones ecológicas y culturales diferentes. Adicionalmente, esa estrategia desplaza a variedades locales de gran valor que terminan desapareciendo y los conocimientos tradicionales a ellos vinculados. De otro lado, no se conoce con precisión los riesgos de la salud humana, pues muchos de los genes en uso hoy en día no habían formado antes parte de la dieta humana y, además, ya se han producido algunos efectos negativos que podrían aumentar en el futuro.

El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a su saber tradicional se encuentra recogido en numerosos instrumentos internacionales; entre ellos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que declara, en su artículo 31, los derechos de los pueblos originarios a sus recursos genéticos, conocimiento y propiedad intelectual. Lo que sí es vinculante es el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú, que obliga a que los Estados aseguren la participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisión cuando los afecten. En el ámbito regional, la CAN ha sido pionera en la adopción de medidas de protección al conocimiento tradicional; en efecto, la decisión 391 de 1996 exige el consentimiento informado previo para aprobar contratos de bioprospección cuando

involucren el uso de conocimientos tradicionales. Todos los países miembros de la CAN han puesto en vigencia normas relativas a esa protección.

La puesta en valor de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas se ha acrecentado especialmente por el hecho de que las nuevas invenciones biotecnológicas se apoyan de manera significativa en ellos, siendo esta materia para el Perú de especial interés, dado su condición de país megadiverso y con importante población indígena u originaria con conocimientos tradicionales. El debate se concentra en el diseño de un sistema legal que reconozca el valor actual y potencial de esos conocimientos tradicionales acumulados y depositados en los pueblos indígenas, sin que ello desaliente a la investigación científica asociada a los recursos naturales. Este es un tema vinculado, sin duda, a la dignidad de la persona y al derecho fundamental a la identidad étnica y cultural que el Estado protege, así como a los artículos 66, 67, 68 y 69 de nuestra Constitución referentes al ambiente, los recursos naturales y la conservación de la diversidad biológica.

Los conocimientos tradicionales se manifiestan en el uso de plantas medicinales, técnicas para curar enfermedades, conocimientos sobre cultivos y sus propiedades nutricionales, entre otros, que constituyen un soporte vital para el sostenimiento de los pueblos indígenas y sus posibilidades de adaptarse a cambios ambientales, creando un patrimonio intangible libre de influencias exógenas impuestas por las presiones de la economía y la política. Pero no solamente tiene importancia inmediata para los pueblos indígenas, sino que su impacto ha sido grande en la agricultura y en la medicina moderna. Así, el 25% de las drogas modernas contienen al menos un compuesto derivado directa o indirectamente de plantas, muchas de las cuales han tenido un uso tradicional a nivel de los pueblos indígenas, dando lugar a cantidades muchas veces millonarias en sus transacciones (Caillaux & Ruiz, 2005, p. 193 ss.).

La protección legal de los conocimientos tradicionales se plantea en la actualidad en términos de protección defensiva y positiva. La primera ha llevado a los países a adoptar medidas legislativas que pretenden verificar la procedencia legal de esos conocimientos, incluidas en los sistemas de propiedad intelectual, que exigen a la persona que solicita una invención que demuestre haber accedido legalmente a los recursos genéticos o biológicos utilizados, siendo un ejemplo claro de ello la decisión 486 (Régimen Andino de Propiedad Industrial). La segunda se refiere a la creación de regímenes jurídicos *sui generis* que establecen derechos específicos para asegurar los intereses de las comunidades indígenas, para compensarlas y garantizarles un cierto control sobre sus conocimientos; es el caso de la ley 27811, de 2002, régimen especial de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas asociados a la diversidad biológica, a los que considera como inalienables e imprescriptibles.

Asimismo, la ley 28216, de 2004, de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, ha creado una comisión nacional multisectorial para la prevención de la biopiratería, la que tiene por funciones identificar y efectuar el seguimiento de las solicitudes de patentes de invención concedidas en el extranjero, relacionadas con los recursos biológicos o conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

Estos temas tienen especial importancia al momento de determinar el contenido de los tratados de comercio bilaterales, pues en ocasiones buscan minimizar su importancia o eliminar cualquier mención o exigencia vinculada a los conocimientos tradicionales y persiguen aplicar estándares internacionales y extranjeros a realidades ajenas o que no contienen normas específicas sobre esta materia⁷⁰.

Como ya hemos señalado, es preciso reconocer que el Perú y la CAN se encuentran dentro de los países pioneros que han buscado soluciones jurídicas para estos temas, pero cuyo seguimiento y puesta en práctica implica no solo una decisión de tipo político y jurídico, sino también una planificación adecuada y una inversión de recursos considerable, razón por la cual debería constituirse en una política de Estado. Algunos de los temas vinculados a esta materia son de especial dificultad y dan lugar a continuos debates: la determinación de lo que se considera el consentimiento informado previo; la determinación de qué conocimientos tradicionales son compartidos entre los diversos pueblos indígenas y cuáles han caído ya en el ámbito del dominio público; la determinación de cómo compensar y asegurar el mantenimiento de los conocimientos tradicionales; cómo evitar su pérdida, etc. En verdad, la protección de los conocimientos tradicionales, tanto por su importancia económica como cultural, no es solo un tema de interés para los países originarios o megadiversos, sino de una obligación insoslayable de la comunidad internacional (Caillaux & Ruiz, 2005, p. 218).

Son muchas las ventajas de utilizar recursos genéticos y conocimientos tradicionales para el desarrollo de nuevos productos, así como las mayores probabilidades de éxito en las investigaciones cuando se parte de su conocimiento; es ello lo que explica el interés por acceder a esos recursos y conocimientos. Cuando se accede a ellos sin respetar los derechos de los países de origen de los recursos o de los pueblos indígenas titulares, es cuando se habla de piratería (Venero, 2005, p. 219 ss.). De esta forma, la biopiratería comprende actividades que se realizan sin reconocer los derechos colectivos y sin tener en cuenta el aporte y valor de los recursos y conocimientos generados y conservados por las comunidades locales (Andaluz, 2006, p. 191). La normativa aplicable para combatirla es el Convenio sobre Diversidad Biológica antes citado (artículos 8 y 15), la decisión 391 de la CAN de 1996 que establece un régimen común sobre el acceso a los recursos genéticos, así como la ya citada ley 27811.

⁷⁰ Para un análisis crítico de esa situación, puede verse Roca y Pajares, 2016, p. 405 ss.

Muchos son los casos que se han presentado ya de biopiratería. Tenemos el caso de la maca, que es una planta nativa de la sierra peruana cuyos efectos sobre la fertilidad son conocidos y que dieron lugar a unas patentes en Estados Unidos a nombre de Pure World Botanicals Inc. en los años 2001, 2002 y 2003, la que motivó la convocatoria de expertos por parte del Indecopi que demostraron que no había procedido concederla. Otro caso es el del uso de raíces de *uncaria tomentosa* o uña de gato, también concedida en 1989 por la Oficina de Patentes de Estados Unidos. Estos y otros casos dieron lugar a que se tomara conciencia del problema a nivel internacional y se buscara una legislación que protegiera los conocimientos tradicionales en la biodiversidad⁷¹.

Por esos motivos, se ha propuesto que, en las leyes referidas a patentes de invención, se exija como requisito de una solicitud señalar cuál es el recurso genético usado o el conocimiento tradicional correspondiente, así como el consentimiento por parte de las poblaciones indígenas. También se discute internacionalmente la protección legal a la base de datos que puede afectar de forma negativa las posibilidades de utilizarlos y contribuir al proceso general de creación e investigación científica, particular pero no exclusivamente en el campo de la biodiversidad, enfrentando a los movimientos que intentan la privatización del conocimiento en todos los ámbitos (ver Ruiz Müller, 2006, p. 173 ss.).

Por último, es pertinente referirnos, con relación a la biodiversidad, al mandato constitucional del artículo 68 de la Constitución de promover la conservación de las áreas naturales protegidas (ANP). El artículo 1 de la ley 26834 (Ley de Áreas Naturales Protegidas), que es de desarrollo constitucional, las define como:

Los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país.

Las áreas naturales protegidas constituyen patrimonio de la Nación. Su condición natural debe ser mantenida a perpetuidad pudiendo permitirse el uso regulado del área y el aprovechamiento de recursos, o determinarse la restricción de los usos directos.

⁷¹ Un caso reciente de gran interés fue el rechazo de la patente neem por la Oficina Europea de Patentes en 2005. Las semillas del árbol neem, que crece en países de África, Asia, América Central y del Sur, es un recurso muy utilizado en la India, siendo sus aplicaciones como fungicidas e insecticidas para el sector agrícola, remedio contra enfermedades cutáneas, resfriados, medio anticonceptivo o material de construcción. Su componente químico más conocido es el azadirachtin. Este ha sido el primer caso que la Oficina Europea de Patentes ha anulado por completo una invención basada en un recurso biológico, fundamentalmente por ausencia de actividad inventiva (ver Vilches Armesto, 2007).

El artículo 4 de la misma establece que las áreas naturales protegidas, con excepción de las áreas de conservación privada, son de dominio público y no podrán ser adjudicadas en propiedad a los particulares. Cuando se declaren áreas naturales protegidas que incluyan predios de propiedad privada, se podrá determinar las restricciones al uso de la propiedad del predio y, en su caso, se establecen las medidas compensatorias correspondientes. La administración del área natural protegida promoverá la suscripción de acuerdos con los titulares de derechos en las áreas para asegurar que el ejercicio de sus derechos sea compatible con los objetivos del área.

Las áreas naturales protegidas a que se refiere al artículo 22 de la ley⁷² conforman, en su conjunto, el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), a cuya gestión se integran las entidades públicas del gobierno nacional, gobiernos descentralizados de nivel regional y municipalidades, instituciones privadas y las poblaciones locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente, en la gestión y desarrollo de estas áreas, conforme al artículo 6.

En el fundamento 53 de la STC Exp. 3343-2007-AA (caso Cordillera Escalera), se reitera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido que la obligación de conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas implica que los actos que puedan representar un nivel de riesgo para dichas áreas requieran, para efectos de su aprobación, una participación conjunta de los distintos organismos estatales que tienen por función su conservación y protección; de modo tal que, mediante labores preventivas, dicho riesgo quede reducido al mínimo (STC Exp. 0021-2003-AI/TC).

Finalmente, cabe indicar que, hasta hace solo unos pocos años, el tratamiento jurídico a los recursos biológicos, los conocimientos tradicionales y las áreas naturales protegidas era escaso, sino inexistente. Sin embargo, su importancia humana y económica, así como graves problemas referentes a la protección de la naturaleza, han hecho que ahora proliferen las normas nacionales e internacionales sobre la materia, pero que también que abunden intereses de distinta índole, muchos de ellos vinculados a empresas transnacionales, con el fin de aprovecharlos. Ello explica la preocupación de académicos y políticos sobre cómo enfrentarlos y, como consecuencia, que el tema también se discuta a nivel constitucional, lo cual adquiere singular importancia entre nosotros al ser el Perú un país de grandes recursos naturales, singular riqueza biológica y amplios conocimientos tradicionales en manos de su población aborigen.

⁷² Son categorías del SINANPE: parques nacionales, santuarios nacionales, santuarios históricos, reservas paisajísticas y refugios de vida silvestre.

Nuestro país tiene una importante tarea por desarrollar una política al respecto. Como ha señalado Santiago Roca:

El Perú puede transitar hacia el diseño y la implementación de una política nacional sobre biodiversidad y propiedad intelectual que pondere, en forma balanceada: a) la creación de valor y el aumento de la productividad mediante el desarrollo de productos y la distribución justa de los beneficios entre todos los que participan en la cadena de valor; b) el cuidado y la protección de la mayor cantidad posible de áreas naturales protegidas; c) la integración de la diversidad biocultural teniendo en mente la formación de la Nación y garantizando la interacción entre ecosistemas, cosmovisiones y grupos humanos diferentes; d) el desarrollo de saberes y conocimientos que promuevan la integración del episteme tradicional y científico, la absorción y transferencia de tecnología y la utilización del sistema de propiedad intelectual como instrumento para resolver las fallas de innovación y para relieves las expresiones culturales oriundas y sus características y costumbres sociales y geográficas; y, e) la articulación de los recursos de la biodiversidad a las potencialidades y necesidades exógenas o del exterior. Mención especial merece la necesidad de una agresiva política pública que defienda al país contra la biopiratería. En todo esto hay que balancear de manera adecuada la interacción entre el Estado y el mercado, mejorando la productividad de las actividades económicas; entre el trabajo y el capital, valorando en forma adecuada la contribución y la recompensa para cada uno de ellos; y entre el sector público, la sociedad, la academia y el sector privado, para generar fuerzas sinérgicas y propagadoras de la actividad económica, social y cultural (Roca, 2016, p. 515).

CAPÍTULO 18

FORMAS DE INTERVENCIÓN ECONÓMICA DE LA ADMINISTRACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El primer antecedente del rol del Estado en la economía lo encontramos en el artículo 4 de la Constitución peruana de 1920, el cual proclamó que este tenía como fin «atender al progreso moral e intelectual, material y económico del país».

El artículo 58 de la Constitución peruana de 1993 declara que, en el marco del régimen económico de la economía social de mercado, el Estado cumple los siguientes roles: «[...] orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

Por su parte, el diccionario de la RAE define «orientar» como «dirigir o encaminar alguien o algo hacia un fin determinado», en tanto que actuar significa «poner en acción».

A nuestro juicio, el texto fundamental está consagrando el principio de la rectoría del desarrollo por parte del Estado. Así, el Estado social está habilitado a promover, fomentar, regular y planificar la acción de la Nación hacia los grandes objetivos del desarrollo, mediante las diversas formas de intervención administrativa económica, así como los instrumentos de políticas macroeconómicas.

Además, tiene como fines socioeconómicos actuar directamente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, las que se constituyen en áreas estratégicas y prioritarias del desarrollo económico de la Nación.

En este capítulo, nos referiremos a las formas de intervención administrativa económica y, para ello, partiremos de la clásica división tripartita (policía, fomento y servicio público) que se atribuye a Jordana de Pozas (1951). Se agrega a estas la intervención mediante la regulación económica de las fallas del mercado, así como la planificación del desarrollo. La actividad prestacional del servicio público, dada su especial relevancia como fin social del Estado constitucional, será estudiada en el capítulo 19.

Por último, incluiremos en este capítulo el estudio de la atribución presidencial de intervención extraordinaria mediante los decretos de urgencia en materia económica y financiera.

2. EL PODER DE POLICÍA Y SU EVOLUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La Administración encuentra en la policía un título expreso de intervención y su actividad se conoce entonces como «poder de policía», concepto tan proteico como el de «orden público», sobre el que se construye y por el que se justifica el uso de la coacción. El orden público, dice Martín Retortillo (1991, p. 180 ss.), es el concepto determinante y legitimador de la autoridad administrativa de policía, estando la evolución de esta última en función, a su vez, de aquella que experimenta el concepto de orden público, el cual es el determinante del contenido y alcance de aquella. A esta actuación administrativa de limitación y ordenación de la actividad privada se sumará, en determinados momentos, la actividad de prestación. Ahora bien, la actividad administrativa de policía se proyecta y remite al mantenimiento de un orden público económico; es decir, al normal funcionamiento del sistema económico. Se ha utilizado para la limitación de las libertades, lo que afecta la autonomía de la voluntad de los agentes económicos mediante la restricción de sus decisiones y acuerdos (Rivera Ortega, 2001, p. 144).

Sobre la definición de poder de policía, acudimos a Garrido Falla, quien lo conceptúa como «aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de interés público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio en su caso, de la coacción sobre los mismos» (Garrido Falla, 1986, p. 171).

Santamaría Pastor estudia la evolución del concepto desde el absolutismo hasta el Estado constitucional. La idea de un poder de policía, ejercitable sin autorización legal específica, se mantuvo vigente de hecho en el estado de derecho, situación que critica el autor, quien prefiere superarlo y asumir el concepto de actividad de ordenación, basada en los principios de carácter formal: reserva de ley y especificación, así como en los principios de carácter material: proporcionalidad y *pro libertate* (Santamaría Pastor, 2004, pp. 246-253).

Gordillo nos recuerda los caracteres clásicos del poder de policía en el Estado liberal: solo se justifica la restricción de los derechos de los individuos en tres supuestos: seguridad, salubridad y moralidad (Gordillo, 2003, V, p. 7). Esa caracterización clásica se manifiesta en el artículo 59 de la Constitución peruana de 1993 como límites a las libertades económicas. El autor también es crítico de la noción del poder de policía por su origen autoritario (2003, V, p. 21); sin embargo, reconoce que

los bienes jurídicos que tutela se han expandido con el Estado social y democrático de derecho que procura el bienestar general: la tranquilidad pública, la confianza pública, control de pesas y medidas, prohibición de hacer envases engañosos, la defensa del usuario y del consumidor, la estética pública, el decoro público, la seguridad social, la protección contra la minoridad, contra la explotación, la diversión y el entretenimiento públicos, la libertad de tránsito y desplazamiento, entre otros (2003, V, pp. 7-10).

Es muy relevante que actualmente se ha retomado la noción del poder de policía en el derecho administrativo global y en el derecho internacional de inversiones. Como señala Hernández González:

El derecho a regular es también conocido, en este ámbito, como «poder de policía», esto es, como el poder del Estado sede de restringir el ejercicio de la actividad económica del inversor, a fin de atender a cometidos de interés público, como la defensa del medio ambiente y de salud. El ejercicio del poder de policía no es, en sí mismo, contrario al TBI. Tampoco se cuestiona que el Tratado pueda limitar ese poder de policía a través de los estándares de protección del inversor, cuya violación puede ser declarada por el Tribunal Arbitral. El punto del debate, más bien, se centra en determinar cuál es el ámbito que puede tener el control jurisdiccional ejercido por el Tribunal Arbitral, o lo que es igual, la necesidad de reconocer un «margen de preferencia», conforma al cual, el Tribunal Arbitral, en ciertos casos, debe considerar que el poder de policía del Estado sede no resulta contrario a los estándares de protección, sin que pueda sustituirse en la valoración y decisiones del Estado sede con ocasión del ejercicio de ese poder de policía (Hernández González, 2016, p. 156).

Cabe citar a la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-873, del 4 de noviembre de 1999, sobre la transformación de la noción de policía en un Estado social de derecho:

La noción clásica de poder de policía en el Estado social de derecho, entendida como la facultad de las autoridades administrativas, titulares de este poder, para establecer límites a los derechos y libertades de los administrados con el fin de conservar el orden público —definición de policía administrativa—, pasa a convertir ese fin —la defensa del orden público— en un medio. En donde el poder de policía, hoy, ha de buscar no la limitación de los derechos y libertades de los individuos que habitan en el territorio, sino el efectivo ejercicio de estos. En otros términos, el poder de policía ha de mirar más hacia la realización de los derechos y libertades individuales que a su limitación. En donde la preservación del orden público deja de ser un fin para convertirse en el medio que permite el efectivo ejercicio de aquellos. Orden público constituido por las clásicas nociones de seguridad,

salubridad y tranquilidad. La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo, sino como un conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad, que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y límite del poder de policía.

Nuestra posición disiente de los críticos liberales del poder de policía. A nuestro juicio, se debe rescatar la noción de aquel como un instrumento para la consecución del bienestar general que en nuestro ordenamiento es un fin primordial del Estado —conforme al artículo 44 de la Norma Suprema—, así como un medio para garantizar, como fin del Estado, la efectiva vigencia del valor superior de la dignidad de la persona humana.

3. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO COMO PROMOCIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO

Como se ha desarrollado en el subcapítulo inicial, los mandatos de fomento que la Constitución encomienda al Estado son muy diversos: es su deber promover el desarrollo científico y tecnológico del país (artículo 14); 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); además, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona y promueve la integración nacional (artículo 17); fomenta, conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del patrimonio cultural de la Nación (artículo 21); también 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); es su deber primordiales promover el bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44); promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades (artículo 59); y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales (artículo 67). 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); además, el Estado fomenta el ahorro (artículo 87) y apoya preferentemente el desarrollo agrario (artículo 88).

La actividad administrativa de fomento a la que nos vamos a referir es la relacionada directamente con el estímulo al desarrollo económico: los medios fiscales, las subvenciones y la construcción de obras de infraestructura.

Acudimos a Garrido Falla, quien conceptúa a la actividad de fomento en los siguientes términos: «[...] aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen» (1986, p. 330).

Santofimio sostiene que la actividad de fomento resulta inherente a la actividad administrativa, en la medida que implica el desarrollo concreto y efectivo de las políticas de presencia estatal en la promoción del desarrollo social y la generación de oportunidades propias de todo Estado social. Señala que se materializa a través de la adopción de medidas económicas, tales como primas, subvenciones, desgravaciones fiscales, empréstitos, líneas de crédito, incentivos a la industria, al comercio; asimismo, en decisiones de carácter jurídico mediante el otorgamiento de concesiones, privilegios, explotaciones por sujetos privados (Santofimio Gamboa, 2004, p. 41).

Martín Retortillo resalta la relevancia en la actualidad de los incentivos económicos como modalidad de fomento de la actividad privada:

Son uno de los procedimientos más eficaces de promoción de la iniciativa económica privada; también, y no se olvide auténtico cauce a través del que los poderes públicos orientan y corrigen el sistema de mercado en una determinada dirección. Junto a ello, hay que recordar que simultáneamente habilitan a la Administración para ordenar, dirigir y controlar esa actividad económica por lo que se refiere a su acomodación a los objetivos a alcanzar, quedando los beneficiados por esta actividad condicionados por el logro de estos fines y obligados a realizar precisamente las actuaciones que justifican su otorgamiento (Martín-Retortillo, citado por Parada, 1996, p. 469).

Destacan, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, los medios fiscales como técnicas de fomento: el establecimiento de exenciones o desgravaciones tributarias o arancelarias o de regímenes excepcionales favorables en la regulación de determinados tributos (Santamaría Pastor, 2004, p. 352). Aun cuando son muy criticadas por vulnerar la ortodoxia fiscal al constituir privilegios, siguen siendo utilizadas en nuestro ordenamiento. Ha sido el caso de las devoluciones y exoneraciones del impuesto general a las ventas e impuesto selectivo al consumo en la Amazonía.

Así, el párrafo *in fine* del artículo 79 de la Constitución peruana de 1993 prevé que, solo 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.

La Norma Suprema prevé los medios fiscales para la promoción por el Estado de actividades educativas privadas. Así, el artículo 19 establece que las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación de la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo o indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes. Asimismo, prevé que las donaciones y becas con fines educativos gozarán de exoneración y beneficios tributarios en la forma y dentro de los límites que fije la ley.

Las transferencias directas de capital a través de las subvenciones son definidas como donaciones dinerarias de carácter modal destinadas a promover fines o actividades de interés público (Santamaría Pastor, 2004, pp. 355-356).

En el segundo párrafo del artículo 17 de la Norma Suprema, se dispone que, con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa y en favor de quienes no pueden sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

Finalmente, dentro de las técnicas de fomento, debemos referirnos a la utilización de la inversión pública para la construcción de infraestructuras de gran relevancia para el desarrollo económico y social, que puede ser asumida por el Estado mediante obra pública (Rivera Ortega, 2001, p. 153). En nuestra legislación, también se contempla que el Estado pueda cofinanciarlas con recursos públicos en el marco del régimen jurídico de las asociaciones público-privadas.

Asimismo, se debe destacar el régimen de obras por impuestos regulado por la ley 29230, mediante la cual se incentiva a los particulares a participar en proyectos de inversión pública, constituyendo una clara manifestación de fomento administrativo (Sánchez Pavis, 2016, p. 293).

En el Perú, la actividad administrativa de fomento, en su modalidad de construcción de infraestructura mediante la obra pública, se inició con el Ministerio de Fomento y Obras Públicas, creado por la ley del 22 de enero de 1896, durante el gobierno de Nicolás de Piérola (1895-1899), cuyo primer titular fue el ingeniero Eduardo López de Romaña, quien luego fuera presidente de la República. En su origen, se dedicó a las obras públicas, el desarrollo de la industria y la gestión de las actividades de beneficencia.

En 1968, durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, el Ministerio de Fomento y Obras Públicas cambió su denominación a Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Durante el fujimorato (1990-2000), fue fusionado con el Ministerio de Vivienda y Construcción por el decreto ley 25491. Luego de diez años, en un nuevo proceso de reestructuración del Estado, se separaron ambos sectores por la ley 27779.

4. LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Como sabemos, las normas conducen el Estado moderno y ordenan la sociedad; ellas son la expresión jurídica de valores y fines políticos, las mismas que garantizan y regulan los derechos individuales y sociales, públicos y privados. En este sentido, puede afirmarse que la actividad estatal es jurídica y que la Administración, como ejecutante de unas políticas enmarcadas en normas jurídicas, en leyes, puede actuar ejerciendo una atribución que puede estar reglada, si se trata de una conducta pre-determinada por la norma, o puede hacerlo en forma discrecional, cuando tenga libertad para elegir el curso de acción o la manera de ejecución (Dromi, 1995, p. 144).

Así como en la Europa del siglo XVIII, el derecho natural determinó las construcciones jurídicas, ha sido lo económico el rasgo distintivo inspirador y transformador de buena parte del derecho en los siglos XIX y fundamentalmente en el XX. En efecto, han sido aquellas ramas vinculadas a lo económico las que han servido de motor para las transformaciones, condicionando y proyectándose en todas las instituciones jurídicas. Esa regulación se encuentra integrada tanto por normas privadas como públicas y se expresa en los ámbitos del derecho civil patrimonial, del derecho mercantil, del derecho de la competencia, del derecho administrativo económico, del derecho penal económico, del derecho constitucional económico y, entre otros más, del derecho internacional económico.

Existen muchas definiciones sobre lo que se entiende por «regulación» en el ámbito económico-jurídico. Por ejemplo, G. Yarrow dice que es «toda actividad del gobierno, o de los organismos dependientes de él, encaminada a influir en los comportamientos mediante la implantación de normas que orienten o restrinjan las decisiones económicas» (Serna, 1995, p. 41, n. 32). Por su parte, A. Cuervo dice que es «el conjunto de reglas y normas que da la autoridad política, el Poder Legislativo y, en su caso, el Ejecutivo, para conformar la acción de una empresa o un mercado según unos principios que se consideran correctos o justos; cual pudiera ser el comportamiento competitivo o las que permiten alcanzar fines de política económicas y sociales» (Serna, 1995, p. 41).

Por su lado, B. Mitnick (1989, p. 21 ss.) encuentra que el elemento central de la regulación es «una interferencia» —es decir, una desviación de lo que ocurriría de otra manera—, la cual puede dañar el desempeño de una actividad o mejorarlo. La interferencia puede ser intencional y directa, o también lateral («externalidad», en el lenguaje económico); pero en ambos casos tienen como efecto restringir la elección del agente económico de cómo realizar su actividad. La restricción intencional proviene de una entidad generalmente estatal, que no es parte directa de la actividad; y el regulado es usualmente «privada». El propósito u objetivo de la misma —es decir,

la «intención» del regulador— es que el o los regulados alcancen una meta, para lo cual estarían bajo «vigilancia» con respecto a una regla o estándar que responde al interés público. Dice Mitnick que la regulación es «la política administrativa pública de una actividad privada con respecto a una regla prescrita en el interés público» (1989, p. 26).

Ariño, por su parte, indica que regulación «es aquella actividad normativa en la que el Estado condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos de la actuación de los agentes económicos. En este tipo de actuación se inscribe la legislación laboral, industrial, medio-ambiental, arancelaria o de regulación económica» (1993, p. 50). A continuación, este mismo autor hace una distinción usual en España que también nos podrá servir: en efecto, esa regulación puede ser «externa», como la correspondiente al medio ambiente, cuando no entra al interior de la actividad ni predetermina las decisiones empresariales; pero puede también ser interna, denominada de «regulación económica», cuando afecta a los sectores intervenidos, como es el caso de gestión de servicios públicos por empresas privadas⁷³, donde se ingresa a terrenos como los precios o el *quantum* de producción. Al respecto, afirma (1993, p. 50) que, en su opinión, nadie ha puesto en duda la necesidad de la primera, que muy probablemente se intensificará en el futuro, pero si está puesta en cuestión la segunda, fundamentalmente en cuanto a los fines que con ella se buscan.

La regulación debe entenderse —señala Mitnick— como un «proceso dinámico de corrección», una dirección guiada, en el cual se imparten «órdenes» que se aceptan como legítimas y correctas; es decir, un proceso de ajuste de intereses públicos y privados, cuyos resultados no están determinados por adelantado. En este proceso, el regulador empleará, en proporción cambiante, normas o directivas e incentivos diversos (Mitnick, 1989, p. 27 ss.), cuya eficacia deberá determinarse por actividad o caso por caso.

Ahora bien, las tendencias actuales coinciden en que el uso de la regulación debe «ser como un instrumento al servicio del mercado, y no como su sustituto» (Mitnick, 1989, p. 60); es decir, buscan que no exista un intervencionismo excesivo y contraproducente, que la regulación económica deba ser «conforme al mercado», una regulación pensada para favorecer el funcionamiento de los mercados y no para alcanzar objetivos políticos. Pero resulta imposible soslayar que toda regulación en

⁷³ Mientras las empresas gestoras de servicios públicos fueron públicas, no hubo mucha necesidad de regular; pues le bastaba al poder público, a la administración, tomar decisiones de inversión, fijación de tarifas, etc. y asumir las responsabilidades consiguientes. Sin embargo, cuando se produce un importante conjunto de privatizaciones, vuelve a plantearse el tema de la regulación de las condiciones económicas, técnicas, etc., que deben ser cumplidas por quienes han asumido las funciones gestoras.

el ámbito económico es siempre, por definición, un sustituto del mercado (Mitnick, 1989, p. 272). En una sociedad que ha escogido como modelo el de una economía de mercado, en el que la competencia juega un rol fundamental, las características de la regulación económica deben estar orientadas a obtener los efectos benéficos y estimulantes que aquel produce y exigir lealtad, estándares de calidad y de seguridad, favoreciendo el mayor flujo informativo, castigando la publicidad engañosa, etc. y, en lo demás, dar paso a la iniciativa y a la libertad empresarial, para la más eficiente gestión de las empresas. La regulación debe ir, entonces, en el sentido de que, más que controlar a los operadores económicos, lo que debe es protegerse a la sociedad, sobre todo cuando se trate de actividades esenciales. La regulación debe tener, por estos motivos, carácter general y objetivo, evitando en lo posible todo tratamiento singular que altere las reglas, fomentando el riesgo y la creatividad y no penalizando el éxito.

Uno de los motivos que hacen necesario regular es el de armonizar intereses contrapuestos: el correspondiente al orden público económico; es decir, el relacionado al mantenimiento de un orden competitivo, muchas veces constitucionalizado (el de la empresa y el de los consumidores y usuarios). Del Estado no se puede prescindir: se dice, así, que el mercado exige Estado. En efecto, dentro de un sistema económico capitalista, tiene la competencia una relevancia fundamental al considerarse como el motor del sistema de una economía de mercado. Baylos dice de manera acertada: «La competencia encierra, ante todo, un fenómeno que se produce siempre que se manifiestan como coincidentes varias pretensiones idénticas que no pueden lograr su éxito todas a la vez» (1978, p. 225); y, cuando se realiza entre competidores, la pretensión de uno tendrá necesariamente que entrar en conflicto con la de los otros que concurren al mercado, pues las posibilidades de compra de los consumidores son siempre limitadas. Pues bien, para que pueda darse esa competencia económica, cuyos valores individuales son el desarrollo de la personalidad del empresario en el ámbito económico, quien debe alcanzar el triunfo cumpliendo ciertas reglas, y el beneficio que obtienen los consumidores al existir un sistema competitivo que le ofrecerá una más adecuada satisfacción a sus necesidades y cuyo valor social consiste en la eficacia del régimen económico mismo, deben cumplirse tres requisitos indispensables: formación autónoma de los precios, libertad de elección y capacidad de compra de los consumidores; además, que ninguna empresa pueda por sí misma —es decir, sin tener en cuenta a las demás— tomar decisiones que le son propias para su actividad en el mercado.

Pero en esa rivalidad y lucha que constituye la competencia, pueden surgir conflictos de las conductas de los competidores o fallos del mercado, ya que estamos en un régimen de competencia imperfecta o monopolística, donde no hay siempre libertad de acceso, o esta es muy difícil; o existen poderosos intereses económicos

y de otro tipo que falsean la competencia; o grandes concentraciones empresariales; o abuso de posiciones de dominio; o una decisiva influencia de empresas multinacionales de muy difícil control, etc., Todo ello exige la intervención del Estado para salvaguardar los valores individuales y sociales ya señalados. Esa intervención, cuyo propósito es hacer posible el funcionamiento eficiente del mercado que evite las fallas propias del mismo, es lo que da lugar a la regulación de la competencia, cuyas manifestaciones son las referidas al derecho *antitrust*, la disciplina de la competencia desleal, la normativa publicitaria, la protección de los consumidores, el control de las concentraciones⁷⁴, etc.; pero también la puesta en vigencia de normas que hacen que el propio Estado asuma un papel de «animador» de la iniciativa privada empresarial mediante reglas jurídicas de índole «intervencionista». Entonces, la denominada «regulación económica» resulta siendo un fruto necesario y natural del establecimiento de un modelo competitivo, pues el mercado, por sí mismo, no siempre puede cumplir con los objetivos sociales y económicos socialmente pactadas.

Así como para algunos autores (Soriano, 2004, p. 38) el derecho *antitrust* constituye una forma más de regulación, una forma de control de los poderes públicos sobre el mercado para la protección de una competencia adecuada, para otros ello no es así, pues esa rama del derecho difiere de la regulación en sus propósitos y métodos. Por ejemplo, señalan, no ordena de forma afirmativa, que una empresa se comporte de modo determinado, pues generalmente indica lo que no debe hacer para lograr sus objetivos de forma indirecta. Mientras la regulación «opera en un entorno de dirección de poderes públicos y de negociación burocrática», en el mercado competitivo controlado por el derecho *antitrust* las decisiones serán descentralizadas, pues «es una forma de acción no planificada de los poderes públicos» (Soriano, 2004, p. 39). Desde esta perspectiva, entonces, el derecho *antitrust* vendría a ser no una forma de regulación, sino una alternativa de la misma, pues en términos de Soriano:

[...] la defensa de la competencia es un instrumento de acción indirecto que opera no definiendo las conductas de las empresas en el mercado ex ante, sino corrigiendo ex post aquellas que impiden el libre juego de la competencia adecuada. Se coloca, en este sentido, como el juez constitucional, no en una posición beligerante de acción

⁷⁴ En un sentido más estricto y menos general, el derecho de la competencia persigue, en las previsiones legislativas y administrativas, que la libertad de empresa se realice y no se destruya, sea por abuso de uno de los operadores o por acción concertada de todos y alguno de ellos. Se identifica así, únicamente, con el derecho *antitrust* y no con las otras ramas citadas y, desde esta perspectiva, es puro derecho administrativo —no mercantil— sancionador. Cuando se aplican regímenes de excepción que liberan a uno o varios operadores del régimen de competencia, nos encontramos también en un supuesto clásico del derecho administrativo, como no menos administrativa es la actuación preventiva sobre el mercado a fin de evitar concentraciones monopolísticas de capital (ver Soriano, 1998, pp. 39, 55).

de intervención constante y permanente, sino en una posición vigilante de que todos los actores, económicos en este caso, actúen de conformidad con las reglas establecidas, genéricas también como las constitucionales (Soriano, 2004, pp. 39-40).

Ahora bien, el derecho *antitrust*, inclusive en su visión omnicomprendiva de conductas empresariales en el mercado, no puede suprimir la denominada —en sentido amplio— regulación económica, por la sencilla razón de que existen determinados ámbitos en que su operatividad no conseguirá sus objetivos y es entonces necesario que, mediante la regulación, se promuevan condiciones de mercado más favorables o que, en determinadas situaciones, se coadyuve a la «creación» del mercado. En efecto, vivimos en un modelo de competencia imperfecta en el que no se da siempre aquella asunción del derecho *antitrust* en virtud de la cual la competencia hará posible una mejor asignación de recursos, o una mayor eficacia productiva, y un incremento en la innovación. Hay situaciones en las que el derecho *antitrust* no puede mantener un mercado competitivo, como son los casos de monopolios naturales o cuando la competencia no asegura determinadas finalidades sociales (Soriano, 2004, p. 37).

Pero existen también otras razones para la existencia de regulación económica. En efecto, las profundas transformaciones ocurridas en las sociedades modernas, con la subsecuente acumulación de grandes masas humanas en las ciudades —las que «tienen derecho a exigir» la satisfacción de necesidades muy variadas, tales como vivienda, transporte, energía, etc.—, han transformado el rol tradicional del Estado y también su relación con los individuos para que estos puedan, en lo posible, hacer real su libertad. La regulación económica en nuestros días es entonces también fruto de la necesidad de reglamentar y prever prestaciones —estatales o privadas— sobre las que el ciudadano ya no puede escoger, sino que debe aceptar, convirtiéndose en un sujeto «cautivo» de los servicios esenciales, por lo que necesitará protección, pues se hallará frente a un conjunto variadísimo de disposiciones que regulan contratos, precios, seguros, responsabilidades, indemnizaciones, participación individual o colectiva, a lo que se adiciona la actuación de entes reguladores ad-hoc.

Entre los fundamentos de la regulación económica, la doctrina resalta las fallas del mercado. Sacristán las resume en las siguientes, que justificarían la regulación: (i) controlar el poder monopólico; (ii) controlar las ganancias o rentabilidad excesiva; (iii) neutralizar costos o beneficios excedentes (externalidades); (iv) información inadecuada; (v) competencia excesiva o destructiva; (vi) capacidad de negociación desigual; (vii) racionalización; (viii) riesgo moral subjetivo; (ix) paternalismo; (x) escasez; (xi) los problemas relativos a los bienes públicos (Sacristán, 2016, p. 89).

La regulación económica entre nosotros —la llamada «tradicional»— ha sido acusada de limitar y hasta de reservar muchas decisiones empresariales importantes, además de ser ineficiente y poco alentadora del desarrollo empresarial y tecnológico

y de haber favorecido en ocasiones una «cultura rentista», olvidándose no solo de los consumidores y usuarios, sino también de la sociedad en su conjunto al limitar o hacer desaparecer los recursos que podrían generar trabajo y riqueza. Pero las razones antes señaladas ya nos han hecho ver que la regulación económica —en un sentido amplio— no puede desaparecer. De ahí surge la extendida creencia y hasta la convicción de que en el campo económico es necesario una nueva regulación. Un ejemplo de esta última se encuentra —lo hemos dicho ya antes— en la limitación a la libertad de empresa. Esta intervención de carácter normativo sobre los mercados se ha revelado como un elemento fundamental para su protección, siendo los mecanismos utilizados en prácticamente todos los países de carácter administrativo y no puramente judicial, como hubiera podido ser⁷⁵.

Si bien existe un sector de opinión bastante numeroso en nuestros días que repulsa el intervencionismo normativo del Estado en la actividad económica, en verdad es muy escasa la que, de una forma u otra y con intensidad variable, permanece ajena a la actuación de los poderes públicos, recordando la primera y hasta elemental que comienza con las municipalidades. Por ejemplo, los cauces a través de los que se formaliza la intervención administrativa en la actividad económica privada es, de un lado, establecer disposiciones legales de distintas jerarquías, así como una serie de actuaciones concretas que la Administración debe llevar a cabo directamente durante toda la vida de la empresa —desde «autorizar» su nacimiento hasta «impedir» su terminación, pasando por diversas «autorizaciones» en su ciclo vital— y, de otro lado, por una progresiva reducción del ámbito dispositivo en las relaciones *inter-privatos*, disminuyendo sensiblemente la autonomía negocial, pues aparecen normas de obligado cumplimiento que determinan que la Administración, además de las intervenciones puntuales que debe llevar a cabo, también lo haga en ocasiones en «la vigilancia y el control del cumplimiento de todo este conjunto de normas imperativas que de modo tan fundamental condicionan las relaciones jurídicas de las empresas privadas» (Martín-Retortillo Baquer, 1988, I, p. 179).

5. LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA

La planificación económica es una técnica de intervención pública en la economía, tal como lo es también el gasto público, y suele ser parte de la «constitución económica». Es un instrumento dirigido a concretar los objetivos generales, tanto económicos como sociales, incorporados en el texto constitucional. Se le considera, con otros mecanismos de acción estatal, como un contrapeso al derecho de propiedad

⁷⁵ Para conocer de las importantes razones para que ello sea así, ver Soriano, 2004, p. 18.

y al de libertad de empresa. El debate surge en relación a cuál es el peso que al interior de todo el sistema constitucional tienen esos contrapesos, respetando el principio de libertad y los derechos fundamentales de las personas y de los agentes económicos. Así, mientras algunos consideran a la planificación como un elemento corrector del sistema económico de economía de mercado, otros la consideran como un simple elemento coordinador entre la libre iniciativa privada y la acción del sector público; en otras palabras, si opera como un límite externo a la actividad empresarial o como uno interno que se funcionaliza con y limita el ejercicio de la libertad de empresa. Ello lleva consigo que algunos interpreten a la planificación económica como una técnica de intervención ligada a condicionamientos ideológicos y económicos previos. Justamente, ha sido esa ideologización y las dificultades en su aplicación, al no poder prever los elementos que influyen en las decisiones de inversión, lo que ha llevado a devaluar su importancia y en algunos casos a desechar su aplicación, considerando que su tendencia a controlar lo que está fuera de su real alcance, se considere como un ataque a los valores intrínsecos de una economía social de mercado.

Conceptualmente, la planificación es un fenómeno que responde a un proceso de racionalización consistente en el intento de lograr determinados objetivos vinculados a actuaciones cuya realización responde a una línea de acción establecida previamente; línea de acción que supone la elección entre varias posibles opciones; es decir, las vías adecuadas para el logro de los objetivos propuestos (Martín-Retortillo Baquer, 1988, I, p. 326).

Si bien la planificación puede aplicarse a cualquier tipo de acciones y también de comportamientos humanos, incluida la ordenación de las políticas u opciones económicas a seguir por las empresas (*management*), el campo que nos interesa está referido a la acción del Estado, solo o en conjunto con otros poderes económicos, para alcanzar determinados objetivos que son consecuencia de una opción política determinada y en tanto se manifiesta a través de normas jurídicas, que adquieren en este sentido un carácter básicamente instrumental.

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

típica de los llamados países socialistas y hoy prácticamente desaparecida, de aquella otra que tiene más bien un carácter concertado, estratégico e indicativo.

La llamada planificación indicativa de origen francés fue definida como un instrumento para reducir la incertidumbre y los riesgos en el proceso económico⁷⁶. En la década de 1980, la planificación francesa se renueva bajo el régimen socialista de Mitterrand. En su exposición de motivos, la ley 82-653 (del 29 de julio de 1982), de reforma de la planificación económica, afirmaba:

La renovación de la planificación, en su contenido y en sus métodos, la preocupación por convertirla en un instrumento de una voluntad política a largo plazo, constituye la preocupación fundamental del nuevo Gobierno. Solo un Plan democrático y contractual, descentralizado en su elaboración y en sus objetivos, permitirá garantizar, al servicio de las prioridades nacionales, la cohesión y la concordancia de las alternativas del Estado, regiones, departamentos y municipios. Solo un plan con estas características podrá ofrecer a los agentes económicos todas las informaciones necesarias para el establecimiento de su estrategia, asegurar a los sindicatos y a las asociaciones y a todos los grupos que ejerzan actividades sociales y culturales la toma en consideración de sus proyectos (citado por Bassols, 1985, p. 224).

Para Oscar de Juan, la planificación es una técnica de intervención pública en la economía y se constituye en una guía orientadora de la iniciativa privada:

[...] se persigue una racionalización y coordinación del proceso macroeconómico a fin de promover un desarrollo equilibrado y adecuadamente distribuido; simultáneamente puede servir como un instrumento de control del poder económico de todos los agentes de la economía, ya sean públicos, ya privados. El plan se presenta como un faro orientador de empresario y trata de ganar su colaboración por medio de un conjunto de estímulos económicos y financieros (Juan Asenjo, 1984, p. 217).

Holland afirma que una sociedad democrática que garantice objetivos básicos de bienestar —tales como el pleno empleo, la distribución equitativa del ingreso y los servicios sociales generalizados— requiere, a través de la planificación, el control estratégico de la asignación de los recursos (1987, p. 87).

De otro lado, para el neoliberalismo conservador de Hayek —desde su obra *Camino de servidumbre* (1943, p. 78)—, la planificación en sí misma es enemiga de las libertades democráticas y del estado de derecho. En la práctica, esta tesis fue

⁷⁶ Holland (1987, p. 81) cita el título de libro de Pierre Masse, *Le plan ou l'anti-hazard*. Este autor francés señalaba que la planificación francesa procuraba una vía media que conciliaba el respeto a la libertad y la iniciativa individual con una orientación común del desarrollo.

rechazada por todos los países desarrollados, especialmente en Europa y Japón, durante el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, debido a las dificultades para contrarrestar las disparidades existentes entre diferentes sectores, regiones y clases sociales, así como por la necesidad de lograr un grado de equilibrio social, estructural y espacial en la distribución de los recursos.

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

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

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

La planificación económica es usualmente llevada a la práctica a través de procedimientos conocidos y con vieja raigambre en el ámbito del derecho administrativo; es decir, se manifiesta a través de autorizaciones, concesiones, medidas de fomento y hasta de sanciones. Pero estos procedimientos de actuación, conocidos y consolidados en el tiempo, se acompañan ahora de fórmulas y técnicas nuevas que ponen de relieve lo concertado y lo no imperativo. En efecto, como bien señala Sebastián Martín-Retortillo: «La ordenación unilateral de la realidad económica se sustituye así de forma progresiva, quizá más propiamente se complementa, con un sin fin de fórmulas convencionales de carácter bilateral: en su establecimiento y en la fijación de su alcance concurren con la Administración los propios administrados» (1988, I, p. 415).

Aparecen así fórmulas tales como los contratos de estabilidad, que han terminado generalizándose y que juegan un importante papel en algunos sectores productivos. De otro lado, fórmulas de difícil catalogación son usualmente adoptadas, como las referentes a los índices de precios que se reflejan en los ámbitos salariales, en las revisiones de los precios de los contratos de obras o en las tarifas de los servicios públicos. Esta nota de flexibilidad es lo que hace posible en la vida real la ejecución de las previsiones contenidas en los planes frente a la inevitable alteración de las circunstancias, lo que es especialmente visible cuando se consulta que los planes económicos tienen una vigencia de varios años y, por lo tanto, tienen que continuar aplicándose en un marco de cambios dinámicos, a veces de muy difícil control a nivel nacional.

Uno de los serios problemas a los que puede dar lugar la planificación es su falta del control jurídico. Se ha señalado que, de todas las modalidades de intervención pública, ninguna adolece de una falta de control tan acusada. Más aún, Oscar de Juan Asenjo (1984, pp. 218-219) señala que constituye una incógnita constitucional la actividad pública de dirección del proceso económico que se instrumenta en programas y medidas de política macroeconómica, pues ello es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, quien lo ha acaparado aduciendo razones técnicas, pues argumenta que se requiere de unos conocimientos y de una celeridad de la que no gozan otras instituciones nacionales.

Sin negar la validez de esta premisa, es necesario llamar la atención acerca del enorme poder económico que por esta vía se concentra en el Poder Ejecutivo, quedando exonerado de control y responsabilidad y dejando en manos de un grupo de tecnócratas, generalmente alejados de la actividad económica cotidiana, decisiones de gran alcance e importancia, pues al final son ellos quienes están en actitud de repartir el costo de la crisis o la suerte de los beneficios públicos y dar prioridad a un sector o región a costa de otros. Según Juan Asenjo:

Estas decisiones se toman en los despachos de los ministros asistidos por un grupo de técnicos y bajo la presión oculta, pero eficaz, de los grupos de intereses. Ni el ciudadano común, ni sus representantes parlamentarios han tenido acceso al conocimiento y control de la política económica gubernamental. Se comprende, pues, la necesidad de sacar a la luz pública el proceso de decisión de la política económica y someterlo a un control democrático (Juan Asenjo, 1984, p. 219).

Desde esta perspectiva, no puede dejarse de reconocer que aquellas decisiones económicas que afectan a toda la Nación o a parte importante de ella deberían ser adoptadas por órganos políticos representativos, tratando de superar las dificultades técnicas que usualmente se pretextan. Este problema debe enfocarse con transparencia, sobre todo durante el proceso de decisión, exigiéndose que se escuche a los representantes

de los intereses en juego. Un proceso llevado adelante de esta manera servirá para amortiguar las decisiones de política económica que se vean decididamente influidas por la presión de los grupos de interés y por los *lobbies* que los caracterizan.

En verdad, el control de la planificación económica debe plantearse como una forma de control de la actividad de la Administración Pública en general, pero referida más al ámbito económico. Este es un tema polémico, pues no parece que se haya encontrado fórmulas eficaces para hacer efectiva la fiscalización. En general, en la mayoría de los países existe una indefinición acerca de la fiscalización de la acción pública en la economía. Cabe señalar, en primer término, que el mismo procedimiento de elaboración del plan acusa dificultades, pues el control debe hacerse en cada una de sus fases o etapas, donde tienen aplicaciones diferentes procedimientos en un contexto de gran dinamismo. En consecuencia, con ello, los procedimientos de control deben estar referidos proporcionalmente a actuaciones individualizadas y a la fase de ejecución del plan; es decir, a la verificación de la concordancia y adecuación de los actos de ejecución con el plan que se ejecuta y, por cierto, con el ordenamiento jurídico. Otro tipo de fiscalización como la vinculada a provisiones económicas sociales o tecnológicas desborda el ámbito jurídico y discurre por cauces ajenos al derecho (Martín-Retortillo Baquer, 1988, I, pp. 418-419).

Señalado lo anterior, la fiscalización de la planificación económica de otro tipo puede hacerse también, pero con un carácter más político, a través de los diversos procedimientos parlamentarios (interpelaciones, mociones, preguntas, etc.); de forma más técnica, a través de controles administrativos; y, por último, a través del control jurisdiccional, aunque esta forma es muy limitada y solo puede estar referida a situaciones aisladas y concretas. También el Tribunal Constitucional puede imponer un cierto tipo de fiscalización cuando en una controversia señale los límites que la constitución económica material impone a la planificación económica, lo que puede ocurrir con medidas de carácter sectorial y con la tutela de algunos derechos económicos fundamentales. En síntesis, el control de la planificación económica se formaliza por distintas vías, que pueden ser concurrentes y complementarias.

Pero la planificación no puede ser entendida en nuestros días como un plan rígido e inamovible, más aún cuando existe un mayoritario reconocimiento a las diversas instancias políticas que tienen participación en las decisiones económicas, lo que origina un grado de complejidad y dificultad mayor.

Dado nuestro marco constitucional, en el que como ya hemos señalado se encuentra reconocida la iniciativa privada en el ámbito económico y la libertad de empresa, nos corresponde analizar el fenómeno de la planificación económica, teniendo presente el contenido de la economía social de mercado. Antes, es preciso rechazar, por simplista e interesada, aquella opción ideológica que señala que la planificación

es en su propio significado siempre antítesis de la libertad, posición que puede explicarse por el profundo rechazo que los sistemas de planificación centralizada tuvieron en algunas democracias capitalistas occidentales.

De lo que se trata más bien es de conocer y estudiar la realidad en forma desideologizada y el uso de la planificación como técnica de actuación de los poderes públicos en el ámbito económico. No cabe duda, de otro lado, que su aceptación es particularmente intensa en aquellas sociedades cuya economía debe reconstruirse de un Estado en el que parte importante de su población debe salir de la pobreza, pues en estas realidades se considera que el mercado por sí solo no puede llevar a un crecimiento estable con satisfacción mayoritaria de las necesidades de empleo. Asimismo, la complejidad comprobable de la intervención pública en la economía hace necesaria su programación y racionalización a través de la planificación, lo que constituye de esta manera un límite esencial para el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito económico.

Desde el punto de vista de la actividad privada, la planificación constituye el medio de orientación y coordinación, con el propósito que los agentes económicos tomen sus decisiones con conocimiento de causa y se encuentran enterados de la evolución previsible de las principales variables económicas y del comportamiento de otros agentes. Esta planificación está obligada a utilizar elementos adecuados al mercado y la libertad de empresa, en un ambiente en el cual se ha desregularizado varios sectores económicos y en el que se fomenta en lo posible la competencia. En síntesis, busca coordinar las fuerzas dispersas de las privadas, de los prestadores de los servicios públicos esenciales y de la iniciativa pública nacional, regional y local, así como dirigir todo el potencial económico del país al logro del desarrollo y la superación del estado de pobreza.

Este enfoque racional del fenómeno planificador no debe hacer olvidar que no constituye por sí misma una varita mágica y que puede ser utilizada, como lo ha sido históricamente en muchos casos, en forma ineficaz o con resultados exigüos. La planificación puede también en algunas sociedades construir el arma de la resurrección del corporativismo y de la alianza entre el Estado y las empresas transnacionales en contra de las empresas nacionales medianas y pequeñas. Pero ello, no debe servir para desecharla, pues hoy en día constituye una herramienta que utilizan todos los agentes económicos con mayor o menor intensidad. En algunos países, la planificación ha sido utilizada con otras técnicas de fomento, tales como los contratos-programa en virtud de los cuales encausa el proceso económico.

La inclusión de referencias a la planificación en los textos constitucionales de países democráticos pone de manifiesto su importancia y, como consecuencia de ello, una acción decidida por parte del Estado en el ámbito económico. Son diversas las

fórmulas en que esa inclusión se manifiesta, pues hay versiones que predeterminan con carácter necesario la actuación de los distintos poderes públicos y otras en las que es también posible su incidencia en las actuaciones de los agentes económicos privados.

Por ejemplo, la Constitución italiana señala con gran amplitud que «la ley determina los programas y los controles pertinentes, a fin de que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada a los fines sociales» (artículo 41.3). El artículo 34 de la Constitución francesa de 1958 establece que es competencia del Parlamento la formulación de «las leyes programáticas que determinan los objetivos de la acción económica y social del Estado»; y, en su artículo 70, que todo plan o proyecto de ley de programa de carácter económico y social debe ser sometido al dictamen del Consejo Económico y Social. Por su parte, la Constitución española, en su artículo 131, preceptúa que «el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución», debiendo el gobierno elaborar los proyectos de planificación en unión de las comunidades autónomas, los sindicatos y otras organizaciones profesionales y económicas⁷⁷.

En 1991, fue creado en España, para este fin, el Consejo Económico y Social. Bassols (1985, p. 241), al comentar este precepto constitucional, afirma que la planificación no puede significar una segunda u otra modalidad de constitución económica. En consecuencia, deberá respetar las exigencias del estado de derecho y ser compatible con la libertad de empresa a nivel de técnicas de actuación y ejecución, compatibilidad que no es necesario enunciar de forma apriorística, sino caso por caso en función del tipo de realidades y coyuntura que contemplen los respectivos planes.

En América Latina, cabe destacar que el artículo 26 de la Constitución mexicana, con la reforma de 1982, prevé la planeación democrática con la participación de los diversos sectores sociales, con el propósito de recoger las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Se afirma con ello el principio de la democratización política, social y cultural de la Nación. El ejercicio de la planeación, en todas las modalidades que la ley correspondiente prevé, queda subordinado al criterio esencialmente político que resulta de su calificación de «democrática» (Valadés, 1985, pp. 31-33). Fix Zamudio asume que esta planeación corresponde a la categoría de la indicativa, la cual solo es obligatoria e imperativa para los órganos de la Administración estatal, pero que requiere de la voluntad de los diversos sectores sociales con los cuales se concierta su incorporación al plan respectivo (1985, p. 119).

⁷⁷ La discusión y aprobación del artículo 131 fue muy debatido y polémico. Sobre ello y sobre la determinación de su contenido, pueden verse Martín-Retortillo Baquer, 1988, p. 364 ss.; Juan Asenjo, 1984, p. 209 ss.; Bassols Coma, 1985, p. 231 ss.

La Constitución colombiana de 1991 dedica el capítulo 2 del título XII («Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública»), bajo el epígrafe «De los Planes de Desarrollo», a la planificación y sus instrumentos en los artículos 339 al 344. El artículo 339 establece que habrá un plan nacional de desarrollo, conformado por dos partes: una general, que dispondrá los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno; y un plan de inversiones de las entidades públicas de orden nacional.

El artículo 340 prevé el Consejo Nacional de Planeación con carácter consultivo y de amplia conformación, pues es integrado por los representantes de las entidades territoriales, así como de las organizaciones económicas, sociales, ecológicas, comunitarias y culturales.

En Chile no existe un mandato constitucional expreso sobre la planificación. Es interesante señalar que, siendo un país regido por un modelo económico muy elogiado por los neoliberales en 1990, por ley 18989 se creó el Ministerio de Planificación y Cooperación que tiene sus antecedentes en un organismo público creado en 1967.

Las citas anteriores son solo un ejemplo de las diversas referencias al tema de la planificación económica. El texto final en cada Carta Fundamental ha sido usualmente fruto de un intenso debate, lo que revela la complejidad del tema. Y algo similar ha ocurrido en nuestro país, como veremos.

Aun cuando en América Latina existieron experiencias de planificación en periodos anteriores, esta se cristaliza en sus niveles teórico y práctico en la década de 1960, con la Alianza para el Progreso y con el aporte teórico de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (Mattos, 1987, pp. 119-121).

En el Perú, bajo la Junta Militar de Gobierno presidida por el General Ricardo Pérez Godoy, se establece el marco normativo para el desarrollo del futuro Instituto Nacional de Planificación, mediante el decreto ley 14220, en octubre de 1962, que crea el Sistema Nacional de Planificación del Desarrollo Económico y Social del Perú. En su diseño, tuvo participación directa el economista argentino Raúl Prebisch (Tantaleán Arbulú, 1994, p. 29). Es interesante destacar que este eminente economista argentino sostenía la necesidad de obtener una síntesis del liberalismo y del socialismo mediante una combinación del mercado y la planificación consagrada en consensos constitucionales (Prebisch, 1981, p. 38 ss.).

La Constitución peruana de 1979 declaraba, en su artículo 110, como fines sociales del Estado: 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. Salvo este último, todos esos fines podían estar relacionados con la planificación. La Carta Fundamental de 1979 establecía, en su artículo 111, como modalidad de planificación, a la denominada planificación concertada o por acuerdo, la que había tenido manifestaciones concreta en el siglo XX, durante el auge del Estado de bienestar, en la política oficial del Partido Laborista inglés; el Partido Socialista francés, en Bélgica, bajo influencia socialista; en Grecia, con el Movimiento Socialista Panhelénico (PASOK); en Italia, bajo la égida del gobierno de centro-izquierda (Holland, 1987, p. 81).

En el debate de la Constitución peruana de 1979, el Partido Aprista impulsó su incorporación, para lo cual retomó la tesis de Haya de la Torre del Congreso Económico Nacional, basada en el Consejo Económico de la Constitución alemana de 1919 (cfr. Pareja, 1987b). En el Partido Aprista, durante décadas, defendieron las tesis de la planificación de Carlos Manuel Cox y Luis Felipe de las Casas (Tantaleán Arbulú, 1994, pp. 17-22).

El artículo 111 de la Constitución de 1979 reconoció que la formulación de un plan de desarrollo debe comprender tanto lo económico como lo social. Está dirigido a regular la actividad empresarial del sector público en primera y principal instancia. A este respecto, debe recordarse que, a la fecha de su entrada en vigencia, existía una compleja e importante actividad de empresas públicas que representaban un alto porcentaje del PBI. Esta actividad se encontraba inclusive reforzada por el mandato de los artículos 113 y 114, referidos a la actividad empresarial del Estado y a las reservas que podían adoptarse para actividades productivas o de servicios.

Ello explica que el mencionado artículo 111 de la Carta de 1979 señalara que los planes de desarrollo no solo orientaban la actividad de los demás sectores económicos; sino que, una vez que fuera así «concertado», se volvían de cumplimiento obligatorio, con lo cual el tratamiento constitucional de la planificación económica se aproximaba a un sistema de planificación centralizado, propio de regímenes socialistas, más que a una planificación indicativa compatible con una auténtica economía de mercado. La clave se encontraba en la concertación con el sector privado. En la práctica, ninguno de los gobiernos democráticos que gobernaron bajo esta Constitución —el de Fernando Belaunde de 1980 y el de Alan García de 1985— dieron cumplimiento exacto a este mandato, aunque es necesario reconocer que la planificación mantuvo una cierta importancia a pesar de su creciente descrédito, generado por sus imperfecciones y por el avance del ideario neoliberal del Consenso de Washington.

Es común afirmar que la planificación económica solo puede ser indicativa, pues cualquier nota de compulsión se enfrenta al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse con el contenido y características de una economía social de mercado en un país en vías de desarrollo

como es el Perú. Obviamente, la planificación económica, entendida como dirección imperativa de la actividad empresarial, es contraria a nuestro sistema económico constitucional; pero hay que reconocer que dicha planificación tiene elementos vinculantes y orientadores o indicativos y que ambos pueden, en debida proporción, ser tolerables y respetar el marco íntegro constitucional. En primer término, los elementos vinculantes pueden adquirir dicha fuerza si se refieren a empresas ubicadas en el sector público, no a las que se ubican en el sector privado. Es comprensible que la planificación de corte indicativo tiene básicamente una función informadora sobre las pautas de comportamiento del sector público, lo que puede servir de orientación en la toma de decisiones por parte del empresariado privado, que están exentas de todo componente de intromisión pública. Por último, hay que recordar que la eficacia jurídica de los planes, sean vinculantes o indicativos, no se agota en su aspecto inmediato, sino que más bien busca tener consecuencias cuya influencia es de más largo plazo.

El texto original de la Constitución de 1993 guardó un silencio explicable en materia de planificación si se toman en cuenta las ideas prevalecientes en el ámbito económico y que dieron lugar a que la Constitución declare, en su artículo 58, que el Estado «orienta el desarrollo del país». Por cierto, al estipularse de esa manera, no es que el Estado dejara de tener importancia en lo económico, pues siguió teniendo importante intervención normativa y hasta empresarial, a pesar de los procesos de privatización llevados a cabo en la década de 1990. Es más, el Estado, durante el gobierno de Fujimori, siguió teniendo una inmensa intervención populista de subvención y de beneficencia en amplias capas sociales, con un claro afán político clientelista y manipulador; y en el ámbito de la gran empresa, hizo uso muy extenso de contratos-ley, brindando garantías y seguridades, de acuerdo al artículo 62 de la Constitución, lo que se constituyó en una forma indirecta de planificación económica.

La Constitución de 1993 no contiene ningún artículo similar al 111 ya citado de la Constitución de 1979, habiendo utilizado la idea de planeamiento o planificación para la organización del sistema electoral (artículo 176).

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

A nuestro juicio, esta transformación es coherente con un nuevo modelo de Estado que reconoce, en el artículo 191, la autonomía política de los gobiernos regionales y, por ende, exige un nuevo tipo de planificación económica del desarrollo.

El inciso 6 del artículo 195 prevé, como competencia municipal: «Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial». Cabe señalar que, en materia de derecho urbanístico, la planificación y regulación del uso del suelo, si fuese efectiva, convierte al propietario de terrenos en un agente colaborador de la Administración, imponiéndole, incluso contra su voluntad, el ejercicio de una actividad económica y desnaturalizando así el viejo núcleo esencial del derecho de propiedad hasta en su último reducto, que es la preeminencia de la voluntad individual en el ejercicio de las facultades de propietario (Bermejo Vera, 1994, p. 520).

El desmontaje irracional e injustificado de la actividad planificadora que llevó adelante el gobierno de Fujimori (1990-2000) trajo como consecuencia la desaparición de opciones de inversión tanto para el sector público como para el privado. En la medida que constituía un contrapeso al Ministerio de Economía y Finanzas durante la gestión del ministro Carlos Boloña, se decide la liquidación del Instituto Nacional de Planificación en junio de 1992, con lo cual se genera una de las manifestaciones más críticas del deterioro del sector público en el Perú: la pérdida de su capacidad para orientar el desarrollo. Así, se perdió el conocimiento acumulado a lo largo de tres décadas para preparar proyectos y formular planes y programas de inversión y acción gubernamental en prácticamente todos los sectores de la Administración Pública (Sagasti, Patrón, Hernández & Lynch, 1999, p. 137). Con ello, el Estado peruano estuvo desvalido frente a los organismos internacionales y el gobierno de Fujimori permitió que alguno de estos —más bien algunos funcionarios de segunda categoría pertenecientes a ellos— impusieran sus preferencias en el otorgamiento de préstamos y en el desarrollo de proyectos. Esta incuestionable realidad ha sido la que ha dado lugar a que el tema de la planificación vuelva a tener presencia en el debate, si bien en la forma y con las características que a continuación señalamos.

El expresidente del Congreso Henry Pease ha criticado el cortoplacismo de esta política, opinión que compartimos:

El cortoplacismo que se ha impuesto en Estado peruano desechó incluso esa antigua fábrica de proyectos que fue el Instituto Nacional de Planificación (INP) para hundirnos en el más tonto e inútil activismo, incapaces de mirar lejos y sumar esfuerzos públicos y privados. Ningún estado trabaja así y la persistencia de no dar el paso que significa contar con un sistema institucionalizado de planeamiento estratégico y situarlo en la Presidencia de la República condena a la política y los políticos, así como a los funcionarios públicos, a una recurrente mediocridad (Pease, 2008, p. 84).

Mediante la ley 28522, del 25 de mayo de 2005, se creó el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico (SINAPLAN), así como el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), destinado a conducir y desarrollar la planificación como instrumento técnico de gobierno y de la gestión pública, orientador y ordenador de acciones necesarias para lograr el desarrollo del país. Este sistema comprende un conjunto de órganos destinados a conducir y desarrollar la planificación concertada. Este importante instrumento de política no fue implementado por razones desconocidas, ya que este vacío debe cubrirse si se pretende una estructura productiva eficiente y un Estado representativo y descentralizado. Uno de los obstáculos para el logro de estos fines —como señalan Sagasti, Patrón, Hernández y Lynch (1999, p. 111)— es la falta de un proyecto nacional, la inexistencia de una identidad nacional, el no saber hacia dónde vamos, la falta de una estrategia global y la necesidad de objetivos comunes de largo plazo.

Cabe señalar que la mencionada ley 28522 ha sido derogada por el decreto legislativo 1088 de junio de 2008, que crea el SINAPLAN y del CEPLAN.

El Estado busca contar con un sistema nacional de planeamiento que —como señala el considerando— persiga, en una etapa inicial, el fortalecimiento institucional y la modernización del Estado. Además, señala su artículo 1 que la planificación estratégica es un «instrumento técnico de gobierno y gestión para el desarrollo armónico y sostenido del país y el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática en el marco del Estado constitucional de Derecho».

El CEPLAN es un organismo de derecho público que se constituye como órgano rector y orientador del sistema nacional de planeamiento. Son objetivos de este último constituirse como un espacio para la definición concertada de una visión de futuro, la elaboración de un plan, la promoción de programas específicos y otros más consignados en la norma. Se regula también de la estructura y funciones del CEPLAN, así como de su régimen económico y de la composición de sus órganos. El Sistema Nacional está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y el Foro del Acuerdo Nacional, que actúa como instancia de concertación cuando su intervención sea solicitada.

El SINAPLAN es un conjunto articulado e integrado de órganos, subsistemas y relaciones funcionales cuya finalidad es coordinar y viabilizar el proceso de planeamiento estratégico nacional para promover y orientar el desarrollo armónico y sostenible del país, encontrándose entre sus objetivos el orientar y definir métodos, procesos e instrumentos para articular e integrar de forma coherente la elaboración del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional. Durante los últimos años, el CEPLAN ha elaborado un conjunto de documentos que contienen lineamientos estratégicos para el desarrollo nacional y también ha convocado a reuniones con miembros de

la sociedad civil con el propósito de afinar sus propuestas. El proceso de revisión, actualización y elaboración de las políticas nacionales se encuentra regulado por el decreto supremo 029-2018-PCM. En virtud de ello, el CEPLAN brinda asistencia técnica a los ministerios del Poder Ejecutivo en el diseño, formulación, seguimiento y evaluación de las políticas nacionales; así lo ha hecho para el periodo de gobierno 2016-2021.

Entre los lineamientos prioritarios de política general del gobierno al año 2021, se encuentran cinco ejes: (i) integración y lucha contra la corrupción; (ii) fortalecimiento institucional para la gobernabilidad; (iii) crecimiento económico equitativo, competitivo y sostenible; (iv) desarrollo social y bienestar de la población; y (v) descentralización efectiva para el desarrollo. Esto fue aprobado por el decreto supremo 056-2018-PCM. A ese respecto, es preciso recordar que el artículo 4 de la ley 29158 (Ley Orgánica del Poder Ejecutivo) establece que es este quien tiene competencia exclusiva para diseñar y supervisar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno. Esa ley, además, dispone que las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos de los contenidos de las políticas públicas y los estándares nacionales que deben ser alcanzados para el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas.

Tal como viéramos al tratar el Acuerdo Nacional, es preciso recordar que la Quinta Política de Estado es la de gobernar en función de objetivos con planeamiento estratégico, prospectiva nacional y procedimientos transparentes, uno de cuyos objetivos es la creación del SINAPLAN.

Finalmente, el CEPLAN ha venido trabajando para formular una imagen del Perú al año 2030 que busca mantener un equilibrio entre el desarrollo económico y el cuidado ambiental, haciendo frente al cambio climático y otros riesgos de desastre. Se persigue que al año 2030 todos los peruanos puedan realizar su potencial y gozar de una vida próspera y plena, con empleo digno y armonía con la naturaleza, fortaleciéndose las alianzas para alcanzar el desarrollo sostenible, en correspondencia con el respeto universal de los derechos humanos. Esa visión debe ser consistente con el Acuerdo Nacional y las políticas de Estado agrupadas en torno a cuatro objetivos principales: (i) el fortalecimiento de la democracia y el estado de derecho; (ii) el desarrollo con equidad y justicia social; (iii) la promoción de la competitividad del país; y (iv) la afirmación de Estado eficiente, transparente y descentralizado.

A todo ello se suma las propuestas recientes contenidas en el documento sobre los principales ejes para impulsar la competitividad y productividad, elaborado por el Consejo Nacional de Competitividad y Formalización del Ministerio de Economía y Finanzas, en julio de 2018; así como en el Informe de Competitividad 2019 preparado por el Consejo Privado de Competitividad, de noviembre de 2018.

A pesar que la importancia e influencia del CEPLAN es diminuta y que no tiene impacto mayor en las decisiones de inversión privada, no puede dejarse de consignar lo que ocurre cotidianamente: que los líderes de opinión, tanto del sector académico como empresarial, reclaman de manera reiterada la necesidad de «planes» que sirvan de derrotero para la inversión pública, lo que debería reflejarse en el presupuesto nacional, en aquellos vinculados a las regiones y municipios, así como también para la inversión privada. Son ejemplos continuos de esas demandas la necesidad de un plan de infraestructura y de uno vinculado al campo energético, citándose como modelos a seguir los que tienen los países limítrofes de desarrollo similar al nuestro. Todo ello no hace más que poner en evidencia la necesidad de que el tema de la planificación sea tratado con seriedad y equilibrio, y no que por razones meramente ideológicas se oculte su necesidad y su vigencia democrática.

6. LA INTERVENCIÓN EXTRAORDINARIA: LOS DECRETOS DE URGENCIA

Artículo 118. Corresponde al Presidente de la República:

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

6.1. Antecedentes y debate sobre los decretos de urgencia en el Perú

En este apartado, desarrollaremos la intervención extraordinaria del Estado en materia económica a través de la potestad presidencial de los decretos de urgencia. Como cuestión previa, debemos distinguir la intervención extraordinaria de la ordinaria prevista de la rectoría permanente del Estado en el desarrollo económico del país, declarada como principio del régimen económico constitucional en el artículo 58 de la Norma Suprema.

Se afirma, como su primer antecedente en el Perú, el decreto supremo del 1 de enero de 1948, durante el gobierno democrático de José Luis Bustamante y Rivero, mediante el cual se aprobó el Presupuesto General de la República para el año fiscal de 1948 (Cantuarias Salaverry & Oquendo Heraud, 1991, p. 361).

Asimismo, se mencionan los artículos 40 y 49 de la Constitución de 1933, que previeron que el Congreso autorizara al Poder Ejecutivo a dictar normas que establecieran limitaciones a las libertades de comercio e industria, o medidas tendientes a preservar el abaratamiento de los alimentos y las subsistencias, siempre que mediaran circunstancias excepcionales de «seguridad y necesidad públicas», en un supuesto,

y de «necesidad social», en el otro. Cantuarias Salaverry y Oquendo Heraud las califican como una primera aproximación constitucional a las medidas extraordinarias del Ejecutivo (1991, p. 362). A nuestro juicio, se trata de una regulación de las emergencias económicas como consecuencia de la crisis mundial de la década de 1930.

En un inicio, se sostuvo que los decretos de urgencia tienen como antecedente la disposición del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979, el que previó la atribución presidencial de dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera con cargo de dar cuenta al Congreso. Así, en la doctrina nacional, mayoritariamente se asumió que eran normas con fuerza de ley (Cantuarias Salaverry & Oquendo Heraud, 1991, p. 382). Empero, el argumento de la interpretación histórica es concluyente. Planas, al comentar el debate constitucional en la Asamblea Constituyente de 1978, afirmó que⁷⁸:

Los constituyentes Roger Cáceres (FNTEC) y Enrique Chirinos Soto (PAP) consideraron que ambos artículos, al consagrar el decreto de urgencia, reforzaban en exceso las facultades del presidente de la República y que era conveniente suprimir el instituto. Ramírez del Villar (PPC) aceptó la supresión y así fue votada y aprobada la eliminación de los decretos de urgencia de la Constitución de 1979. Como era evidente, a propuesta del propio constituyente Enrique Chirinos Soto, también fue suprimida la mención al decreto de urgencia dentro del artículo que consignaba las atribuciones del presidente de la República [...] Queda claro, por lo tanto, que los constituyentes no solo conocieron el decreto de urgencia, sino que lo suprimieron deliberadamente (Planas, 1993a, pp. 140-141).

Durante el segundo régimen del presidente Belaunde, se inicia la práctica gubernamental de apelar al inciso 20 del artículo 211 de la Carta Fundamental de 1979, como si la Norma Suprema hubiese previsto los «decretos de necesidad y urgencia» (denominados así por la doctrina). Esta práctica fue sustentada en un informe al Congreso por el ministro de Economía Carlos Rodríguez Pastor (Planas, 1993a, p. 147). Debemos precisar que no se trató de una mutación constitucional de la Constitución de 1979, sino de una costumbre contra el texto expreso de la Constitución⁷⁹.

Es con la Carta Fundamental de 1993 que por primera vez se prevé, en el inciso 19 del artículo 118, que el presidente de la República tiene la atribución de dictar

⁷⁸ En esa misma dirección, ver Pareja Pflucker, 1987a.

⁷⁹ Hsü Dau Lin sostiene que la mutación constitucional consiste «en la incongruencia que existe en los preceptos constitucionales y la realidad. Se da, pues, una tensión entre normatividad y realidad constitucionales. Esto significa que la realidad constitucional es más amplia que la normatividad constitucional, entendiendo a esta no solo como instrumento codificado y de carácter más o menos rígido, sino también a las leyes constitucionales emanadas posteriormente, pero que no están incluidas en el texto fundamental originario» (citado por Lucas Verdú, 1984, pp. 179-180).

medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.

En la doctrina constitucional, la regulación de las situaciones de emergencia en general reviste las más diversas modalidades, según el país de que se trate, incluyendo la denominación de «dictadura constitucional» (Carpizo, 1992, p. 277). En esa dirección, en la doctrina nacional, ha sido calificada por Rubio Correa:

Se permite aquí una forma de dictadura constitucional que constituye una excepción al régimen normal de separación de poderes: debido a una situación extraordinaria, se autoriza que el Poder Ejecutivo, que detenta por sí mismo la atribución ejecutiva del Estado, haga suya por sí y ante sí (con cargo de dar cuenta al Congreso) la función legislativa. Esta es una situación de dictadura porque se unifican en un solo órgano, funciones que normalmente están separadas en varios. Es dictadura constitucional porque la Constitución la legitima (Rubio Correa, 1999, p. 360).

Cabe señalar que la Constitución peruana de 1993 prevé, al regular la disolución del Congreso, en el artículo 135, que en el periodo de interregno parlamentario, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que este se instale. Incluso podría sostenerse —para avalar políticas autoritarias— que estos decretos de urgencia a que se refiere el artículo 135 no se limitan a cuestiones económicas y financieras, como corresponde a situaciones normales, sino que pueden referirse a otras materias ajenas a aquellas.

Para Planas, se trata de una figura distinta a la dictadura constitucional. Para ello, se basó en el antecedente de la Constitución francesa de 1958 y distingue a los decretos de urgencia de los «poderes excepcionales» del presidente de la República⁸⁰:

Generalmente, se ha considerado en nuestro medio que el artículo 16 de la Constitución francesa que otorga «poderes excepcionales» al presidente de la República,

⁸⁰ Más próxima a la dictadura constitucional, están los poderes excepcionales atribuidos al presidente de la República en el inciso 15 del artículo 118 de la Constitución de 1993, con antecedente en el artículo 211, inciso 18, de la Constitución de 1979. La norma prevé como atribución del presidente «adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado». Comentando la dictadura constitucional en Francia, prevista en el mencionado artículo 16 de la Constitución de 1958, Hakansson Nieto señala que «las únicas garantías que ofrece el precepto son la reunión de pleno derecho del Parlamento y la imposibilidad de disolver la Asamblea durante este estado de excepción. El Jefe de Estado puede tomar las medidas que exigieren las circunstancias, incluso suspender las libertades públicas lo cual que quiere decir que una “dictadura temporal” es posible en Francia. Lo único que el Presidente francés no puede hacer es reformar la Constitución, aunque de hecho ya esté modificada por el ejercicio de esas atribuciones» (2001, p. 69).

es la figura más próxima al decreto de necesidad y urgencia. Pero el célebre artículo 16, que es una adaptación del peligroso artículo 48 de la Constitución de Weimar, pertenece a una figura muy distinta, conocida en la doctrina como «dictadura constitucional» [...] Más bien, dentro de la V República, la figura más próxima a los decretos de urgencia aparece como variante de esta legislación delegada, en el artículo 38. El primer párrafo del mencionado artículo establece: «El gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar del Parlamento la autorización de tomar en forma de ordenanza, durante un plazo limitado, medidas que normalmente son del dominio de la ley». Estas ordenanzas deberán adoptarse en sesión de Consejo de Ministros y «previo informe» del Consejo de Estado. Y al entrar en vigor, exigen del Gobierno enviar al Parlamento un «proyecto de ley de ratificación» antes de la fecha establecida por la ley autoritativa. De lo contrario, la ordenanza será considerada «derogada» (Planas, 1999, p. 135).

En el derecho comparado, se encuentran como antecedentes históricos, anteriores a la Segunda Guerra Mundial: el artículo 18 de la Constitución austriaca de 1920 y el artículo 80 de la Constitución española de 1931. A partir del periodo de la posguerra, destaca como precedente el artículo 77 de la Constitución italiana de 1947, que permite que el gobierno dicte «ordenanzas de necesidad»; es decir, medidas provisionales con fuerza de ley, «cuando surgieran casos extraordinarios de necesidad y urgencia»⁸¹.

La Constitución española de 1978, en su artículo 86, habilita al gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, para dictar «disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos leyes».

En América Latina, debe resaltarse la reforma constitucional argentina de 1994, que prevé expresamente a los decretos de necesidad y urgencia en el inciso 3 del artículo 99⁸². En la doctrina argentina, Ventura ha considerado que los decretos

⁸¹ Cabe subrayar que la característica especial de los decretos de urgencia en el régimen italiano es el procedimiento de convalidación. El mismo día que expide la medida provisional, el gobierno la presenta a las cámaras para su convalidación. Si las cámaras no efectúan la conversión en ley dentro de los sesenta días de su publicación, el decreto perderá eficacia desde su inicio; es decir, se otorga efectos retroactivos, *ex tunc*, a la no-convalidación. En opinión de Cantuarias Salaverry y Oquendo Heraud, en los regímenes que confieren efecto retroactivo a la no convalidación, «parecería confundirse el propósito de la convalidación, convirtiéndola en «requisito de validez del decreto de urgencia. De no ratificarse, entonces devendría inexistente» (1991, p. 375). En el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución argentina reformada en 1994, se prevé como regla la prohibición al Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable; en consecuencia, deberá fulminar retroactivamente todos los efectos del decreto de necesidad y urgencia que nació viciado de inconstitucionalidad.

⁸² El artículo 99 de la Constitución reformada de 1994 prevé: «Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros».

de necesidad y urgencia constituyen un salto a un régimen político al margen del estado de derecho, por cuanto se abre la puerta para escaparse de la propia Constitución, para saltar a una dimensión aconstitucional (2004, p. 521).

A diferencia de nuestro régimen económico, que en muchos aspectos minimiza el rol del Estado, la Constitución colombiana de 1991 prevé, en su artículo 215, la declaración de estados de emergencia de orden económico, social y ecológico⁸³. En esos casos, el régimen de excepción será declarado por el presidente de la República. Mediante esta declaración, que deberá ser motivada, el presidente podrá, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

6.2. Características y requisitos de los decretos de urgencia en el ordenamiento peruano

Pasemos a desarrollar las nueve principales características que tienen en el ordenamiento peruano los derechos de urgencia:

1. *Son atribución propia del gobierno*, por lo que está asignada al presidente de la República, quien dirige la política general del gobierno, conforme al inciso 3 del artículo 118 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, el inciso 2 del artículo 125 de la Norma Suprema establece que es atribución del Consejo de Ministros aprobar los decretos de urgencia que dicta el presidente de la República. En consecuencia, se requiere acuerdo del Consejo de Ministros para que el presidente de la República ejerza la atribución de dictar los decretos de urgencia (Pacheco Barandiarán, 1987, p. 50).

Cabe señalar que, antes de su regulación constitucional, a partir de la reforma de 1994, se aplicaron *de facto* de manera muy extendida durante el régimen del presidente Menem, hasta llegar a un total de 257 decretos de necesidad y urgencia. Por su parte, el presidente Néstor Kirchner, con mayoría parlamentaria, expidió en su primer año de gobierno 67 decretos de necesidad y urgencia, superando a Menem y de la Rúa, en la misma etapa inicial de gobierno.

⁸³ Su antecedente se ubica en los artículos 121 y 122 de la Constitución colombiana de 1886 —reformada por el acto legislativo 1 de 1968—, que regulan los decretos de emergencia económica y social. Cabe señalar que, en Perú, la Constitución de 1979 previó, en el artículo 132, las emergencias económicas: «En situaciones de crisis grave o emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario».

2. *Requieren de un estado de necesidad* como presupuesto fáctico habilitante y una causa de interés nacional, que obliga a una acción normativa inmediata, que es incompatible con el tiempo que demanda el trámite normal de las leyes ordinarias («medidas extraordinarias», «cuando así lo requiera el interés nacional») ⁸⁴. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. 008-2003-AI/TC (caso Nesta), ha precisado, respecto al estado de necesidad que «las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables» (fundamento jurídico 60).

Tratándose del requisito de interés nacional, se considera que es indispensable que el decreto de urgencia tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos o grupos ⁸⁵. El supremo intérprete de la Constitución en el mencionado fallo ha declarado que «debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta.

⁸⁴ En la doctrina argentina, se ha discutido ampliamente este tema. Así, Sagüés, sostiene: «a) Existe un derecho de la emergencia. b) Se trata de un derecho de tipo consuetudinario constitucional. c) Durante el estado de necesidad se produce la subordinación de las reglas de derecho positivo, ordinarias y extraordinarias, a la ley fundamental de subsistencia del Estado» (citado por Dalla Via, 1999, p. 388). El maestro argentino señaló que la necesidad, operando por encima de la Constitución, puede admitir dos formas: 1) como «evasión de la Constitución»; y 2) como “dispensa” de la misma». En la primera, «nada es ignominioso para la salvación del Estado», la necesidad es «en sí misma legítima y fuente de poder» y, por ende, «subordina toda la Constitución a la misma». La segunda debe desarrollarse según «principios jurídicos» y es más atenuada con límites en el derecho natural y afecta las reglas constitucionales con sentido y carácter restrictivo». Refiriéndose a la justiciabilidad del «estado de necesidad» afirma que «no hay otra alternativa que reconocer al Poder Judicial aptitud para merituar la existencia de los presupuestos fácticos que ocasionalmente autorizan al derecho de emergencia y evaluar después su juridicidad y validez en función de los toques: restrictividad, naturalidad, legitimidad de fines y legitimidad de medios que debe satisfacer». En sentido contrario a Sagüés, el profesor Garzón sostiene que «la admisión de la “necesidad y la emergencia” como hechos fácticos, sean de tipo político, económico o natural, no puede ingresarlos al plexo constitucional con ese rango para legitimar su destrucción. Menos aún, llenar la laguna del constituyente, con una creación en la que se antepone la “necesidad del Estado” —razón de Estado— a la Constitución, e igualando sociedad con Estado como categorías similares. Hablar de la emergencia como “derecho constitucional consuetudinario” importa en sus consecuencias tanto como incorporar a la Constitución material el germen de su autodestrucción» (citado por Dalla Via, 1999, p. 389). Por su parte, Ventura precisa que «los institutos de emergencia son una respuesta al estado de necesidad, que se configura cuando surge una situación de magnitud tal que pone en gravísimo peligro la perdurabilidad del sistema político o a la comunidad misma y que, para ser superado, requiere de una medida de excepción, pues la posibilidad de no hacer es, virtualmente letal» (2004, p. 522).

⁸⁵ Caso Risolía de Ocampo, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina declaró la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 260/97 (citado por Ventura, 2004, p. 542).

Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad» (fundamento jurídico 60).

En ese orden de ideas, el interés nacional es un concepto vinculado a la soberanía del Estado. De esta forma, por ejemplo, es viable sostener que, cuando un contrato tiene como objeto la explotación de recursos naturales, el Estado —que es soberano en su aprovechamiento conforme al artículo 66 de la Constitución—, mediante un decreto de urgencia basado en una coyuntura extraordinaria, puede disponer la modificación de su contenido, dado que la garantía del artículo 62 de la Constitución, que impide la alteración contractual por leyes o disposiciones de cualquier clase, solo debe entenderse aplicable a situaciones de normalidad y no a coyunturas extraordinarias, tales como una emergencia económica. Surge entonces una cuestión debatible: si por decreto de urgencia el Estado puede recuperar plenamente su capacidad jurídica de derecho público para que, ante la existencia de circunstancias extraordinarias de interés nacional que producen una alteración de las condiciones consideradas al momento de celebrar un contrato, se pueda disponer su renegociación⁸⁶.

Como sostiene Dromi⁸⁷, al comentar la delegación legislativa que autorizó la Ley de Emergencia Económica en el ordenamiento argentino, el fundamento jurídico reside en la soberanía nacional:

La emergencia es el acontecimiento sobreviniente, extraordinario y ‘disvalioso’, que generalmente exige con urgencia una respuesta adecuada. La urgencia, por su parte, es lo apremiante; lo que no puede dilatarse. La celeridad de la decisión es la nota distintiva que se impone ante esta conjunción de situaciones. Cuando la situación compromete gravemente el interés general, el Estado, gestor del bien común,

⁸⁶ El artículo 44 de la Constitución peruana prevé que son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la nación. En consecuencia, el Estado no puede dejar de cumplir estos deberes ni siquiera en circunstancias que haya renunciado a su *ius imperium* mediante un contrato-ley. La soberanía del Estado es irrenunciable y puede ser retomada en circunstancias extraordinarias que le habilitan para recuperar su capacidad jurídica de derecho público y disponer, mediante decreto de urgencia, la renegociación de contratos ley que, en su naturaleza jurídica, son preponderantemente de derecho público.

⁸⁷ Dromi, al comentar la nacionalización de hidrocarburos en Bolivia en un artículo publicado en *Clarín* el 18 de mayo de 2006 («Bolivia. Nada que reprochar en la nacionalización del gas»), sostiene que el decreto supremo 28701, dictado por el gobierno boliviano del presidente Evo Morales, con esa finalidad, fue una norma de emergencia de carácter transitorio, ya que establece plazos y tiempos que hasta el propio Estado boliviano debe cumplir. Convocó a la concertación por un plazo de 180 días y determinó los parámetros jurídicos a los que deberán adecuarse el Estado y las empresas.

no puede verse limitado en su actuación ante tales circunstancias. Por ello es que fundada en dichas razones, el ordenamiento jurídico lo habilita a contratar, a rescindir, y también a renegociar los contratos que ha celebrado. Indudablemente que el legislador puede tomar esas medidas, puede modificar el contenido de los contratos que el Estado celebra y las consecuencias de esas modificaciones variarán según que deba enfrentarse a situaciones de anormalidad o de normalidad, imponiendo —en determinadas circunstancias y sujeto a ciertos límites— sacrificios patrimoniales. Esa potestad existe y hace a la soberanía nacional (Dromi, 2003, p. 33).

En Argentina, los decretos de necesidad y urgencia han sido objeto de un rico debate jurídico, desde el caso Peralta en el que la Corte Suprema de la Nación entendió que es constitucional un reglamento de necesidad y urgencia que suspende temporalmente los efectos de los contratos o de las sentencias, siempre que no se altere la «esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato». Al margen del carácter opinable de esta sentencia, es relevante el siguiente fundamento de la parte considerativa de aquella que declaró que:

Quando por razones de necesidad, sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad, y solo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueden hacerse de esa propiedad, no hay violación del artículo 187 de la Constitución nacional, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis. En el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos y todo están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio.

El presupuesto fáctico habilitante del decreto de urgencia no está sujeto a una facultad discrecional del Poder Ejecutivo, sino que es susceptible de ser apreciado y revisado por el Tribunal Constitucional, dado que su definición constituye un concepto jurídico indeterminado⁸⁸. Pacheco Barandiarán afirma que la apreciación de su existencia tiene mucho de valoración política que está

⁸⁸ Como señala Salas en el caso español: «Concepto indeterminado pero determinable en cada caso con un margen de mayor o menor exactitud, pero que excluye, de todos modos, los supuestos de clara arbitrariedad. En este sentido, reitero mi opinión de que no basta con la existencia de la necesidad de regular una determinada cuestión o materia, sino que tal necesidad ha de aparecer como algo extraordinario y la regulación ha de requerir urgencia»; y más adelante concluye que: «Pues bien, dejar, de hecho, en manos del Gobierno la apreciación discrecional de la concurrencia de dicho presupuesto, reservando exclusivamente, y en último extremo, el control de esa apreciación al Tribunal Constitucional cuando sea claramente “abusiva o arbitraria”, supone, en la práctica, afirmar que tal requisito entra en el ámbito de lo estrictamente político, de oportunidad y, en consecuencia, en la esfera cuya fiscalización le está vedada al Tribunal Constitucional» (1991, I, pp. 274-275). Se trata de una tesis por la cual la utilización de estos conceptos por la norma supone que la autoridad no goza de la atribución de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles aquello que en cada caso concreto se considere conveniente u oportuno; sino, por el contrario, no debe admitirse más de una solución concreta, correcta y justa, conforme a derecho.

en manos de los órganos estatales encargados de la dirección política, con un gran margen de discrecionalidad, pero no tan amplio para impedir su control (1987, p. 50).

A nuestro juicio, el presupuesto de hecho habilitante debería ser una emergencia pública verificable y susceptible de comprobación jurisdiccional. Por ejemplo, si el gobierno declara que se encuentra el país en una situación de «emergencia económica», esta calificación debería corresponder a criterios fácticos y jurídicos objetivos y no al ejercicio de una facultad puramente discrecional que pueda basarse en criterios extrajurídicos de la más diversa índole⁸⁹.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 111/1983, asumió una posición más laxa y los conceptúa como de necesidad relativa «respecto de situaciones concretas en que se encuentran los objetivos de la actuación gubernamental, los cuales, por razones difíciles de prever, requieren en alguna ocasión una acción normativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido para la producción parlamentaria de una ley aunque fuera por el procedimiento de urgencia». Asimismo, considera que el gobierno tiene un margen de libertad amplio para calificar la situación de urgencia; afirma que el gobierno:

[...] ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política, se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que, si bien no son inmunes al control jurisdiccional rechazan, por la propia función que compete al Tribunal, toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y la responsabilidad del gobierno, tienen el control a posteriori, también desde la dimensión política, del Congreso.

En principio, los decretos de urgencia debieran ser dictados cuando se trate de circunstancias extraordinarias en las que esté de por medio la estabilidad económica y financiera del país. Como señala el Tribunal Constitucional

⁸⁹ Como señala Bernalde: «Un ejemplo del uso tergiversado de los decretos de urgencia se produjo durante el segundo mandato del presidente Fujimori. Se trató del decreto de urgencia 005-96, que suspendió la importación de vehículos usados de transporte terrestre. El único considerando del dispositivo fue el siguiente: El volumen de importaciones de toda clase de vehículos usados de transporte terrestre ha resuelto la notoria escasez inicial del parque automotor. ¿Era este un argumento invocable? Lógicamente no, pues a decir del propio Reglamento Interno del Congreso (art. 91), la Comisión de Constitución calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del art. 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Es obvio que la importación de vehículos usados no era una situación extraordinaria ni imprevisible» (1997, p. 569).

en el citado caso Nesta: «La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la ‘voluntad’ de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables» (fundamento jurídico 60).

Sin embargo, la doctrina en el Perú, así como en otros países, ha sido muy complaciente para admitir la viabilidad jurídica y la legitimidad de los decretos de urgencia sobre la base de una interpretación laxa que los ha convertido en un instrumento normativo para la ejecución del programa gubernamental (cfr. Celotto, 2002, p. 76)⁹⁰. En el Perú, según la investigación de Blume Rocha, se han alcanzado las siguientes cifras de decretos de urgencia: 667 durante el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry (1980-1985); 1033 durante el primer gobierno de Alan García Pérez (1985-1990); 1655 bajo el régimen del fujimorato (1990-2000); 120 en el gobierno de transición de Paniagua (2000-2001); 205 bajo el gobierno de Alejandro Toledo Manrique (2001-2006); y 383 durante el segundo gobierno de Alan García Pérez (2006-2011) (Blume Rocha, 2011, p. 29).

3. *Su materia es económica y financiera.* En ese sentido, las medidas extraordinarias deben dirigirse a enfrentar riesgos que afecten la economía del país o las finanzas públicas⁹¹. Constituye un ámbito material muy amplio, en la medida que la gestión pública tiene impacto en los dos ámbitos. Empero, la Norma Suprema prevé algunos cerrojos que, a nuestro juicio, impiden

⁹⁰ Como señala J. Salas (1991, p. 275), en la práctica constitucional española ha prevalecido la tesis de la denominada «necesidad relativa» que, en definitiva, viene a reconocer la legitimidad constitucional de decretos-leyes dictados en función de los «objetivos gubernamentales», de la ejecución del «programa político» del gobierno. En Argentina, en el mencionado caso Peralta c. Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/amparo, resuelto el 27 de diciembre de 1990, por el cual la Corte Suprema convalidó la vigencia de decretos de necesidad y urgencia al admitir la apropiación de los depósitos a plazo fijo de los particulares y su canje por bonos de la deuda externa (BONEX) a diez años, se consideró como «reprogramación de pasivos», por razones de emergencia en la que consideró en peligro «la supervivencia del Estado». En opinión de Dalla Vía, se generó «a partir de allí, un criterio ampliatorio de la doctrina de la emergencia y de afectación del derecho de propiedad que convalidó una amplitud de facultades del Poder Ejecutivo, en desmedro de la división de poderes de la Constitución Nacional» (1999, p. 251).

⁹¹ Es interesante el caso del decreto de urgencia 003-2017, dictado de manera singular para la empresa Odebrecht. Sin embargo, en su parte considerativa, se explicitó el interés nacional que lo motivó: «Que, es responsabilidad esencial del Estado combatir frontalmente la corrupción, erradicar la impunidad, así como implementar medidas efectivas conducentes a proteger la institucionalidad democrática y la gobernabilidad y la libre y leal competencia, mitigando el impacto del daño causado en la economía nacional y las finanzas públicas por causa de este grave flagelo, evitando los mayores perjuicios económicos y sociales que podrían suscitarse de no adoptar una adecuada y oportuna intervención debido a la coyuntura adversa por la que se atraviesa».

la utilización por el Poder Ejecutivo de estos decretos de urgencia en materias en las que está prevista reserva de ley: la regulación de escalas remunerativas de los funcionarios del Estado, por ser una materia que corresponde a la carrera administrativa (artículo 40); la autorización para el ejercicio de la iniciativa pública empresarial (artículo 60); las normas para conceder a los particulares los bienes de uso público (artículo 73); los límites al ejercicio del derecho de propiedad en armonía con el bien común (artículo 70)⁹²; el establecimiento de restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes (artículo 72); las restricciones a las condiciones de utilización y de otorgamiento a los particulares de los recursos naturales, por existir reserva de ley orgánica (artículo 66); la materia tributaria por estar vedado expresamente, al señalarse que «no pueden contener materia tributaria» (artículo 74); el procedimiento, las «excepciones» y las respectivas responsabilidades respecto a la contratación por concurso público de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto (artículo 76)⁹³; la Ley de Presupuesto «que anualmente aprueba el Congreso» (artículo 77); los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas que «se tramitan ante el Congreso tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario, se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros» (artículo 80)⁹⁴; y las obligaciones y límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía (artículo 87).

En este orden de ideas, no son constitucionales los decretos de urgencia que reestructuren los gastos del sector público, en la medida que modifiquen la Ley de Presupuesto. En cambio, sí los consideramos jurídicamente viables

⁹² Más aún, por tratarse de un derecho fundamental, conforme al inciso 16 del artículo 2 de la Norma Suprema. Con el mismo criterio, no se puede regular el ejercicio de otros derechos constitucionales —por ejemplo, derechos sociales y económicos— mediante decretos de urgencia, aun cuando sería viable que se afecte de manera transitoria y razonable algunos contenidos no esenciales de estos derechos.

⁹³ Resultó particularmente grave el decreto de urgencia 004-2009, dictado durante el segundo gobierno de Alan García Pérez, mediante el cual se creó el Programa Nacional de Recuperación de Instituciones Educativas Públicas Emblemáticas y Centenarias. Con esa finalidad, autorizó ampliamente al Ministerio de Educación a realizar contrataciones directas y le exoneró de la realización de procesos de selección previstos en la Ley de Contrataciones del Estado.

⁹⁴ Blume Rocha (2011, p. 92), concluye que en el segundo periodo de García Pérez (2006-2011) se produjo un alto número de casos en los cuales se utilizó la vía del decreto de urgencia para introducir modificaciones o derogar disposiciones relativas a la Ley de Presupuesto, en contravención al artículo 80 de la Norma Suprema.

para disponer operaciones de emergencia en materia de endeudamiento externo e interno, dado que la Constitución no prevé una reserva legal expresa (artículo 75)⁹⁵. En materia de la autorización por ley al BCR para efectuar operaciones y celebrar convenios de créditos para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de las reservas internacionales, cuando se supera el límite señalado por el presupuesto del sector público, consideramos que es viable la aplicación de decretos de urgencia, por su carácter de norma transitoria, excepcional y por el requisito de «dar cuenta al Congreso» (artículo 85).

4. *Deben ser motivados*. Aun cuando no está expresamente previsto en la Constitución como requisito de validez, consideramos esencial su debida motivación en la parte considerativa del texto, pues compartimos el criterio que sostiene que ella permitirá el control jurisdiccional de la existencia del presupuesto de hecho habilitante, si existió una auténtica urgencia, las razones por las cuales fue imposible superar la situación por medio del procedimiento parlamentario y la necesidad que la medida sea tomada de forma inmediata (Ventura, 2004, p. 554)⁹⁶.
5. *Son de carácter transitorio*. Siendo el hecho que motiva el decreto un evento extraordinario, temporal y grave, una vez solucionada su causa, es lógico que la disposición se extinga (Pacheco Barandiarán, 1987, p. 57). No gozan entonces de vocación de permanencia, puesto que su finalidad no es legislar, sino suspender o modificar transitoriamente cierta legislación (Planas, 1999, p. 144). Sobre su transitoriedad, se ha pronunciado el Supremo Tribunal en el fundamento 60 de la sentencia del caso Nesta. Su carácter temporal se pone de manifiesto por su naturaleza de medidas. Así, no constituyen leyes en sentido formal, aunque produzcan el mismo impacto legislativo. Sostener lo contrario equivaldría a admitir una potestad legislativa paralela del Poder Ejecutivo incompatible con el estado de derecho (Cantuarias Salaverry & Oquendo Heraud, 1991, p. 375).

El carácter transitorio no está exento de problemas de aplicación, por cuanto la Constitución no fija ningún límite temporal, lo que puede dar lugar a que se entienda que los decretos de urgencia pueden durar indefinidamente

⁹⁵ La disposición constitucional prevé que: «Las operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado se aprueban conforme a ley».

⁹⁶ Cabe señalar que la ley 25397 (Ley de control parlamentario de los actos normativos del presidente de la República) previó que los decretos supremos extraordinarios tendrían una parte considerativa en la cual, bajo sanción de nulidad, se expondrá con «suficiencia y precisión» los «hechos de orden económico y financiero y los fundamentos jurídicos que motivan las medidas extraordinarias».

«todo el tiempo que duren las causas que la han originado», como señaló la Corte Suprema de Argentina en el caso Guida. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el párrafo 1 de su artículo 27, faculta a los Estados Parte a suspender derechos por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación. En esa dirección, en la jurisprudencia peruana sentada en el caso Nesta, el Tribunal Constitucional ha declarado que «las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa» (fundamento jurídico 60).

6. *Conexidad*. Conforme al fundamento 60 de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Nesta, debe existir una relación causal directa e instantánea entre las medidas dispuestas en los decretos de urgencia y las circunstancias extraordinarias existentes. Asimismo, el Poder Ejecutivo no está habilitado para incluir en el decreto de urgencia cualquier género de disposiciones ajenas ni aquellas que no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar, ni aquellas que por su estructura misma no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente. En esa dirección, cita al Tribunal Constitucional español en la STC 29/1982, fundamento jurídico 3.
7. *Están sujetos a un control posterior por el Congreso*. La Constitución de 1993 establece como obligación del Poder Ejecutivo «dar cuenta al Congreso» del decreto de urgencia. Durante la vigencia de la Constitución de 1979 hasta la entrada en vigor de la ley 25397 (Ley de Control Parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República), se interpretaba que el requisito de dar cuenta al Congreso estaba limitado a un informe de las medidas adoptadas, mediante oficios en los que se enumeraba los decretos dictados durante un periodo determinado, sin justificar la necesidad y la urgencia de las medidas, su carácter económico y financiero, su naturaleza extraordinaria y el interés nacional invocado (Cantuarias Salaverry & Oquendo Heraud, 1991, p. 378).

Con la entrada en vigor de la ley 25397, se previó un mecanismo de control de las «medidas extraordinarias» que asumieron la denominación oficial de «decretos supremos extraordinarios», conforme a los requisitos y formalidades previstos en el derecho constitucional comparado: circunstancia, procedimiento de expedición y convalidación parlamentaria (Planas, 1999, p. 150)⁹⁷.

⁹⁷ Esta norma fue promulgada por el Congreso de la República, a principios de 1992, después de superar las observaciones formuladas a la autógrafa por el presidente Alberto Fujimori Fujimori. Posteriormente

La Carta Fundamental de 1993 no prevé un procedimiento de control *ex post facto* de los decretos de urgencia. Como señala Bernalés (1997, p. 571), la disposición del inciso 19 del artículo 118, en el sentido de que «el Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia», está referida simplemente a la función legislativa del Parlamento de dar leyes, modificarlas o derogarlas.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Reglamento del Congreso, en su artículo 91, regula el procedimiento parlamentario de control *ex post* de los decretos de urgencia de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día hábil siguiente, el presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días hábiles. La Comisión da cuenta al Consejo Directivo del cumplimiento de esta atribución en el segundo día hábil siguiente a la aprobación del dictamen. El presidente informa obligatoriamente al pleno y ordena su publicación en el portal o gaceta del Congreso o en el *Diario Oficial El Peruano*.
- c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso,

fue invocada como pretexto para justificar el golpe de estado del 5 de abril de 1992. Cabe resaltar que la ley 25397 previó una vigencia temporal de seis meses como máximo, así como un procedimiento de convalidación de los «decretos supremos extraordinarios». Así, una vez cumplido con el trámite de comunicación de los decretos por el presidente de la República al Congreso, el presidente del Congreso (o de la Comisión Permanente) los remite a las comisiones de Constitución y Leyes Orgánicas de ambas cámaras, quienes debían dictaminarlos en el plazo improrrogable de quince días. Este dictamen incluye el análisis de las razones de «interés nacional» y de los requisitos formales previstos: considerandos y ámbito económico-financiero. En caso no cumplan con los requisitos formales y materiales mencionados se recomienda al Congreso —o a la Comisión Permanente— que se deje sin efecto el decreto. El pronunciamiento del Congreso o de la Comisión Permanente se manifiesta en un acuerdo dejándolo sin efecto, perdiendo vigencia el «decreto supremo extraordinario» al día siguiente de su publicación.

presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican —lo que constituye un juicio de valor sobre su oportunidad— o si exceden el ámbito material señalado en el referido artículo de la Constitución⁹⁸.

- d) Si el pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el presidente del mismo debe promulgarlo por ley.

Cabe señalar que, en nuestra opinión, la ley que modifique o derogue un decreto de urgencia no debiera ser materia de observación por el presidente de la República, por cuanto se quebrantaría el principio de separación de poderes, que constituye pilar fundamental del Estado constitucional, previsto en el artículo 43 de la Norma Suprema.

5. *Están sujetos a control jurisdiccional.* En el ordenamiento peruano, pueden ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, conforme al inciso 4 del artículo 200, mediante el proceso de inconstitucionalidad. Asimismo, los jueces están facultados a ejercer el control difuso de constitucionalidad, al amparo del artículo 138 de la Norma Suprema que prevé que «en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma inferior».

El hecho de que los decretos de urgencia hayan superado el control parlamentario regulado por el Reglamento del Congreso, no obsta el control judicial. A nuestro juicio, este debe ser de plena jurisdicción, lo que significa que el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, está facultado para pronunciarse sobre la existencia misma de la situación de urgencia y la causa de interés nacional habilitantes para el ejercicio de la potestad presidencial, del trámite de su expedición, así como

⁹⁸ Con relación a la derogación del decreto de urgencia como consecuencia del control parlamentario, debe anotarse que sus efectos son hacia el futuro o *ex nunc*. En doctrina, los pareceres son disímiles. Así, Javier Salas sostiene que «sus efectos no pueden ser *ex tunc*, es decir, desde la entrada en vigor del correspondiente decreto ley, ya que mantener una eficacia *ex nunc* —desde la adopción del acuerdo de derogación— supondría reconocer un ámbito temporal (el que mediase entre la publicación del decreto ley y la adopción del acuerdo por el Congreso) cuya virtualidad dependería exclusivamente de la voluntad manifestada por el Gobierno, con lo que el decreto ley quedaría entonces, de hecho y durante ese plazo, exento del control parlamentario» (1991, p. 309). Sin embargo, también se puede sostener que, si el decreto es derogado, los actos cumplidos durante su vigencia gozan de presunción de legitimidad y son válidos plenamente.

de la razonabilidad de la medida⁹⁹. De igual manera, la revisión judicial no puede tener como objeto la conveniencia u oportunidad de la decisión, que constituye un juicio de valor que es competencia del control parlamentario del Congreso.

En la jurisprudencia argentina, destaca el caso Smith, resuelto el 1 de febrero de 2002, en el que la Corte Suprema de la Nación resolvió que las normas instauradas por el corralito financiero el año 2001 y la pesificación eran inconstitucionales. En consecuencia, decidieron que debían ser devueltas íntegramente al ahorrista las sumas depositadas.

En nuestra jurisprudencia, en el caso Nesta, el Supremo Tribunal declaró la inconstitucionalidad del decreto de urgencia 140-2001 que permitió que, mediante decreto supremo, se puedan fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga. El Supremo Tribunal, al ejercer el control de constitucionalidad, desarrolló un test de proporcionalidad. Así, sostuvo que:

[...] si bien tanto la protección de la salud y de la seguridad de los usuarios, así como la defensa de la libre competencia, constituyen fines constitucionalmente legítimos, ello no basta para concluir la constitucionalidad de la disposición impugnada. Resulta imprescindible determinar la adecuación de la medida adoptada (fijación de precios mínimos) a los referidos fines, así como analizar la necesidad que impulsó la asunción de dicha medida (fundamento 51).

Asimismo, debe destacarse la STC Exp. 00028-2010-PI/TC (caso Yonhy Lescano Ancieta), mediante la cual fue declarado inconstitucional el decreto de urgencia 061-2010 por pretender imponer el criterio del Poder Ejecutivo por encima del Congreso de la República sobre el sentido de unas disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Tienen rango de ley y fuerza de ley. La Norma Suprema reconoce, en el inciso 19 del artículo 118, que los decretos de urgencia tienen fuerza de ley. En la doctrina nacional, Cantuarias Salaverry y Oquendo Heraud, basados en el estudio de Rubio Llorente (1983), precisan que la fuerza de ley tiene una doble faceta, activa y pasiva: «Fuerza activa de la ley, también llamada poder innovador,

⁹⁹ Ventura (2004, p. 572) señala que el control judicial en Argentina debe versar sobre: 1) la causa del acto, o sea, la verdadera existencia de una situación fáctica de emergencia; 2) si esta emergencia provocó una situación de urgencia institucional que paralizó al Congreso o que tornaba disfuncional la sanción de una ley; 3) verificar si el acto está viciado de nulidad; y 4) la razonabilidad y la necesidad de la medida.

consistía en la capacidad exclusiva de la ley para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente. A su turno, fuerza pasiva era la resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada sino por medio de otra ley, esto es, por otra norma dotada de la misma fuerza específica» (1991, p. 369). Más adelante, ambos autores sostienen que los decretos de urgencia no tienen propiamente fuerza de ley, por cuanto su ámbito material es muy restringido. Asimismo, concluyen que en nuestra legislación y doctrina debe entenderse al rango y fuerza de ley como sinónimos (1991, p. 370).

A nuestro juicio, se trata de dos conceptos distintos dentro del sistema jurídico peruano. La fuerza de ley está referida a la capacidad de innovar el ordenamiento, de manera originaria y dentro del ámbito del territorio nacional. En ese sentido, el decreto de urgencia tiene fuerza de ley en la medida que, si bien su ámbito material es restringido a lo económico y financiero, su capacidad de innovar el ordenamiento emerge directamente de la Norma Suprema. Al gozar de fuerza de ley, solo puede ser derogado por otro decreto de urgencia o por una ley. Asimismo, los decretos de urgencia tienen rango de ley en función de su impugnabilidad mediante la acción de inconstitucionalidad, conforme al inciso 4 del artículo 200 de la Constitución.

CAPÍTULO 19

CONCEPTO Y REALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

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.

El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para regular el funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado la noción de servicio público tal como lo expondremos más adelante, es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo.

Principios generales de derecho administrativo
Gastón Jéze

1. INTRODUCCIÓN

La idea de servicio público es, a diferencia de lo que acontece con las categorías del contrato y el dominio público que aparecen en el derecho romano, relativamente reciente. Solo fue posible una vez creado el Estado moderno, consolidado sobre la base de su soberanía y principalmente con la revolución francesa.

El fundador de la escuela del servicio público, el eminente jurista francés León Duguit —quien sostenía que la solidaridad era el criterio rector de la justicia— afirmó que los tres elementos esenciales del Estado eran la Nación, los servicios públicos y el territorio (Duguit, 1926, p. 71).

Asimismo, en la doctrina se destaca, entre otros juristas franceses, el aporte de Maurice Hauriou, para quien el concepto de servicio público constituye una noción capital del «régimen administrativo», conjuntamente con la de poder público: en tanto el primero configura el fin que persigue la actividad de la Administración Pública, el segundo implica el medio de realización de dicha finalidad (Cassagne, 2013, p. 710).

En nuestra historia, aparece en la Constitución de Cádiz de 1812, donde se hablaba de «obras y otros objetos de utilidad común» (artículo 322) (Villar Ezcurra, 1980, p. 19). En la República, la primera excepción a la abstención del Estado de tareas de prestación —siguiendo a la Constitución de Cádiz— fue el diseño de los servicios de educación en la Constitución peruana de 1823, la cual dedicó el capítulo III de la sección tercera a la «educación pública». El artículo 181 declaró que: «La instrucción es una necesidad común, y la República la debe igualmente a todos sus individuos».

El actual uso generalizado del concepto de servicio público, probablemente como fruto de su utilización extrajurídica, es frecuente por lo demás en otras categorías jurídico-públicas. El servicio público es «un mito legitimador de la acción del Estado» (Malaret, 1998, p. 50), de uno que no quiere limitarse a la actividad de policía o de mantenimiento del orden público, que se convierte en un sujeto conformador del orden social y asume una posición activa en la prestación de servicios.

Como destacó Forsthoff, la transformación del Estado liberal al Estado social marcó su huella sobre el derecho administrativo y sobre la Administración, adquiriendo con el servicio público un nuevo rol protagónico más intervencionista en la vida económica, incluyendo prestaciones materiales a los colectivos más necesitados (Hernández González, 2011, p. 879).

Entre las finalidades que las modernas constituciones le asignan al Estado, se enuncian usualmente metas por alcanzar, sean de carácter social, económico o asistencial; ello no implica, sin embargo, que el Estado tenga que ser protagonista en todas las ocasiones de esa inmensa variedad de fines. De otro lado, hay actividades cuya consecución el Estado asume directamente, pero que no pueden ser calificadas como servicios públicos.

Al tratar sobre los fines del Estado, la doctrina suele distinguir entre lo que llama «actividades esenciales» y «actividades no esenciales». Ejemplo de las primeras son, entre otras, la tarea legislativa, la política exterior, la defensa, la hacienda, la seguridad interior, etc.; pero el Estado no se limitará a ellas, pues las complejidades de la vida moderna lo obligarán a intervenir en otras, para satisfacción y bienestar del pueblo. El problema se encuentra en determinar cuál ha de ser la extensión de su actuación, sea directamente o mediante entes públicos *ad-hoc* o terceros.

Baldo Kresalja ha puesto de relieve que la mutación de la noción de servicio público se relaciona con el cambio de necesidades públicas:

El hecho de que el servicio público estuviera asociado desde su inicio a las ideas de utilidad pública, necesidad pública o interés general, servirá más tarde para englobar paulatinamente, como «cajón de sastre», no solo a aquellas actividades que stricto sensu pertenecían a esa categoría, como fueron en su tiempo, por ejemplo,

los ferrocarriles, sino también a otras en las cuales las potestades públicas no eran tan claras o intensas, lo que daría lugar a un intervencionismo económico creciente por parte del Estado. Así, la idea inicial del servicio público fue mutando conforme cambiaba la estimación de lo que se consideraba necesidad pública (Kresalja, 1999, p. 41).

Por tanto, tal como señala Villar Ezcurra, «la decisión acerca de la estimación de lo que, en cada momento, puede ser una “necesidad pública” no corresponde al mundo del derecho, sino al de la decisión política, que a su vez se encuentra condicionada por el contexto socio económico de cada época» (1980, p. 62)¹⁰⁰.

Así, actividades que en sus inicios fueron inicialmente privadas y sometidas a débiles controles (como el suministro de energía eléctrica), se convertirán más tarde en servicios públicos mediante una expresa declaración que exigirá su continuidad y regularidad¹⁰¹.

Puede decirse, en síntesis, que el concepto de servicio público aparece históricamente como todo aquello que tiene relación con los asuntos colectivos del Estado y que se contraponen a los asuntos privados.

Sobre el régimen de los servicios públicos económicos, en la doctrina española, que seguía a Villar Palasí, se asumió la tesis de la *publicatio*; es decir, que la declaración formal de una actividad o de un sector como «público» implica que se incorporaba a la titularidad y el quehacer del Estado y se excluía de la esfera de actuación de los particulares, aunque pueda darse a estos en concesión.

Atendiendo a consideraciones de orden material, las actividades comprendidas bajo la *publicatio* como servicios públicos podrán y pueden estar regidas por el derecho privado. Sin embargo, dado el compromiso político implicado en la prestación, así como la necesidad de satisfacer los requerimientos colectivos, históricamente se prefirió someterlo a un régimen jurídico de derecho público. Como dice Rodolfo Barra:

Aquí nace el concepto jurídico de servicio público: actividades generalmente de contenido comercial-industrial (en especial a partir de la segunda mitad del siglo XIX)

¹⁰⁰ En el mismo sentido, dice Cincunegui: «Determinadas actividades, por [...] características y naturaleza propias, se tipifican como “servicio público”, siéndoles aplicable un régimen especial. Dependiendo del desarrollo económico, social y político, cada sociedad imputa dicha calificación conforme a valores dados en un lugar y tiempo determinados de su historia. Cuando así se les califica, se dice que dichas actividades se “publican”, esto es, quedan en la órbita de protección gubernamental, que las titulariza y consecuentemente asume la responsabilidad de asegurar la eficiencia, calidad, regularidad, continuidad, generalidad y uniformidad en la demanda de dichos bienes o servicios» (1995, p. 1261 ss.). Se verifica así lo que se denomina un «monopolio legal» de la actividad, conforme al derecho continental europeo de corte romancista.

¹⁰¹ Para conocer de la evolución del servicio público y su conexión con la expansión histórica de los fines del Estado en Europa, ver Ariño Ortiz, 1993, p. 278 ss.

destinadas a satisfacer necesidades de interés público directo e inmediato y sometidas a un régimen de derecho público. De esta manera se logra diferenciar a este sector de la actividad estatal de aquel otro, materialmente muy similar, regido por el derecho privado (Barra, 1982, p. 365).

Pese al paso del tiempo, como afirma Muñoz Machado, la muerte del servicio público es imaginaria (1998, I, p. 17). El concepto de servicio público viene mutando, adquiriendo nuevas definiciones técnico-jurídicas y contenidos, lo que ha dado lugar a un debate intenso que se ha visto impulsado por el desarrollo tecnológico, la desregulación normativa, la promoción de la competencia económica y los procesos de privatización. A nuestro juicio, el servicio público no ha muerto, como proclamaban sus entusiastas detractores a fines del siglo XX bajo el criterio erróneo de que es antinómico *per se* con la libertad de iniciativa privada. Como precisó el *Rapport Public du Conseil d'État pour 1994*: «El servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, no su contrario» (citado por Kresalja, 1999, p. 39).

Así, una de las conclusiones más importantes del *Rapport* afirma que, bajo el concepto de servicio público, deben ubicarse solo las actividades que sean indispensables, para la realización y el desarrollo de la cohesión social.

Gaspar Ariño sostiene que el proceso de globalización exige un nuevo servicio público y un nuevo modelo de regulación económica (Ariño Ortiz, 2004, p. 614 ss.). Con el nuevo servicio público, se propone abandonar la técnica de la *publicatio* por una regulación basada en el reconocimiento de la libertad de competencia y del ejercicio de la libertad de empresa, sujeta la intervención de la Administración mediante la regulación económica (Hernández González, 2011, p. 886).

Cassagne, si bien acepta el concepto del nuevo servicio público, lo modula y asume que no cabe el abandono total de la *publicatio*, que podrá regir en un sentido estricto y limitado en aquellas actividades que no pueden gestionarse en un régimen de libertad (2010, p. 473 ss.).

En el Perú, en el último cuarto del siglo XIX y con la entrada del siglo XX, la modernización tecnológica se manifestó con el desarrollo del telégrafo y los ferrocarriles, que fueron servicios de titularidad y gestión directa de la Administración, como ya ocurría con el correo (Zegarra, 2005, p. 309).

En el siglo XX, ya se definía explícitamente, en disposiciones legales, a los ferrocarriles como servicio público. La Constitución de 1920, en su artículo 44, declaraba que: «El Estado podrá por ley tomar a su cargo o nacionalizar transportes terrestres, marítimos o aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente».

Asimismo, se reconocía como actividad de utilidad pública a la generación eléctrica, razón por la que se legisló municipalizando los servicios de alumbrado público y privado, para lo cual se expropió empresas privadas (Zegarra, 2005, p. 312).

En esa misma dirección, la siguiente Constitución peruana (del año de 1933) estableció, en el artículo 38, que el Estado, mediante ley, está habilitado a tomar a su cargo o nacionalizar servicios públicos como transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustre, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada.

En 1966, la ley 15976, durante el primer gobierno de Fernando Belaunde Terry, definió por primera vez a la actividad de telecomunicaciones como servicio público. Con el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, se utilizó la técnica del servicio público, entre otros casos, con el decreto ley 17881, norma de creación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel-Perú), a la que se le atribuyó como finalidad la explotación de los servicios públicos de telecomunicaciones. En ese periodo, en 1972, mediante el decreto ley 19358, se aprobó la Ley Orgánica de la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Perú (Enafer-Perú), en la que se declaró el carácter de servicio público del servicio ferroviario. En el caso del sector eléctrico, con el decreto ley 19521, se estableció una reserva a favor del Estado con exclusividad del servicio público de electricidad en todas sus etapas (Tovar, 2006, p. 55). Así, la reserva de diversas actividades generó un conglomerado de empresas públicas que tenían a su cargo la gestión de la electricidad, las telecomunicaciones, los servicios postales y de saneamiento y agua potable en situación monopólica (Zegarra, 2005, pp. 316-317).

Este nuevo rol del Estado se reflejó en la Constitución de 1979, que en su artículo 113 declaró que: «El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo». En esa misma dirección de reconocer al Estado un rol empresarial en la gestión de los servicios públicos, el artículo 114 lo habilitaba para reservarse actividades productivas o de servicios, así como se preveía que dichas actividades podían ser reservadas solo a los peruanos.

El antecedente de esta disposición constitucional fue evidentemente el artículo 128.2 de la Constitución española de 1978, que declara que: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Otro antecedente en el derecho comparado es el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 —ratificado en la Constitución de 1958— que declara: «Cualquier bien o empresa cuya explotación posea o adquiera el carácter de un servicio público nacional o de un monopolio debe pasar a ser propiedad de la colectividad».

Durante la vigencia de la Constitución de 1979, el presidente Alan García Pérez (1985-1990) anunció, en su mensaje al Congreso del 28 de julio de 1987, la presentación de un proyecto de ley para la nacionalización de las empresas bancarias, financieras y de seguros. Este anuncio desencadenó uno de los grandes debates nacionales en materia constitucional en la historia republicana del Perú. En el marco de la Constitución de 1979, era jurídicamente viable la nacionalización del sistema financiero, por cuanto el precitado artículo 114 de la Constitución habilitaba al Estado a la reserva de actividades de servicios. Es interesante destacar que la ley aprobada con esa finalidad declaró a las actividades bancaria, financiera y de seguros como servicio público, definición que no tenía precedente alguno en nuestro ordenamiento¹⁰².

Como sostiene Kresalja, el cuestionamiento de los monopolios legales en favor del Estado, así como la crisis de las deficitarias empresas públicas, alcanzó niveles intolerables bajo el gobierno del quinquenio 1985-1990, siendo algunos de los antecedentes más notables que impulsaron a la modificación de la constitución económica (cfr. Kresalja, 2001).

Así, el régimen económico de la Constitución de 1993 ha eliminado la habilitación al Estado para reservarse en exclusividad actividades productivas o de servicios. El artículo 58 de la Constitución declara: «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 del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

Sin embargo, el artículo 60, al establecer que la actividad empresarial del Estado solo puede autorizarse por ley expresa y de acuerdo con el principio de subsidiariedad, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, bloquea la posibilidad de retornar al Estado empresario de la década de 1970.

En la doctrina nacional, Danós y Vignolo han sostenido que el principio de subsidiariedad de la iniciativa pública —en los términos rígidos del artículo 60 de la Norma Suprema— es de aplicación a los servicios públicos económicos (Danós Ordóñez, 2008, p. 18; Vignolo Cueva, 2018, pp. 154-155)¹⁰³. Recientemente, Huapaya

¹⁰² Cabe citar el antecedente de 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 de la Constitución mexicana, que estableció el ejercicio de la banca a un régimen de servicio público cuya prestación correspondió exclusivamente al Estado.

¹⁰³ En una posición dubitativa, Villota, al comentar el principio de subsidiariedad del artículo 60 de la Constitución, afirma: «La citada norma está referida básicamente a la actividad empresarial del Estado, y surge la duda si se puede aplicar los criterios contenidos en ella respecto a la reserva de los servicios públicos. Es decir, la discusión, surge si también para que el Estado se reserve la titularidad de actividades que constituyen servicios públicos es requisito la subsidiariedad, en el sentido que no existan privados que presten el servicio» (2010, p. 210).

asume que, en aplicación del principio de subsidiariedad, hay que distinguir entre actividades prestacionales (servicios públicos sociales) y actividades de garantía estatal (servicio público económico) que ya no son de titularidad estatal, sino que son actividades regidas por la libertad de empresa y garantizadas por la intervención del Estado, que controla su prestación a título de garante del servicio (cfr. Huapaya Tapia, 2015, pp. 368-397).

A nuestro juicio, el servicio público en nuestro ordenamiento constitucional no está encerrado en el marco del principio de subsidiariedad —es decir, solo habilitado a falta o inexistencia de iniciativa privada—, sino que constituye un mandato de actuación positiva para el cumplimiento de fines sociales del Estado, de procura del bienestar general, como lo manda el artículo 44 de la Norma Suprema, bajo el principio de solidaridad, complementario al principio de subsidiariedad.

En esa dirección, María Teresa Quiñones conceptúa que la actividad empresarial del Estado a la que alude el artículo 60 de la Constitución es «necesariamente distinta a las actuaciones atribuidas al Estado en el artículo 58 de la Constitución» (2012, p. 72). Más adelante, concluye:

En el interín, no queda más que reconocer que, en tanto la actividad estatal califique como Servicio Público no puede ser calificada como “actividad empresarial”, por tratarse del cumplimiento de un cometido estatal expresamente reconocido en nuestra constitución. A pesar de que con ello se abra un forado a la aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad estatal reconocido en el artículo 60 de la Constitución (Quiñones Alayza, 2012, p. 73).

Por cierto, la actividad empresarial del Estado a la que se refiere el artículo 60 de la Norma Suprema es subsidiaria y solo se justifica por un interés nacional claro y prevalente. Así, por ejemplo, una ley puede declarar que determinadas actividades de hidrocarburos o gasíferas son estratégicas para la soberanía del país y habilitar la actividad empresarial del Estado¹⁰⁴. Sin embargo, la iniciativa pública en el campo empresarial no puede ni debe confundirse con el mandato constitucional que asigna al Estado la misión de intervenir («actuar») en el ámbito de los servicios públicos, mandato constitucional expreso e ineludible, ya sea desarrollando actividades de prestación de servicios públicos para atender necesidades vitales de la comunidad y satisfacer derechos fundamentales básicos o, de ser el caso, garantizar su prestación

¹⁰⁴ Sobre las causas que habilitan al Estado para realizar actividad empresarial, véase Quintana Sánchez, 2011b. Como anotaba Céspedes, después del *crack* financiero de 2008 en Estados Unidos, «la intervención del Estado en la economía se convierte en necesaria en estos difíciles tiempos y por ende la prestación de los servicios públicos debe ser asegurada a toda costa por la administración, para lo cual la figura de la empresa pública recobra una inusitada y obligada importancia» (2009, p. 122).

por operadores privados bajo el título de la concesión, pero en un régimen de apertura a la competencia. En suma, se trata de fines sociales del Estado de los que no puede abdicar, ya sea como prestador o como garante del servicio público. El principio de subsidiariedad se complementa con el de solidaridad en el marco jurídico del Estado social de derecho que constituye la guía para su actuación principal en las áreas de servicios públicos, como preceptúa el artículo 58 de la Norma Suprema con la finalidad de garantizar la cohesión social y el bienestar general.

2. CONCEPTO Y NOTAS DEFINITORIAS DEL SERVICIO PÚBLICO

Debemos anotar que no existe una uniforme y pacífica definición de servicio público, como lo comprueba una simple revisión bibliográfica¹⁰⁵, pues no hay una tesis compartida en la doctrina, sino más bien disenso, a pesar de ser un concepto ampliamente utilizado tanto a nivel constitucional como legislativo. Sin perjuicio de lo dicho, al servicio público puede considerársele «como un instituto jurídico tendiente a garantizar que la actividad por él regulada sirva para la plena satisfacción de las prestaciones exigidas por los administrados» (Barra, 1982, p. 366).

Juan Miguel de la Cuétara, en su ensayo «Tres postulados para el nuevo servicio público» (1997), efectúa un ejercicio para llegar en nuestros días a «un entendimiento común del servicio público», para lo cual describe las distintas percepciones que —según él— tienen sobre este concepto el ciudadano común, el político, el economista y el jurista. Dice, así, que para el ciudadano común cualquier actividad de servicios consiste en que «alguien hace algo de utilidad para otra persona»; es decir, le aporta algo que no puede conseguir por sí mismo y que no es una cosa o un objeto físico. Para el político, en cambio, significa «poder sobre un área social determinada», el que puede ser redistributivo (ayuda a los que menos tienen) o de satisfacción de necesidades básicas, poder que el político quiere y puede manejar. Por su parte, el economista percibirá que en el servicio público no actúa «la mano invisible» del mercado, sino la «mano pública», que se trata de una excepción al principio general de libertad económica y que las decisiones que se adopten no siguen siempre la lógica del mercado. El jurista, por último, tiene que estar atento a las exigencias de cada uno de los interesados en el proceso, pues el derecho «es la ciencia de lo exigible» y así deberá recordar que: para el ciudadano, lo primero es la exigibilidad de la prestación; para el político, la consecución de la justicia distributiva y de la justicia social; y para

¹⁰⁵ Rubén Citara afirma, de forma similar a lo que dicen otros autores, que se trata de uno de los temas «más arduos que se pueda enfrentar en el ámbito del derecho administrativo»; que «lejos está la doctrina de los autores de mantener un criterio uniforme a propósito de esta cuestión»; y que ella es compleja porque se discute no solo el problema de las funciones del Estado, sino su propia esencia (1995, p. 21).

el economista, que toda excepción a las reglas del mercado se formalice debidamente, teniendo presente los peligros que surgen por el abandono a dichas reglas. Según Cuétara, el jurista deberá dar preferencia a las exigencias de los ciudadanos porque, a fin de cuentas, los servicios públicos se crean para satisfacer sus necesidades.

Meilán Gil destaca al servicio público como una categoría de naturaleza histórica y variable, que actualmente puede ser definida como actividad esencial para la comunidad organizada en Estado —contenido patrimonialmente económico— cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado y cuya gestión indirecta —por los particulares— es siempre posible (1997, p. 92).

Para Tornos, son de servicio público aquellas actividades prestacionales necesarias para la cohesión social, correspondiendo determinarlas a la sociedad a través de normas jurídicas del más alto nivel, como la Constitución y las leyes. Se reivindica el valor político del concepto de servicio público ya que será la ley la que determine qué prestaciones son responsabilidad del poder público con la finalidad de garantizar la cohesión social, lo que en última instancia significa determinar el alcance de la dimensión del Estado en las sociedades modernas (2004, p. 9).

En esa dirección, Chinchilla señala que el servicio público es por eso una obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de actividades que satisfacen las necesidades de la comunidad, de modo que, si esas necesidades se corresponden con derechos fundamentales, el servicio público opera como una técnica de realización de los mismos (1991, p. 967).

Siguiendo a Kresalja (1999, pp. 47-48)¹⁰⁶, podemos señalar que las notas definitorias del servicio público son las siguientes: a) se trata de una actividad de prestación que el Estado asume, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable; b) la titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta por una declaración formal (*publicatio*) que supone la reserva de un sector y su posterior (y a veces necesaria) concesión a terceros y por una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad; c) se trata de una actividad en la que se aplica el régimen de derecho público, es decir que el servicio público goza siempre de una protección especial, aunque en su régimen de gestión la actividad pueda venir sometida al derecho privado; d) no se trata de actividades necesarias al ser del Estado —como son las de soberanía—, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad; e) se trata de una prestación regular y continua, características sobre las que se edifica buena parte de su especial régimen jurídico (huelgas, quiebras, fusiones, etc.); y f) se trata de una actividad dirigida

¹⁰⁶ En la doctrina nacional, deben destacarse los trabajos sobre el servicio público de Alayza y Paz Soldán, 1927; Ruiz Eldregde, 2000; Isasi Cayo, 2000; Zegarra Valdivia, 2005.

a la utilidad general del público porque, a través de ella, no se tiene como objetivo conseguir ingresos para el tesoro público.

En cuanto a los elementos esenciales del servicio público, distinguimos tres: la Administración Pública, la entidad gestora y el usuario (Kresalja, 1999, pp. 47-48). La Administración, cuando se relaciona con particulares, solo les cede la gestión, pues la titularidad no es transferible. Su relación con la actividad gestora puede obedecer a dos modelos: en uno, el gestor tiene personalidad jurídica, en cuyo caso el conjunto de derechos y deberes recíprocos dependerá de la gestión que se trate y usualmente estarán consignadas en un contrato; y, en otro, los servicios están integrados a la propia Administración, donde entonces la entidad gestora carece de personalidad jurídica independiente y no viene a ser más que un mero órgano administrativo; en estos casos, no puede hablarse propiamente de relación jurídica, ya que hay más bien una independencia funcional en la cual existe conexión, pero en la que el usuario se encuentra por lo general poco protegido frente a una falla del servicio o un daño sufrido.

La función principal de la entidad gestora reside en gestionar la explotación, cuya titularidad queda en manos de la Administración. El contenido de sus relaciones con esta dependerá, en los términos de Villar Ezcurra (1980, p. 247), si ella se efectúa mediante una gestión integrada o desintegrada. En la primera, la Administración asume las funciones de la entidad gestora, ofreciéndolas de forma centralizada (sin personalidad jurídica) o mediante una empresa o ente público *ad-hoc*. Si la gestión es desintegrada, puede efectuarse tanto mediante una concesión o una empresa mixta en la cual el Estado participa como socio, con facultades iguales o superiores a las de sus otros socios.

En lo que se refiere a la naturaleza de la relación jurídica entre la entidad gestora y los usuarios, la opinión mayoritaria es que se trata de relaciones jurídicas de carácter mixto (contractual-reglamentario), pues tienen una clara naturaleza pública en la parte que el servicio está sometido a reglamentación, vigilancia y protección por parte de la autoridad, y una de naturaleza privada en lo que se refiere a la relación de la empresa gestora con los usuarios.

El usuario tiene una relación entonces no solo con la Administración Pública, sino también con el gestor del servicio usualmente a través de un contrato privado. De esta manera, el usuario puede acudir a la jurisdicción ordinaria en caso de incumplimiento contractual del gestor del servicio, pero también puede reclamar ante el ente administrativo competente o el organismo regulador.

Por otro lado, el monopolio es uno de los temas clásicos de discusión en los servicios públicos. En la práctica y como regla general, condicionamientos técnico-económicos han llevado a la concesión de grandes servicios en situación de monopolio.

La argumentación siempre fue en el sentido que resultaba indispensable una «infraestructura de red» para su prestación (gas, electricidad o teléfono) que no era económico duplicar, pues se daban «las condiciones económicas propias de un monopolio»; es decir, «disminución del coste con el aumento de demanda y aumento del coste con pluralidad de oferta» (Ariño Ortiz, 2004, p. 338 ss.). Pero lo ocurrido fue que muchos otros servicios (correos, transporte urbano y rutas aéreas) se otorgaron en régimen de monopolio cuando podían haberse estructurado sobre la base de la competencia en la oferta. La evolución de los servicios públicos durante los últimos años revela una tendencia hacia la monopolización de la oferta; es decir, la progresiva absorción de los pequeños por los grandes gestores, la ampliación de la zona concesional y la concentración empresarial, a pesar de que las legislaciones —inútilmente— siguen proclamando la prohibición del monopolio, en lugar de precisar la figura del abuso de posición de dominio. No cabe duda que las concentraciones traen ventajas en lo que a economías de escala se refieren; pero, de otro lado, tienen el inconveniente, para la Administración y para los usuarios, de la pérdida de toda referencia en cuanto a costos por la falta de competencia.

En la actualidad, en nuestro ordenamiento legal, son servicios públicos económicos: los servicios de electricidad¹⁰⁷, de telecomunicaciones declarados como tales en el reglamento de la ley¹⁰⁸, la distribución de gas natural por red de ductos¹⁰⁹, los servicios de saneamiento¹¹⁰ y el servicio postal¹¹¹.

El Tribunal Constitucional peruano, en la STC Exp. 034-2004-PI/TC (caso Luis Alberto Maraví), que declaró infundada una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 al 5 de la ley 26271 (ley que estableció el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros a favor de policías, bomberos, universitarios y escolares), asumió la definición formal, subjetiva y estricta del servicio público (Parejo Alfonso, 2004, p. 53). Así, en el fundamento 40, declaró que:

[...] es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional

¹⁰⁷ Artículo 2 del decreto ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

¹⁰⁸ Artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el decreto supremo 013-93-TCC.

¹⁰⁹ Artículo 79 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, aprobado por el decreto supremo 042-2005-EM.

¹¹⁰ Artículo 3.1 del decreto legislativo 1280, decreto legislativo que aprueba la ley marco de la gestión y prestación de los servicios de saneamiento.

¹¹¹ Artículo 2 del decreto legislativo 685, normas del servicio postal.

de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

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

Además de estos principios enunciados por el Tribunal Constitucional del Perú, consideramos que es muy relevante el de la primacía del usuario y el interés social (Rotondo, 2013, p. 830). El fundamento de este principio se encuentra en el mandato del artículo 65 de la Norma Suprema. A nuestro juicio, el Estado no es neutro ni debe serlo: defiende el interés de los usuarios (cfr. Pérez Hualde, 2007, pp. 488-489; Tassano, 2008, p. 91)¹¹².

Otra sentencia relevante en materia de servicios públicos pronunciada por nuestro Tribunal Constitucional es la STC Exp. 06534-2006-PA/TC (caso Santos Eresminda Távara Ceferino). La usuaria interpuso demanda de amparo contra la empresa pública de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), solicitando que se le restituya el servicio de agua potable al no tener deuda de pago de agua. En los fundamentos 17 y 18, la sentencia del Tribunal Constitucional declara que el agua potable: es un derecho constitucional no enumerado y un derecho de naturaleza prestacional, cuya concretización corresponde promover al Estado, y recurso natural esencial:

17. En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. [...]. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudir primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así, las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.

¹¹² Tassano resalta que el regulador debe proteger al usuario del posible abuso de las empresas, por su posición de monopolio en la prestación de un servicio esencial.

18. El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras, que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

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

3. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO: EL SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL Y EL SERVICIO UNIVERSAL

El concepto de servicio público viene mutando y adquiriendo nuevos desarrollos y definiciones técnico-jurídicas especialmente durante los últimos años, lo que ha dado lugar a un debate intenso que se ha visto impulsado por desarrollos tecnológicos, desregulación normativa, promoción de la competencia económica y procesos de privatización. A esto se suma el reciente proceso de transformación del Estado basado en el principio de subsidiaridad e incorporado en muchas ocasiones al texto constitucional, así como a la legislación positiva. No es extraño a esta evolución la incorporación expresa del principio de subsidiaridad en nuestra norma fundamental (Kresalja, 2015).

Si bien el servicio público tradicional logró éxitos incuestionables en los países más desarrollados, pues hizo llegar prestaciones a mayorías significativas atendiendo necesidades vitales clásicas, la crisis del Estado de bienestar hizo que, a partir de 1980 hasta nuestros días, ese servicio público tradicional trate de disimular su origen y transmutarse en un servicio comercial. La ausencia de competencia y el cambio tecnológico hizo que el servicio público tradicional no pudiera brindarse con eficiencia y a costos adecuados, lo que afectó a todas las empresas gestoras, sean de titularidad pública o privada. Los instrumentos utilizados para su desmontaje fueron tanto

las privatizaciones con el objeto de aprovechar el capital y la tecnología en manos privadas como la desregulación normativa. Asimismo, como veremos a continuación, se buscó que la técnica del servicio público se aplique solo a prestaciones de naturaleza económica, dándole a estas obligatoriedad.

Se ha buscado, en la gestión del nuevo servicio público, superar la antigua inseguridad de sus protagonistas frente a decisiones no regladas de inspiración inmediateista, lo que ha llevado, por ejemplo, a la creación de organismos reguladores. Se han introducido ahora más sujetos y más intereses que deben articularse entre sí, determinando la ley que es lo realmente exigible y acabándose los «cheques legislativos en blanco», las *publicatios* y las «deslegalizaciones masivas». Ello no significa, sin embargo, abandonar algunos principios que vienen de atrás, tales como la continuidad, regularidad, igualdad o universalidad y exigibilidad del servicio a brindarse (Kresalja, 1999, p. 68); además, para que este nuevo servicio público sea realizable, efectivo e igualitario, debe producirse sobre unas prestaciones básicas y mínimas que deben ser las únicas exigibles por medio del derecho público. De otro lado, la situación del usuario es ahora predominantemente contractual.

En el derecho comunitario de la Unión Europea, el concepto de servicio público se ha transformado en «servicio de interés general» y «servicio de interés económico general». Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza, en su artículo 36, declara que: «La Unión reconoce y respeta a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

Zegarra conceptúa a los servicios de interés general como aquellas actividades públicas o privadas que pueden abarcar servicios bajo el mercado o no, que tienen a su cargo misiones de interés general. En consecuencia, deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia, y que, en razón de ello, están sometidos a obligaciones de servicio público que plasman valores colectivos como la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar (Zegarra, 2005, p. 232).

Para el denominado *Libro Blanco* de la Comisión Europea (2004), los servicios de interés económico general abarcan servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones, a los que los Estados miembros o la Comunidad Europea imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general (Zegarra, 2012, p. 39). Zegarra los distingue como una categoría de servicios de interés general, referidos a las actividades de carácter económico prestadas a título oneroso y que el Estado está obligado de promover en procura dicho interés (2005, p. 235).

Luciano Parejo sostiene que la noción de servicio público se ha transformado a través del concepto amplio, objetivo o funcional del servicio de interés económico general (Parejo Alfonso, 2004, p. 64). Como anota Rodríguez Arana, lo relevante no es quién preste el servicio, sino que se promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, se posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas (2012b, p. 58).

En nuestra jurisprudencia constitucional, debe resaltarse que el Supremo Tribunal, en el caso Maraví, afirma que es obligación constitucional del Estado garantizar la prestación del servicio público sin que necesariamente se imponga una titularidad estatal de la actividad. En el fundamento jurídico 41, declara que: «Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal, sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas, y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el Estado».

Otra categoría innovadora surgida como complemento básico de la liberalización del mercado de servicios de telecomunicaciones y que es, a su vez, un contenido del servicio económico de interés general, es el servicio universal¹¹³. Este constituye un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible para todos los ciudadanos, al margen de su situación económica, social o geográfica (Rodríguez Arana, 2006, p. 40). Por ejemplo, proporcionar a los usuarios que lo soliciten una conexión a la red telefónica pública o el acceso a internet desde una ubicación fija y a un precio factible. Ariño conceptúa el servicio universal como una transformación de la categoría del servicio público:

[...] aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia

¹¹³ Door (2003, p. 220) sostiene que: «Hace casi un siglo que se habla de Servicio Universal. Sin embargo, el significado de la frase depende de los objetivos que se persiguen, los cuales han ido variando en el tiempo. La frase Servicio Universal nació en 1907, con los inicios de la expansión de los servicios de telefonía en EEUU., como slogan de la campaña para captar clientes de la compañía *American Telephone and Telegraph* (AT&T) y sus subsidiarias *Bell*. Dicho slogan implicaba la promesa de 'un teléfono para cada hogar', base de una ingeniosa campaña comercial de AT & T con lo cual conseguía el doble objetivo de aumentar su cartera de clientes (bajar costos) y minimizar la competencia (fijar los precios). Como veremos, tanto la frase «servicio universal», como el consecuente slogan «un teléfono para cada hogar», no solo entonces representaron conceptos distintos, sino que hoy el concepto es completamente diferente al de aquella época. Actualmente, el servicio universal solo apunta a responder a la pregunta del inicio: ¿cómo prestar el servicio telefónico en zonas o usuarios que no aseguran rentabilidad» (2003, p. 220). cfr. Hernández-Mendible, 2016, pp. 339-363.

no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos, la regulación de nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector. Es justamente este planteamiento el que ha venido a suponer una transformación radical del concepto de servicio público (Ariño Ortiz, 2004, p. 634).

En esa dirección, en la doctrina nacional, Quiñones Alayza y Sattler Correa-Rey precisan que el servicio universal está orientado a una garantía de mínimos:

[...] no busca garantizar que la población tenga acceso a todos los servicios públicos disponibles en el mercado, sino exclusivamente aquellos calificados como esenciales. Ello obliga al regulador a determinar cuáles son esos servicios básicos, así como los niveles de calidad y cobertura mínimos que deben estar disponibles con carácter universal y a un precio asequible para todos los ciudadanos, con independencia de su ubicación geográfica y condición económica. Y ese nivel de cobertura mínima, evidentemente, varía en función de cada país, del nivel de desarrollo de su infraestructura de servicios públicos y de la capacidad del tesoro público o de los demás usuarios para subsidiar el acceso o el servicio a aquellos conciudadanos que no están en capacidad de asumir el costo total. Varía también en función de la evolución de las necesidades que la población tiene respecto de un servicio específico (Quiñones Alayza & Sattler Correa-Rey, 2008, p. 41).

En suma, es una suerte de síntesis de los principios originales del servicio público con los de la economía de mercado (Rodríguez Arana, 2006, p. 41). El servicio universal, al constituir el derecho de todo ciudadano a una prestación, asume la categoría de derecho social (Zegarra, 2012, p. 42)¹¹⁴.

4. LOS SERVICIOS PÚBLICOS SOCIALES

El artículo 58 de la Constitución peruana de 1993 delimita el rol del Estado en el sistema económico y le encomienda que actúe «principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». Así, se distingue a los servicios públicos de los servicios de salud y educación. Con un criterio técnico-jurídico, se debe interpretar que la Norma Suprema se refiere, con el concepto

¹¹⁴ En el Perú, un antecedente hacia el acceso universal de los servicios de telecomunicaciones se encuentra en la ley 28900, que otorgó al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) la calidad de persona jurídica de derecho público adscrita al Sector Transportes y Comunicaciones. En su artículo 1, establece que el FITEL es un fondo destinado a la provisión de acceso universal, entendiéndose como tal al acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios esenciales de telecomunicaciones capaces de transmitir voces y datos.

de servicios públicos, a los servicios públicos económicos, que no deben ser confundidos y es conveniente distinguirlos de los servicios públicos no económicos o sociales¹¹⁵.

El concepto servicios públicos sociales comprende a las actividades «prestacionales», tales como la asistencia sanitaria, la educación pública, la seguridad social y la asistencia social a colectivos necesitados¹¹⁶.

Siguiendo a Tornos, los servicios sociales constituyen servicio público siempre y cuando se trata de actividades prestacionales técnicas que la Administración se compromete a organizar y a prestar de forma directa o indirecta, incluyéndolas dentro del sistema público. Por otro lado, las actividades reglamentadas serán las prestaciones sociales que realice el sector privado fuera del sistema de responsabilidad pública y bajo la supervisión administrativa (Tornos Mas, 2004, p. 13).

Corresponde delimitar el concepto de servicios públicos sociales y ubicarlos en el texto de la Constitución peruana de 1993. La Norma Suprema utiliza el concepto «servicio público» u otros con esa significación y consecuencias jurídicas en las siguientes disposiciones:

- El artículo 9 prevé que el Estado determina la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud¹¹⁷.
- El artículo 10 declara que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

¹¹⁵ «Por otra parte, son muy diversas las razones que históricamente han justificado el nacimiento de los servicios públicos asistenciales y el de los servicios de carácter económico. En efecto, la asunción por parte de la Administración Pública de los llamados servicios asistenciales y sociales, es decir, aquellos que garantizan el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia, sanidad y educación [...] Debe observarse —por contraste con lo que luego se dirá— que la aparición de estos servicios públicos no comportaba necesariamente el monopolio administrativo de tal tipo de actividad. Ni los servicios públicos sanitarios o de beneficencia ni la aplicación de un sistema administrativo de enseñanza pública implicaron la prohibición a los particulares de montar actividades paralelas» (Garrido Falla, 1994, p. 23).

¹¹⁶ Como se prestan en concurrencia con la iniciativa privada, hay quienes sostienen que no se puede —en rigor— considerar a los servicios sociales como servicios públicos, aun cuando comparten las mismas características de ellos, como ser servicios de interés general, debido a que no hay una reserva de la titularidad de la actividad a favor de la administración pública ni su régimen jurídico, en muchos aspectos, es el mismo aplicable a los servicios públicos (cfr. Bernal Blay, 2006, p. 541).

¹¹⁷ A nuestro juicio, el artículo 9 de la Norma Suprema, sí permite definir a la asistencia sanitaria como un servicio público social. En la doctrina nacional, Vignolo (2012, pp. 352-353) sostiene que no es un servicio público en estricto, sino uno compartido que abarca la concurrencia de la actividad prestacional pública, exigida por mandato constitucional con concurrencia de la actividad privada regida por el régimen de libertad de empresa en el mercado, pero ordenada y regulada a la dirección del poder público.

- El artículo 16 establece que es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.
- El artículo 17 prevé que la educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias y que, en las instituciones del Estado, esta es gratuita.
- El artículo 58 establece que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
- El artículo 119 prevé que la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.
- El artículo 192 establece que los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, además de fomentar las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.
- El artículo 195 prevé que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

5. LOS DERECHOS DE ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO: DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD A LA EDUCACIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL

5.1. Concepto de derechos a acciones positivas del Estado

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

Como afirma Ocampo, los resultados sociales deseables pueden definirse como unos mínimos que la sociedad debe garantizar a los ciudadanos, que desde el marco de ciudadanía son los llamados «derechos económicos y sociales» y, desde el marco de la economía del bienestar, son bienes de valor social (*merit goods*): su determinación supone la definición de auténticas preferencias sociales, cuya definición tiende a hacerse a través de procesos políticos y expresarse en normas constitucionales y legales (Ocampo, 2005, p. 112).

Es así que se afirman, en el constitucionalismo del siglo XX, los denominados «derechos fundamentales sociales»: los derechos a la asistencia sanitaria, a la vivienda y la educación, entre otros, como los derechos del trabajo (Alexy, 1997, pp. 419-428).

Nos centraremos en los derechos sociales prestacionales —tales como la protección a la salud, a la educación y a la seguridad social— por su vinculación directa con los servicios públicos sociales. Como sabemos, en el derecho internacional se alude a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), denominados también, por un sector de la doctrina, «derechos de segunda generación». Como la denominación de derechos económicos no es unívoca, hemos optado por denominarlos «derechos a acciones positivas del Estado» por su conexión directa con los servicios públicos sociales.

Tienen sus antecedentes históricos en el surgimiento del constitucionalismo social en la Constitución mexicana de 1917 (llamada Constitución de Querétaro), en la Constitución alemana de Weimar de 1919 y en la Constitución de la República Española de 1931. Entre los nuevos derechos sociales fundamentales, se reconocen los derechos de todas las personas a la salud, a la seguridad social y a la educación, que justifican su prestación como servicios públicos asistenciales.

Con relación a los derechos socioeconómicos y culturales, se ha acuñado el concepto de «ciudadanía social», el cual consolida el proceso histórico de reconocimiento de los derechos humanos, desde el reconocimiento de los derechos civiles que garantizan el ejercicio de la libertad individual (siglo XVIII); de los políticos, que permiten la participación directa o indirecta en el poder del Estado (siglo XIX); y de los socioeconómicos, que permiten una vida digna, haciendo realmente efectivos los otros dos (siglo XX). Los denominados derechos económicos, sociales y culturales se constituyen así como derechos del bienestar y de la igualdad social de todos los ciudadanos, que se manifiestan en los sistemas prestacionales públicos, especialmente en lo referido al acceso a la alimentación, a la educación, a la salud, a la renta mínima para todos y a los servicios sociales que provee el Estado de bienestar (Camarero, 1998, pp. 234-235).

En términos de García Pelayo, mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, en el siglo XX la dignidad humana (materializada en derechos socioeconómicos) pasa a ser una condición para el ejercicio de la libertad (García Pelayo, 1985, p. 26).

Es verdad que ofrecer derechos políticos y salvaguardas contra la intervención del Estado a hombres que están medios desnudos, mal alimentados, enfermos y que son analfabetos es reírse de su condición: necesitan ayuda médica y educación antes de que puedan entender qué significa un aumento de su libertad o que puedan hacer uso de ella ¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden usarla? [...] Si mi libertad o la de mi clase o Nación depende de la miseria de un gran número de seres humanos, el sistema que promueve esto es injusto e inhumano.

Cuatro ensayos sobre la libertad
Isaiah Berlin

Como afirma Malaret (1998, p. 87)¹¹⁸, la noción de ciudadano permite superar la de individuo —en el sentido atomizante del término— para subrayar la inclusión plena de la persona en el tejido social. En suma, la ciudadanía social alude a este tipo de derechos, cuya protección vendría garantizada por el Estado-Nación, entendido no ya como Estado liberal de derecho, sino como social de derecho (Cortina, 1999, p. 66).

La Constitución peruana de 1933, que rigió hasta 1980, introdujo un capítulo de garantías nacionales y sociales, ubicado antes del capítulo dedicado a las garantías individuales.

Dentro del marco jurídico del Estado social de derecho, proclamado por primera vez en el artículo 79 de la Constitución de 1979, el artículo 43 de la Constitución peruana de 1993 declara que la República del Perú es democrática y social. Asimismo, el artículo 44 de la Norma Suprema, en su primer párrafo, declara: «Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas a su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

La cláusula del Estado social de derecho implica que es un fin social de aquel garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en la C-791/1, asume que, si bien el artículo 365 de la Constitución de 1991 declara que: «Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional», ello no implica que el Estado necesariamente gestione de manera directa los servicios públicos, pero sí lo obliga a garantizar su prestación: «[...] el precepto constitucional no encomienda de manera directa a la organización estatal su prestación —posibilidad que sin embargo no queda excluida desde la perspectiva constitucional—, en todo caso radica en cabeza de esta “el deber de asegurar su prestación eficiente”, deber que por otra parte da origen como correlato necesario a un derecho colectivo en cabeza de los asociados para reclamar al Estado su cumplimiento».

¹¹⁸ En términos de Rawls: «Decir que una sociedad está bien ordenada expresa tres cosas: la primera (implícita en la idea de una concepción de la justicia públicamente reconocida) que es una sociedad en la que cada cual acepta, y sabe que todo el mundo acepta, los mismos principios de justicia; la segunda (implicada en la idea de la regulación efectiva de tal concepción), que su estructura básica —esto es, sus principales instituciones políticas y sociales y cómo forman en conjunto un sistema de cooperación— se sabe públicamente, o al menos se tienen buenas razones para creer, cumple con estos principios. Y tercera: que sus ciudadanos tienen, normalmente, un sentido efectivo de justicia, y por ello cumplen generalmente las reglas de sus instituciones básicas, a las que consideran justas. En tal sociedad, la concepción de justicia públicamente reconocida establece un punto de vista compartido desde el cual pueden juzgarse los reclamos que los ciudadanos plantean a la sociedad» (1996, p. 56).

Esta esfera pública y el papel garantista del Estado, limitados por Hobbes de manera exclusiva a la tutela al derecho a la vida, se extendieron históricamente, ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales: a los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas; después a los derechos políticos, con la progresiva ampliación del sufragio y de la capacidad política; más tarde, al derecho de huelga y los derechos sociales, en las constituciones de este siglo, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente y a la información hoy objeto de reivindicación pero todavía no constitucionalizados. Los derechos fundamentales se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

Derechos y garantías. La ley del más débil
Luigi Ferrajoli

5.2. Los derechos a acciones positivas del Estado en los tratados internacionales

Los derechos a acciones positivas del Estado son reconocidos no solo en diversos textos constitucionales del siglo XX, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de la ONU (1948), aprobada internamente en el Perú el 15 de diciembre de 1959, que no establece distinciones y separa en categorías a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales (Courtis, 2013, p. 1593).

En su artículo 22, la DUDH declara que los derechos económicos, sociales y culturales son indispensables para el desarrollo humano: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad»¹¹⁹.

En el primer párrafo del artículo 25, la DUDH reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para asegurar a la persona y a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios

¹¹⁹ Cabe señalar que el texto de ese artículo se inspira, entre otros documentos, en la intervención del representante de los Estados Unidos ante la ONU, quien afirmó que su delegación estaba de acuerdo con la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en la declaración, por cuanto «sin seguridad económica e independencia no puede existir libertad individual alguna. El necesitado no es libre» (citado por Ige, 1995, p. 68). Esa posición fue inspirada por la presidenta del Comité de Redacción de la Declaración, Eleanor Roosevelt, viuda de Franklin D. Roosevelt, el presidente estadounidense del *New Deal*.

sociales necesarios; así como los derechos a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Un hito histórico de nivel internacional en el reconocimiento de estos derechos es marcado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU y vigente en el Perú desde el 28 de julio de 1978. En el párrafo 1 del artículo 2, declara que: «Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de recursos de que disponga para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos económicos aquí reconocidos»¹²⁰.

Asimismo, en materia de derecho a la educación, el PIDESC, en el párrafo 1 del artículo 13, declara que los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a la educación y convienen en que la esta debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En su párrafo 2, el mencionado artículo 13 del PIDESC reconoce que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

¹²⁰ El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha sostenido que el PIDESC impone diversas obligaciones mínimas con relación a todos los derechos consagrados y, en caso de no cumplimiento, la obligación de probar que el máximo de los recursos disponibles a nivel nacional, así como mediante la cooperación y asistencia internacional, fue utilizado o se intentó usar para la realización de los derechos consagrados (cfr. García Ramírez, 2003, p. 134). En similares términos, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara: «Los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios aprobados».

- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

En materia de derecho a la salud, el PIDESC, en su artículo 12, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. De acuerdo a la OMS, la salud no solo es la ausencia de enfermedades, sino que constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social. En ese orden de ideas, por ejemplo, el derecho humano al agua es un elemento básico para la vigencia real e inmediata del derecho a la salud (Alza Barco, 2005, p. 139).

En el literal b del párrafo 2 del artículo 12, el PIDESC estipula, como medida que deberán adoptar los Estados para asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. Esta medida implica velar por el suministro adecuado de agua potable y la creación de condiciones sanitarias básicas. Asimismo, la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas, tales como radiaciones y sustancias químicas dañinas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos¹²¹.

Cabe subrayar que el literal d del párrafo 2 del artículo 12 establece que, entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, está la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

Con relación al derecho a la seguridad social, el PIDESC, en su artículo 9, declara que: «Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».

En esa misma dirección de afirmación de la ciudadanía social, en 1988, durante la XVII Asamblea General de la OEA, reunida en San Salvador, se aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado también Protocolo de San Salvador.

¹²¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Comentario General 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12 del PIDESC, sostiene que «el derecho humano al agua es indispensable para llevar una vida en dignidad humana. Es un pre-requisito para la realización de otros derechos».

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello¹²².

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su eficacia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

Preámbulo del Protocolo de San Salvador

Debe destacarse el artículo 9 del Protocolo de San Salvador que, en su párrafo 1, reconoce el derecho a la seguridad social como el de toda persona a la protección contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que le imposibilite física o mentalmente obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En su párrafo 2, el artículo 9 prevé que, cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional. El artículo 10, se refiere a la protección al derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Esta disposición prevé que, con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Parte, se comprometen a reconocer la salud como un bien público¹²³ y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal a la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad.

¹²² Cabe citar el caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú, sentencia del 1 de julio 2009, párrafo 101; caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia del 31 de agosto de 2017, párrafo 141. Sobre el derecho a la seguridad social como derecho autónomo y justiciable, ver el caso Muelle Flores vs. Perú, sentencia del 6 de marzo de 2019, párrafo 172 y siguientes.

¹²³ «Los bienes públicos son definidos por los economistas tomando en cuenta dos condiciones: a) son bienes, o sea estado de cosas, valiosos, que son gozados en forma no excluyente —o sea si algunos gozan de él todos los demás del grupo social relevante necesariamente gozan de él—, y b) su consumo no es competitivo, o sea su consumo por parte de unos no perjudica el consumo por parte de otros» (Nino, 2005, p 350).

- b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.
- c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.
- d) La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.
- e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud.
- f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

El Protocolo de San Salvador, en el párrafo 3 de su artículo 13, desarrolla los siguientes contenidos del derecho a la educación:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas —incluso la técnica y profesional—, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
- d) Se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.
- e) Se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción o formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

Cabe señalar que el párrafo 5 del mencionado artículo 13 precisa que: «Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados Parte».

De otro lado, la seguridad social es, desde el origen del Estado de bienestar, un derecho a prestaciones del poder público (Monereo Pérez, 2002, p. 1426). A nivel de instrumentos internacionales, debe destacarse el numeral 102 del Convenio de la OIT («Norma mínima de seguridad social»), que viene a cristalizar el estándar mundial

y el ideal de cobertura en materia de seguridad social. La OIT propugna, en esta materia, que los sistemas de seguridad social deben estar acompañados de políticas públicas que los hagan viables y efectivos.

En el contexto actual de internacionalización de los derechos a acciones positivas del Estado, un primer paso fundamental es que los Estados Parte incorporen expresamente, en sus textos constitucionales, el reconocimiento de estos derechos. En este proceso de constitucionalización de los derechos a acciones positivas del Estado, los textos fundamentales deben reconocer la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos o reconocerlos como integrantes del derecho interno (Gallón, 1995, p. 48).

La Constitución peruana de 1993 no reconoce explícitamente la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos; pero, en su cuarta disposición transitoria y final, establece que: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Se trata de una disposición que encuentra su antecedente en el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978. Cabe citar como referencia interesante que, en el sistema constitucional español, el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados de derechos humanos son un parámetro interpretativo de los derechos fundamentales. Así, ha señalado, en el fundamento jurídico 5 de la sentencia 84/1989, que «una cosa es que los convenios internacionales a que se refiere el artículo 10.2 CE hayan de presidir la interpretación de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y otra muy distinta es erigir dichas normas internacionales en norma fundamental que pudiera sustanciar exclusivamente una pretensión de amparo».

En esa dirección, la cuarta disposición transitoria y final de la Constitución peruana de 1993 reconoce a los tratados internacionales relativos a derechos humanos como parámetro interpretativo sobre los derechos constitucionales. Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano afirma que, conforme a la precitada disposición de la Constitución, los mencionados tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad¹²⁴.

En ese sentido, los tratados internacionales de derechos humanos que tutelan los derechos económicos, sociales y culturales se integran con las disposiciones de la Constitución peruana de 1993 referidas a estos derechos y constituyen su principal parámetro interpretativo. En consecuencia, la cuarta disposición transitoria y final de la Constitución peruana de 1993 constituye el marco jurídico para el reconocimiento

¹²⁴ STC Exp. 1776-2004-AA/TC, caso Víctor Augusto Morales Medina, fundamento 16.

de nuevas dimensiones de los derechos fundamentales que emerjan a la conciencia social y política. Implica una vinculación interpretativa a lo establecido en los instrumentos internacionales, que están en un continuo proceso de despliegue de potencialidades debido a su función promocional de los derechos fundamentales (cfr. Viciano Pastor & Serra Cristóbal, 2006, p. 191).

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

La diferencia más relevante entre derechos civiles y políticos y los derechos a acciones positivas del Estado es la prestación estatal que representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho. En el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación pública gratuita, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado, de modo que la inexistencia de prestación del Estado supone automáticamente la denegación del derecho (Contreras Peláez, 1994, p. 21).

Sobre la salud como bien jurídico, debe precisarse que es objeto de protección en una amplia diversidad de aspectos por el ordenamiento jurídico. Esa variedad de tratamientos se debe a la complejidad y amplitud del concepto de salud, que no es abarcable en toda su dimensión por el derecho. Su determinación («ahora tengo salud, ahora no; tengo más salud o tengo menos salud») no puede estar en función solo de precisiones médico-biológicas de lo que se considere «normal», sino que está relacionado con características socioculturales y es un concepto valorativo (Aparicio Tovar, 2002, p. 1555).

Desde una perspectiva ética, Alleyne afirma que la salud debería figurar de manera relevante entre las libertades básicas y las oportunidades iguales para todos. Si seguimos la teoría de la justicia de Rawls, este autor afirma que la justicia debería exigir el acceso universal a los servicios de salud, aun cuando tal vez sería más importante que postulara una distribución justa de los demás factores determinantes de la misma, como la inmunización, el suministro de agua potable y la planificación familiar (Alleyne, 2002, pp. 218-219).

El derecho a la protección a la salud tiene como uno de sus principales instrumentos a la seguridad social, que es un elemento estructural básico del Estado de bienestar. Es un instrumento fundamental para hacer real y efectiva la igualdad y la libertad de los individuos ante las situaciones de necesidad, como las de alteración de la salud. El sistema de seguridad social no es otra cosa que un plan para que triunfe la libertad frente a la necesidad, como señala el informe Beveridge de 1942.

En el derecho comparado, hay que reconocer el antecedente histórico de la Constitución de Weimar que, en su artículo 161, declaró el compromiso del Estado

de organizar un sistema de seguros para la conservación de la salud y de la capacidad de trabajo, la protección de la maternidad y la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, de la invalidez y de los accidentes.

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

Por otro lado, la ley 29344 (Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud) es una norma jurídica que desarrolla constitucionalmente el derecho fundamental a la salud. Así, define en su artículo 4 al principio de universalidad como la garantía de la protección de la salud para todas las personas residentes en Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

Con relación al derecho a la gratuidad de la educación, se plantea una cuestión sobre la cobertura de su extensión. En ese sentido, coincidimos con la opinión que sostiene que razonablemente debe incluir, por lo menos, aquellas prestaciones que sean indispensables para el ejercicio del derecho a la educación, teniendo en cuenta las características personales y grupales de los educandos, para hacer efectiva y real la igualdad (Cámara Villar, 2006, p. 994).

El derecho a la educación supone que la equidad y calidad son dos conceptos inseparables. La fórmula que mejor sintetiza esta idea es «lograr una educación de calidad para todos» para que los niños desarrollen al máximo sus capacidades y adquieran conocimientos y habilidades útiles para su vida adulta (Aylwin, 2002, p. 230).

En nuestra legislación, el artículo 4 de la ley 28044 (Ley General de Educación) declara que: «La educación es un servicio público; cuando lo provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley».

Sobre el derecho social fundamental a la salud, debe citarse, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la STC Exp. 2945-2003-AA/TC (caso Azanca Alhelí Meza García), pronunciada el 20 de abril de 2004. La demandante interpuso acción de amparo contra el Estado Peruano y solicitó que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente VIH/sida. La procuradora pública argumentó que, según los artículos 7 y 9 de la Constitución, el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un simple plan de acción estatal y no un derecho concreto. El Tribunal Constitucional afirmó:

Quando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto,

su afectación merece protección vía la Acción de Amparo [...] Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado, a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

La sentencia analiza la undécima disposición final y transitoria de la Constitución que establece que las disposiciones de esta que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente, así como también el principio de legalidad presupuestaria, previsto en su artículo 77. El Supremo Tribunal, siguiendo al PIDESC, precisa que dicha aplicación progresiva supone destinar el máximo de recursos que se disponga para atender los derechos sociales:

Aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como es el caso de autos. Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos [...] Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.

En esta memorable sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve declarar fundada la acción de amparo, ordena que se considere a la demandante en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/sida por parte del Ministerio de Salud, incluyendo la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante.

De otro lado, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, sobre el derecho social a la educación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, en la STC Exp. 04232-2004-AA/TC (caso Larry Ormeño), pronunciada el 3 de marzo de 2005, reconoció fundamento 11 la naturaleza binaria de la educación: derecho fundamental y servicio público.

En esa misma dirección, la STC Exp. 4646-2007-PA/TC (caso Feliciano Contreras Arana), pronunciada el 17 de octubre de 2007, afirma, en el fundamento 25: «De otro lado, es de precisar que la educación no es solo un derecho sino un auténtico servicio público que explica una de las funciones-fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente a través de terceros —entidades privadas— aunque siempre bajo fiscalización estatal».

Más relevante aún es la STC Exp. 00011-2013-PI/TC (caso Ley de protección a la economía familiar), pronunciada el 29 de agosto de 2014, sobre la acción de inconstitucionalidad contra la ley 29947, cuyo artículo 2 establece que los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos ni la atención a los reclamos formulados a los pagos de pensiones en el ciclo lectivo del curso. Se prevé que —en este último caso— las instituciones educativas pueden retener los certificados correspondientes al periodo no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente de esta consecuencia a los usuarios al momento de la matrícula y procedan a la matrícula del ciclo siguiente, previa cancelación de su deuda. El caso planteó la tensión entre el derecho a la educación y la libertad de empresa. La sentencia declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, siendo el fundamento más relevante el carácter de servicio público de la educación, reiterada por el Supremo Tribunal, en el fundamento 61:

Ahora bien, este Tribunal recuerda que la educación superior ostenta el carácter de servicio público. Así ha sido reconocido por el artículo 4 de la ley 28044, General de Educación: se trata de una actividad, de ejecución estatal o realizada por terceros, bajo fiscalización estatal [fundamento 11 de la STC 4232-2004— AA, reiterado en los fundamentos 20-22 de la STC 0025-2007-PI], cuya finalidad se vincula directamente con la autorrealización del ser humano y el progreso colectivo de la sociedad [Vid. fundamentos 71-74, infra].

6. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS SISTEMAS PRIVADOS DE SALUD Y PENSIONES

Artículo 10. 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 11. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

Artículo 12. Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

Como hemos precisado antes, la seguridad social es un derecho humano de naturaleza social o de prestaciones positivas del Estado, no solo de los trabajadores, como fue en su origen, sino de toda persona. En última instancia, este derecho humano «es la ley del más débil», como la denomina Ferrajoli (1999). En esa dirección, Neves precisa que se rige por los principios de: (i) universalidad, que significa la extensión del ámbito de los beneficiarios a toda persona; (ii) integridad, que le permite cubrir todas las contingencias sociales mediante acciones de prevención, reparación y recuperación, solidaridad que obliga a todos a cooperar con el cumplimiento de sus objetivos, abandonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios; (iii) la unidad en sentido orgánico y estructural; (iv) y la internacionalidad, referida a la adecuación a un sistema unitario internacional (Ferrajoli, 1999).

En el derecho comparado, se debe citar el artículo 48 de la Constitución colombiana de 1991, que declara expresamente a la seguridad social como servicio público: «La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley».

La Constitución peruana de 1993 reconoce el régimen de la seguridad social en los artículos 10, 11 y 12, ubicados en el capítulo II («De los derechos sociales y económicos») del título I («De la persona y de la sociedad»).

Así, el artículo 10 dispone que: «El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de la calidad de vida». Este artículo asigna un amplio marco de discrecionalidad al legislador para configurar la acción protectora

del sistema, desarrollando las contingencias que son protegidas por la seguridad social, en atención a las condiciones económicas que la viabilicen. Así, es la actividad del legislador la que concretará el derecho social fundamental y regulará el contenido de las prestaciones garantizadas por el Estado.

El precitado artículo 10 prevé el reconocimiento del derecho a la seguridad social con las características de universalidad propias del servicio público social. Sin perjuicio de ello, se reconoce, en el mismo artículo, que el derecho a la seguridad social es «progresivo». La progresividad impone un condicionamiento de disponibilidad de recursos presupuestarios para la efectiva prestación del derecho a la seguridad social¹²⁵. Empero, tal como precisa la jurisprudencia constitucional en el caso Azanca Alhelí Meza García, la progresividad supone aplicar el máximo de recursos presupuestarios de que se disponga para la prestación efectiva de los derechos sociales.

Hay que destacar la declaración del precitado artículo 10 en el sentido que el Estado reconoce el derecho a la seguridad social para la elevación de la «calidad de vida». En su dimensión de tutela social, Martín Mateo afirma que la calidad de vida supone la atención por parte del Estado de las necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, educación), las cuales deben estar cubiertas por servicios públicos adecuados que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí mismos su satisfacción (Martín Mateo, 1991, II, p. 1446).

El reconocimiento de la universalidad del derecho a la seguridad social supone una auténtica función del Estado de prestación de un servicio público social, que no excluye la concurrencia de la iniciativa privada en un modelo pluralista de libre competencia. Así, prevé un modelo pluralista de prestaciones de salud o pensiones en el artículo 11, «a través de entidades públicas, privadas o mixtas». Dentro de este régimen, dicho artículo de la Constitución dispone que las prestaciones bajo el régimen privado están sujetas a la supervisión de su eficaz funcionamiento.

Dentro de ese marco jurídico, la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (ley 26790), en su artículo 1, declara que la seguridad social se fundamenta en los principios constitucionales que reconocen el derecho al bienestar y garantizan el libre acceso a prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, prevé que se desarrolla en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud.

Se precisa, en el mencionado artículo 1, que los servicios prestacionales de salud están a cargo del Ministerio de Salud. La ley declara que este ministerio tiene a su cargo el régimen estatal con el objeto principal de otorgar atención integral de salud

¹²⁵ El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que el respeto al derecho fundamental a la pensión debe guardar relación con la disponibilidad de recursos presupuestarios (STC Exp. 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, fundamento jurídico 50).

a la población de escasos recursos que no tiene acceso a otros regímenes o sistemas. El régimen estatal se financia con recursos del tesoro público y brinda atención a través de la red de establecimientos del Estado, así como mediante otras entidades públicas o privadas que tengan convenios con esa finalidad.

El artículo 2 de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud precisa el rol del Seguro Social de Salud (ESSALUD), que otorga cobertura a sus asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales.

La mencionada disposición prevé que el Seguro Social de Salud se complementa con los planes y programas de salud brindados por entidades prestadoras de la misma —del sector privado— debidamente acreditadas, financiando las prestaciones mediante los aportes y otros pagos que correspondan con arreglo a ley.

El artículo 14 de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud creó la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud con el objeto de autorizar, regular y supervisar su funcionamiento y cautelar el uso correcto de los fondos administrados por estas.

Con relación al sistema público de pensiones, Rojas señala tres causas fundamentales de su crisis y deterioro: (i) la inflación de precios y la consecuente caída de los salarios reales; (ii) el rápido aumento del número de pensionistas; (iii) la mala administración, así como los problemas de evasión y mora en el pago de las cotizaciones —sobre todo por parte del Estado— y el uso indebido de los fondos (2014, pp. 62-65).

Sobre la creación del Sistema Privado de Pensiones, en el Perú, las deficiencias y la corrupción en la gestión de los sistemas públicos de pensiones no fueron las únicas justificaciones de las reformas, sino también las políticas económicas promovidas por el Consenso de Washington. Así, fue uno de los elementos básicos de la reforma y liberalización del sistema financiero peruano (Rojas, 2014, p. 53 ss.).

Los sistemas privados de pensiones se basan en un régimen de capitalización individual en el cual cada afiliado posee una cuenta donde se deposita sus cotizaciones previsionales, las cuales se acumulan en función de sus depósitos y por la rentabilidad que generan las inversiones de los fondos por parte de las empresas administradoras. Así, se afirma que son tres los objetivos principales de un sistema de pensiones basado en la capitalización de fondos: (i) proveer buenas pensiones para quienes aportan, adecuadamente relacionadas con las contribuciones hechas; (ii) proveer pensiones solidarias para quienes no puedan cotizar lo suficiente; y (iii) fortalecer el ahorro nacional y el desarrollo del mercado de capitales (Casilda Béjar, 1996, p. 28)¹²⁶.

¹²⁶ Casilda Béjar cita al estudio de G. A. Mackenzie (1995), quien sostiene que «no conviene a todos los países, ni funcionaría bien en economías con un sector informal considerable».

Sobre las administradoras privadas de fondos de pensiones, el rol de regulación del Estado se orienta centralmente al resguardo de los recursos acumulados en los fondos de pensiones. Se afirma que consiste sobre todo en garantizar el financiamiento de ciertos beneficios, dictar normas para el buen funcionamiento del sistema y controlar su cumplimiento (Berstein, 1996, p. 90). Este rol del Estado está cargo de la SBS, que ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros y de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben fondos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley, conforme al artículo 87 de la Constitución, reformado por ley 28484, publicada el 5 de abril de 2005.

Rojas resalta que el carácter obligatorio del Sistema Privado de Pensiones hace que su creación configure la concesión de un servicio público al sector privado, la misma que, por su propia naturaleza, no puede otorgar a las administradoras privadas de fondos de pensiones una total libertad para fijar el monto de las comisiones que cobran a los afiliados (Rojas, 2014, p. 254).

En materia del derecho a la seguridad social y las pensiones, se debe resaltar la STC 0050-2004-AI/0051-2004-AI/004-2005-AI/007-2005-AI/009-2005-AI, proceso de inconstitucionalidad contra la ley 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, pronunciada el 3 de junio de 2005. En el fundamento 54, sostiene que es una garantía institucional que expresa una función del Estado social y democrático de derecho:

La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado —por imperio del artículo 10 de la Constitución— al amparo de la «doctrina de la contingencia» y la calidad de vida, por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada, en la exigencia no solo del mantenimiento sino en «la elevación de la calidad de vida».

En el párrafo final del fundamento 54 de la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, se precisa que la seguridad social goza de un reconocimiento como garantía institucional, por lo que «[...] está blindada contra una reforma legislativa —incluso constitucional— que la anule o la vacíe de contenido».

Se debe resaltar que el Tribunal Constitucional del Perú ha asumido, en reiterada jurisprudencia y más claramente a partir de la STC Exp. 00014-2007-AI/TC, que el Sistema Privado de Pensiones es uno de seguridad social. Este criterio ha sido ratificado en la STC Exp. 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado

de Pensiones), pronunciada el 27 de mayo de 2013, que en el fundamento 38 conceptúa inequívocamente al sistema privado de pensiones «como una forma de seguridad social»:

La pensión tiene su fundamento en la seguridad social, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como una forma de protección de la persona «[...] frente a las contingencias que precise la ley y la elevación de su calidad de vida». El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) proclama el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. La seguridad social es entendida como un instituto constitucionalmente garantizado, que comprende un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de los recursos (STC 011-2002-AI/TC), cuyo propósito es coadyuvar a la calidad y el proyecto de vida en comunidad, bajo el signo de la doctrina de la contingencia, expresando por excelencia la función social del Estado tras la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC). El sistema privado también está catalogado como una forma de seguridad social.

A nuestro juicio, el régimen de seguridad social es de naturaleza jurídico-pública en estricto. En efecto, es una función del Estado que debe prestarse dentro de un régimen legal de universalidad, obligatoriedad y uniformidad, basado en los principios de igualdad y solidaridad, a diferencia de la iniciativa privada que se basa en la lógica contractual privada, financiable con fondos privados y a cargo de los asegurados¹²⁷.

Así, el artículo 11 de la Constitución peruana de 1993 ha sido reformado mediante la ley 28389, publicada el 17 de noviembre de 1994, que incorporó un párrafo final que declara: «La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado». De este modo, se reafirma el carácter público y legal de la seguridad social a través del denominado Sistema Nacional de Pensiones, administrado por la Oficina de Normalización Previsional, sin perjuicio de la libertad de los trabajadores de elegir el sistema dentro del modelo pluralista y de competencia constitucionalizado, de modo que esa no es la única opción que tienen (Rojas, 2014, p. 255).

¹²⁷ Gonzales Hunt (2013, pp. 15-16) considera que el sistema privado de pensiones no es ni pretende constituirse en un sistema de seguridad social, al carecer de su característica definitoria, que es el principio de solidaridad. En la misma dirección, ver Vidal y Sánchez, 2006, pp. 970-971; Abanto Revilla, 2013, p. 36.

Como sostiene Monereo, los derechos sociales colisionan con la lógica del mercado porque son derechos de desmercantilización, ya que se orientan, en lo principal, a la igualdad, mientras que el mercado produce desigualdad atendiendo a su propia lógica interna (Monereo Pérez, 2002, p. 1427). Es por ello que constitucionalmente es una función social del Estado mantener un sistema público de pensiones, basado en el principio de solidaridad, así como regular el sistema privado para garantizar una prestación previsional digna a favor de todos los afiliados.

Con relación al derecho del trabajador de desafiliarse libremente del Sistema Privado de Pensiones o sobre el retorno al público Sistema Nacional de Pensiones, en la sentencia del caso Víctor Augusto Morales Medina, se marcó un cambio jurisprudencial, admitiendo que, en ciertos casos, es viable la vía del proceso constitucional de amparo para la desafiliación (o nulidad de contratos de afiliación) del Sistema Privado de Pensiones, por vulneración al derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias. Así, en el fundamento 27, afirmó que:

Este Tribunal considera que no es consecuente con la libertad cuando, so pretexto de ella, se presenta al individuo solo las opciones entre las cuales deberá escoger, y no se le informa de las ventajas y posibles desventajas comparativas de uno y otro. Y menos aún estamos de acuerdo con el deber de respetar el derecho a la pensión, cuando se omite hacer público las verdaderas diferencias entre los sistemas. Es más, si pese a considerarse que entre los sistemas pensionarios existen notorias diferencias, y no obstante ello —o a pesar de ello— se posibilitó que una persona que pertenece al SNP pueda trasladarse al SPP, entonces no hay razón constitucionalmente aceptable para que, también, libremente, dicho individuo pueda retrotraerse de su decisión original y, en consecuencia, se le permita del derecho al retorno del SPP al SNP. Ahora bien, este contenido esencial del derecho a la pensión solo será aceptado bajo ciertas condiciones, toda vez que solo a partir de ellas, este podrá ser ejercitado. Entendiendo de esta manera el artículo 11°, se estará aplicando la Norma Fundamental en situación de igualdad entre los que desean trasladarse de un sistema a otro, sin importar si la dirección es del SNP al SPP, o del SPP al SNP, con pleno respeto del artículo 2°, inciso 2 de la Constitución. El problema del eventual colapso del SNP como justificación constitucional de un régimen que no permita la reversibilidad, no puede aceptarse como único criterio constitucionalmente legítimo, cuando no es un dato probado y de por medio se encuentra el derecho al bienestar de un individuo en su futuro y el de su familia.

El artículo 12 de la Constitución peruana de 1993 dispone que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Asimismo, establece que los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley. La disposición está orientada a que no se repita la experiencia histórica de malversación en la gestión

de los recursos de la seguridad social que se produjeron, entre otras causas, por la debilidad institucional de la entidad pública que los administraba y la baja calidad moral de sus directivos, como ocurrió en el pasado, en perjuicio de los asegurados.

La declaración de intangibilidad de los recursos de la seguridad social es una disposición de garantía institucional y que, además, debe entenderse como el reconocimiento a todos los ciudadanos de un derecho a impugnar aquellas normas y actos concretos que se aparten de las disposiciones constitucionales que garantizan el goce de la seguridad social (Monereo Pérez, 2002, p. 1437).

7. EL RÉGIMEN DE SERVICIO PRIVADO DE INTERÉS PÚBLICO DE LA RADIO Y TELEVISIÓN

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 o indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

El artículo 61 de la Constitución peruana de 1993, en su segundo párrafo, establece que la prensa, 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 los particulares.

Así, no cabe duda del mandato constitucional en el sentido que las empresas, los bienes y servicios relacionados con los medios de comunicación no pueden ser monopolio privado ni del Estado. Creemos que ambos monopolios, en los medios de comunicación, serían odiosos porque probablemente afectarían tanto la libertad de información como de expresión, esenciales para la vida democrática. En esa dirección, se sostiene que el diligente rol del Estado respecto a la información se debe producir a través de tres acciones: sancionando los abusos, garantizando su ejercicio por parte de sus titulares y asegurando el pluralismo de los medios (Bonet Pérez, 1994, p. 46 ss.).

La norma constitucional tiene como finalidad preservar la formación de una opinión pública libre. En ese mismo sentido, entendemos que la Norma Suprema prohíbe la concentración empresarial de los medios de comunicación social en la medida

que se afecte la diversidad informativa. Como señala Laguna, se amenaza el pluralismo informativo y la formación de una opinión pública libre:

No solo está en juego la salud del mercado, sino también las libertades de expresión e información. La concentración vertical puede ser utilizada para favorecer de manera calculada a las propias empresas de televisión, en perjuicio del abanico de competidores y, con ello de la diversidad informativa. La propiedad acumulada de empresas de televisión, cadenas de radio y periódicos puede conducir a una drástica reducción del número de agentes independientes, necesarios para la formación de una opinión pública libre. De ahí que la concentración de los medios de comunicación deba ser apreciada —de manera muy especial— desde la óptica de la protección y promoción del pluralismo (Laguna de Paz, 2000, pp. 243-244)¹²⁸.

Entre las posibles infracciones al derecho a la libertad de expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985 —«La colegiación de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)»—, párrafo 56, señala que la concentración empresarial de los medios de comunicación puede menoscabar la libertad de expresión:

56. Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica «medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

En esa misma dirección, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, en el principio 12, afirma que:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben

¹²⁸ Como advierte Peter Häberle, en entrevista con César Landa Arroyo, publicada en el libro *Constitución y fuentes del derecho*: «En estos momentos, Italia, está llevando a cabo una difícil lucha contra el poder de mercado de los medios de comunicación de S. Berlusconi, a los que la *Corte Costituzionale* de Roma solo puede enfrentarse de manera puntual, pero a los que por lo menos ya se atreve a enfrentar. La ‘democracia televisiva’ puede convertirse en formas encubiertas de censura» (2006, p. 565).

ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los medios.

A nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se debe destacar la STC Exp. 00015-2010-PI/TC (caso Daniel Linares Bazán), pronunciada el 11 de setiembre de 2012. En esta sentencia, el Supremo Tribunal reconoció la constitucionalidad de que —en el marco del artículo 61 de la Constitución— el legislador pueda regular el acaparamiento de medios de comunicación, estando habilitado para escoger por distintas fórmulas que resulten idóneas para conseguirlo (fundamentos 28, 29, 30 y 31)¹²⁹.

La respuesta de rigor es que la televisión mejorará cuando de verdad haya un orden plural y competitivo estimulado por la concurrencia de las televisiones privadas. Comprendo que esta respuesta pueda ser plausible en países como Italia, monopolizada durante demasiado tiempo por una pésima televisión del Estado controlada por diferentes partidos. Pero en Inglaterra el discurso se invierte: porque allí hay una buena televisión pública: la BBC, que está siendo socavada por una competencia privada puramente comercial de nivel más bajo. Antes de proclamar que la privatización mejora las cosas, es bueno tener presente que para los grandes magnates europeos de hoy —los Murdoch o los Berlusconi— el dinero lo es todo, y el interés cívico o cultural es nulo. Y lo irónico de esta situación es que Berlusconi y Murdoch en su escalada hacia los desmesurados imperios televisivos, se venden como ‘demócratas’ que ofrecen al público lo que el público desea, mientras que la televisión pública es ‘elitista’ y ofrece al público la televisión ‘que debería querer’. Molière envidiaría este comportamiento digno de Tartufo. Además, tenemos el hecho de que la televisión privada que más cuenta no mejora, si acá promete bajar el nivel de los productos televisivos.

Homo videns
Giovani Sartori

Hemos visto que la noción tradicional del servicio público equivale a titularidad pública que se considera esencial; es decir, su reserva al Estado mediante la *publicatio*. Sin embargo, no necesariamente el servicio público supone prohibición de la explotación de medios de radio y televisión privados. Una prohibición en esa línea sí es manifiestamente inconstitucional por afectar la libertad de expresión y el pluralismo de los medios.

¹²⁹ Para una visión crítica sobre el tema de la concentración de los medios de comunicación y la libertad de información y de expresión, ver los ensayos en el libro *¿Es posible acaparar la libertad?* (Kresalja & Lovatón, 2016).

En España, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite como lícita la declaración de la televisión como servicio público y parte de la premisa de asumir que el derecho a crear medios de comunicación como los de radio y televisión presenta indudables límites en atención a su escasez técnica y natural. Así, en la STC 127/1994, asume que: «[...] son conceptualmente distintos los derechos de los ciudadanos a expresarse libremente y a transmitir y recibir información veraz en radio y televisión —sustancialmente unos derechos de libertad— y los instrumentos técnicos en los cuales estos derechos se ejercen».

Esta doctrina jurisprudencial se basa incluso en antecedentes jurisprudenciales de un país liberal como Estados Unidos. Es el caso de una sentencia de 1969, del caso *Red Lion Broadcasting Co. y otros vs. Federal Communications Commission*, en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos, para justificar el derecho de rectificación de un ciudadano autor de un libro que había sido criticado en un programa de radio, declaró que el titular de cierto modo ostentaba un privilegio, ya que utilizaba de forma excluyente un recurso valioso y limitado como es un medio de radiodifusión para expresar sus opiniones ante un público masivo, a diferencia de la gran mayoría de ciudadanos que no poseen la organización ni los recursos económicos necesarios para acceder a ese instrumento privilegiado para el ejercicio de los derechos fundamentales de expresión e información.

Comentando la jurisprudencia constitucional española, Carmen Chinchilla la resume así: tan inconstitucional sería el monopolio público como dejar totalmente el funcionamiento de la televisión al juego del libre mercado; en consecuencia, lo que la Norma Suprema obliga es la regulación del medio con la finalidad de garantizar el pluralismo, la igualdad en acceso y la información plural —en sentido amplio (noticias, cultura, educación)— de todos los ciudadanos. Si no se garantiza estos derechos fundamentales —afirma esta autora— no hay democracia (Chinchilla, 2002, p. 14). Como apreciamos, estas disquisiciones no son aplicables a los medios de comunicación escritos, cuyo régimen es mucho más liberal, pues no necesitan autorización previa para operar y sus excesos están contemplados en las normas penales sobre el delito de difamación.

En Perú, el artículo 3 de la ley 28278 (Ley de Radio y Televisión) declara a dichos medios como servicios privados de interés público. El artículo II del título preliminar establece los principios que rigen la prestación de los servicios de radiodifusión:

- a) La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.
- b) La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.
- c) El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.

- d) La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución.
- e) La libertad de información veraz e imparcial.
- f) El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.
- g) La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.
- h) La promoción de los valores y la identidad nacional.
- i) La responsabilidad social de los medios de comunicación.
- j) El respeto al Código de Normas Éticas.
- k) El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.
- l) El respeto al derecho de rectificación.

En el artículo 4, se precisa los fines de los medios de radiodifusión: satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de la promoción de los valores humanos y de la identidad nacional. Con relación a la identidad nacional, debe tenerse en cuenta que se sustenta en la soberanía del Estado-Nación. En ese orden de ideas, la identidad cultural, en un contexto de comunicación global, está muy influida por los medios que construyen nuevas percepciones cotidianas de los otros y de nosotros mismos (Tubella, 2006, p. 469).

Consideramos que ha sido un error —aunque subsanable, por cierto— que la ley peruana no haya adoptado el régimen de servicio público para la radio y la televisión; asimismo, que se haya contentado por definirlo como un servicio privado de interés público, fórmula híbrida que, en el caso del Perú, responde a los poderosos intereses de sus titulares, los que han dado en reiteradas oportunidades muestra de su lejanía a los intereses permanentes de los ciudadanos del país.

Esa definición nos hace suscribir lo sostenido por Laguna en el sentido que la naturaleza privada de la radiodifusión no libera al Estado de sus específicas responsabilidades en orden a la garantía y promoción del bien común; mucho menos cuando se trata de actividades que por su naturaleza o por las circunstancias que las rodean se consideran de interés general. No puede desconocerse la marcada relevancia social, cultural y también política de la televisión por constituir el medio natural de realización de derechos fundamentales, como las libertades de expresión e información

y la formación de la opinión pública. Se puede admitir que es una actividad esencial para el desenvolvimiento de la vida colectiva en nuestro tiempo (Laguna de Paz, 2000, pp. 76-77). Partiendo de considerarlos como servicios esenciales, la radio y principalmente la televisión deben ofrecer una programación al mayor número de ciudadanos posibles, de manera continuada e igual, y presentarse como elemento esencial para cumplir un rol democrático (Martínez, 1998, p. 132). El Tribunal Constitucional, en la STC Exp. 00013-2007-AI, pronunciada el 13 de julio de 2007, en el fundamento jurídico 10, afirmó el carácter de servicio esencial de la radio y la televisión: «El concepto de servicio esencial (*Grundversorgung*) es un elemento básico de las libertades televisivas —y también radiales— en el marco constitucional, como forma básica de la «procura existencial» del Estado democrático y social de derecho».

La precitada sentencia declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 24 de la ley 28278, que estableció que la participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no pueden exceder el 40% del total de las participaciones o de las acciones del capital social, además de ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen, «entendiendo que la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales».

Sobre la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros en inversión en empresas de radio y televisión, consideramos que la sentencia, muy relevante en términos de considerar a ambos medios como un servicio esencial, debió modular este régimen de igualdad teniendo en cuenta además el mandato constitucional y legal de afirmar la identidad nacional, más aún cuando el citado principio de reciprocidad puede ser fácilmente burlado mediante argucias legales que el gobierno de turno puede no tener interés en investigar.

El artículo 11 de la Ley de Radio y Televisión define al espectro radioeléctrico como un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Se prevé en esa disposición que la utilización y el otorgamiento para la prestación del servicio de radiodifusión se efectúa en las condiciones señaladas en la ley y en las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Es importante subrayar que las limitaciones técnicas del espectro radioeléctrico han sido invocadas en la legislación comparada como fundamento jurídico para la regulación del medio y su declaración como servicio público. Por la misma razón, al no existir estas limitaciones técnicas en la televisión por cable y por satélite, no hay fundamento jurídico para sujetarlas a la regulación.

Con relación a los principios que rigen a la radiodifusión, el artículo 33 de la Ley de Radio y Televisión establece que los servicios de radiodifusión sonora y de

televisión deben contribuir a proteger o respetar los derechos fundamentales de las personas, así como los valores nacionales que reconoce la Constitución Política del Perú y la ley. A este respecto, el artículo 14 de la Constitución peruana de 1993 prevé, en el párrafo final, que: «Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural». En ese sentido, pueden ser consideradas como obligaciones de servicio público las finalidades de los servicios de radiodifusión previstas en el artículo 4 de la actual Ley de Radio y Televisión, que debieran obligar a un porcentaje mínimo de la programación dedicada a contenidos culturales, así como el cumplimiento de las disposiciones de respeto al horario familiar y la igualdad de oportunidades en la contratación de espacios de propaganda política.

El Tribunal Constitucional, en la precitada STC Exp. 00013-2007-AI, asume que la radio y la televisión son institutos constitucionales y que, por ende, a partir del artículo 14 *in fine* de la Norma Suprema, deben procurar:

Que se promueva la existencia de programación nacional, pero no de cualquier tipo, sino que esta sea coherente con el impulso del desarrollo intelectual, moral, psíquico y físico de los peruanos, toda vez que en el país se debe buscar el bienestar general de la población basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Norma Fundamental), además que existe el deber constitucional de protección de los intereses nacionales (artículo 38 de la Norma Fundamental).

Que se proteja convenientemente a los niños y adolescentes, pues la Constitución les reconoce a ellos, a partir del artículo 4º, una titularidad superreforzada de derechos fundamentales, más aún si también se ha previsto que el único límite a la proscripción de censura previa en el ámbito hemisférico dentro de los espectáculos públicos se refiere a la protección moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Que promueva un verdadero pluralismo informativo, sobre todo si la propia Norma Fundamental en el artículo 61º *in fine* expresa que los medios de comunicación social, especialmente la radio y televisión, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Que la publicidad no sea engañosa, desleal o subliminal, máxime si la Constitución señala en su artículo 65 que se ha de defender el interés de los consumidores y usuarios, exigiéndose una adecuada información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, velándose por la salud y la seguridad de la población.

A nuestro juicio, el control del cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales a la radio y televisión deben ser encomendadas a un organismo de regulación neutral e independiente como sucede en Estados Unidos, Francia, Inglaterra o Italia. En América Latina, resalta Chile, que cuenta con el Consejo Nacional de Televisión, por mandato del artículo 19.12 de la Constitución.

En Perú, la Ley de Radio y Televisión solo prevé un Consejo Consultivo de Radio y Televisión, sin efectiva potestad regulatoria. A nuestro juicio, debería establecerse una autoridad administrativa independiente con la participación mayoritaria y plural de las organizaciones de la sociedad civil¹³⁰. Debe ser un organismo autónomo del gobierno y de las fuerzas políticas, que además haya ganado confianza y prestigio en su actuación, el que imponga el respeto a las obligaciones de servicio público y a la legalidad en la radio y la televisión y no un ministerio (Chinchilla, 2002, p. 25).

El respeto a la libertad de expresión no legitima el abuso del derecho para vulnerar el valor superior de la dignidad humana o el fomento de conductas contrarias a la vigencia de los derechos fundamentales o que se constituya en formas veladas de censura que bloqueen el pluralismo informativo. Los ejemplos notorios de ilegalidad y corrupción en muchos medios televisivos y radiales durante el gobierno autocrático de Fujimori (1992-2000), sea a nivel periodístico o de los titulares o propietarios, parecen haber servido de poco para enmendar rumbos y hacer de estos medios auténticos servicios públicos.

¹³⁰ El Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enfatizó «la necesidad de que la autoridad competente en la radiodifusión en los Estados miembros sea un órgano técnico independiente del Gobierno, que goce de autonomía frente a presiones políticas coyunturales, y que se encuentre sometido a todas las garantías del debido proceso y a un riguroso control judicial» (2013, II, p. 585).

CAPÍTULO 20

EL SISTEMA MONETARIO Y BANCARIO

Artículo 83. La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú.

Artículo 84. El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica.

La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica.

El Banco informa al país, exacta y periódicamente, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su Directorio.

El Banco está prohibido de conceder financiamiento al erario, salvo la compra, en el mercado secundario, de valores emitidos por el Tesoro Público, dentro del límite que señala su Ley Orgánica.

Artículo 85. El Banco puede efectuar operaciones y celebrar convenios de crédito para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de las reservas internacionales.

Requiere autorización por ley cuando el monto de tales operaciones o convenios supera el límite señalado por el Presupuesto del Sector Público, con cargo de dar cuenta al Congreso.

Artículo 86. El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente. El Congreso ratifica a éste y elige a los tres restantes, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.

Todos los directores del Banco son nombrados por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Congreso puede removerlos por falta grave. En caso de remoción, los nuevos directores completan el correspondiente período constitucional.

Artículo 87. El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.

1. INTRODUCCIÓN

Al iniciar este capítulo, es conveniente recordar que siempre han existido, incluso en las sociedades primitivas, elementos de medida para los bienes transaccionables, constituidos por elementos de origen orgánico (como la lana de los animales) o inorgánico (como la sal o los metales preciosos). Con el transcurso del tiempo, aparece la moneda, primero en unidades metálicas de diferente valor, después en billetes de banco, primero con cobertura metálica (el «patrón oro», por ejemplo, vigente hasta mediados del siglo XX) y luego sin ella.

A lo largo de la historia, se han producido numerosos intentos para establecer un parámetro homogéneo para estabilizar los valores de los bienes que circulaban en el comercio. Para ello, se recurrió a monedas metálicas particularmente acreditadas, como lo fueron los doblones de oro españoles, acuñadas con metal extraído de nuestro país y territorios vecinos durante la Colonia. Después de la Segunda Guerra Mundial, los acuerdos de Bretton Woods, en 1944, asignaron a cada moneda un valor teórico en oro. Sin embargo, el 15 de agosto de 1971, el presidente de Estados Unidos, Richard M. Nixon, ordenó que el dólar deje de ser convertible en lingotes de oro, hecho histórico que marca la caída de los acuerdos de Bretton Woods y que da lugar a la situación actual, donde las paridades cambiarias las establecen los mercados según parámetros vinculados a las economías más fuertes de determinados países desarrollados.

En ese periodo, se crea el FMI, configurándose posteriormente como órgano de las Naciones Unidas, con el objeto de fijar las normas del sistema monetario internacional y prestar asistencia financiera a los países miembros, especialmente cuando

su balanza de pagos se encuentra en déficit, otorgando a este efecto créditos contingentes (*stand by*). La finalidad es fomentar la cooperación monetaria internacional y facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional¹³¹.

En nuestros días, el valor de la moneda emitida por los bancos centrales de los países se relaciona o determina entre varios factores, tales como los procesos inflacionarios o el número de unidades en circulación, y con indicadores generales económicos, como las tendencias a corto y largo plazo de la economía del país emisor y los precios ahí imperantes, lo que constituye, en el mercado de divisas internacional, un referente decisivo para registrar los valores monetarios.

Como se sabe, las funciones clásicas de la moneda son constituir un medio de cambio, una reserva de valor y una unidad de cuenta. La moneda es un instrumento de cohesión social, económica y política. En toda transacción monetaria, hay un acto de confianza, sea la moneda metálica, fiduciaria o electrónica, cuya generalizada aceptación produce un sentimiento de pertenencia a un sistema nacional o regional (Monteagudo, 2010, p. 136).

Toda moneda tiene vocación de universalidad, pues el espacio de circulación de las deudas tiende a ser mundial y generalizado; sin embargo, no debe confundirse la moneda nacional con la soberanía política. De otro lado, las manipulaciones monetarias por parte del Estado pueden provocar inflación —que el Perú sufrió muy intensamente durante la década de 1980— y, en ese caso, impacta la economía del conjunto social y afecta incluso derechos individuales. Ese es uno de los motivos por los que existen disposiciones constitucionales y legales que obligan al Estado a garantizar la eficacia del mecanismo monetario. Una devaluación hace que la moneda no pueda cumplir con algunas de sus funciones esenciales, porque no será capaz de conservar la cantidad de derechos y obligaciones que implica su tenencia si es que se deprecia.

Hay que tener presente que la moneda nacional siempre está en competencia con aquellas monedas provenientes del exterior. En tal sentido, la soberanía monetaria absoluta no existe en la realidad. Como señala Monteagudo, se reclama hoy

¹³¹ Existen opiniones especializadas que afirman que los objetivos del FMI no se han podido cumplir a cabalidad. No han conseguido, por ejemplo, garantizar la estabilidad cambiaria. Algunos afirman que lo que se ha producido, bajo el dominio de los Estados Unidos —que es su principal aportante y quien de hecho lo controla—, es una «dolarización» del sistema de referencia internacional. La conducta y recomendaciones del FMI han sido fuertemente cuestionadas en los últimos años por ser contrarias al desarrollo de países emergentes y por favorecer la penetración y el dominio económico indiscriminado de empresas transnacionales. De otro lado, también se afirma que en repetidas ocasiones sus préstamos han constituido un instrumento estabilizador de economías con problemas de inflación y bajo crecimiento. De conformidad con el artículo 69 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (decreto ley 26123 de 1992), este representa al país ante el FMI.

al Estado que sea el garante de la estabilidad de la moneda y es ahí donde se potencia la propuesta de independencia del BCR, en un contexto puesto a prueba por la globalización económica. Dice el autor que la versión contemporánea de la intervención estatal en materia monetaria está expresada en la conducción y ejecución de la política monetaria, que presupone un ejercicio de poder por parte del BCR (Monteagudo, 2010, pp. 343-344).

Es preciso conocer, aunque sea someramente, cuál es el papel que le cabe a la moneda como elemento constitutivo del Estado-Nación moderno y cuáles son las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. En primer término, cabe afirmar que la integración monetaria, como la fiscal o comercial, es una consecuencia de la unidad de mercado nacional; es decir, la moneda solo puede existir cuando, en términos económicos, existe un mercado. En segundo lugar, desde mucho antes se ha considerado a la facultad de acuñar moneda y darle uso obligatorio como una manifestación de la soberanía, antes del príncipe y ahora del Estado-Nación. En estas dos coordenadas: la moneda como facultad soberana y la moneda como instrumento de integración económica y unidad política, se encuentran las principales razones por las cuales los textos constitucionales tratan de la moneda y de su emisión, así como de su curso legal obligatorio para el pago de toda obligación, sea de carácter público o privado.

Estas consideraciones adquieren vigencia y actualidad porque, en el ámbito latinoamericano, hay países como Ecuador que decidieron adoptar (y algunos como Argentina, después recusar) a la moneda de los Estados Unidos (el dólar) como moneda nacional, lo que desde un punto de vista práctico implica que el banco central correspondiente, en razón de las funciones que suele tener y que más adelante veremos, opera como un delegado de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América (Federal Reserve System o FED)¹³². Esta medida, en el régimen peruano, colisionaría con disposiciones constitucionales precisas; por ejemplo, la que otorga al BCR la facultad exclusiva de emitir billetes en nombre del Estado peruano (artículo 42 del DL 26123).

Desde el punto de vista de nuestra historia constitucional, la regulación de la moneda ha estado presente en todas las constituciones, siendo en casi todas facultad del Congreso el determinar el peso, ley, tipo y denominación de la moneda

¹³² El profesor argentino Dalla Vía ha señalado, refiriéndose a la adopción de dólar que hizo su país y que hoy ha sido revocada, que con ello se configuraba una situación de «señoreaje», término que se refiere al «valor que retenía el monarca o el señor feudal cuando al acuñar moneda, disminuía el valor de la misma mezclándola con otros metales y conservando para sí la diferencia de los valores originales»; e indica que «en la doctrina existen varias modalidades a las que se denomina como situaciones de señoreaje. Una de ellas es la inflación por medio de la cual el Estado financia su endeudamiento interno con emisión espuria a costa del valor de la moneda y del derecho de propiedad individual. Otra forma de señoreaje es la adopción de la moneda de otro país que conlleva claras ventajas al país emisor al controlar la masa monetaria y determinar la tasa de interés» (1999, pp. 437-438).

(Constitución de 1823, artículo 60.14; 1828, artículo 40.11; 1834, artículo 51.11; 1839, artículo 55.8; 1856, artículo 55.8; 1860, artículo 59.9; 1867, artículo 59.10; 1920, artículo 83.9; y 1933, artículo 123.10). Sin embargo, debe tenerse presente que, en las constituciones del siglo XX, el tratamiento ha sido más amplio. Por ejemplo, en la Constitución de 1920, se prohíbe la creación de moneda fiduciaria de curso forzoso, salvo en caso de guerra (artículo 11); en la Constitución de 1933, se dispone que la ley determina el sistema monetario de la República, que la emisión es privilegio del Estado y, por primera vez, que ella se realiza mediante una institución bancaria central nacional encargada de la regulación de la moneda (artículo 12); en esa misma Constitución, se crea un departamento, cuyas funciones determinará la ley y que supervigilará a las empresas bancarias en nombre del Estado (artículo 13), lo que constituye un antecedente de la actual Superintendencia de Banca y Seguros. También se realiza una importante declaración en el artículo 14, que señala que «el Estado mantendrá, por los medios que estén a su alcance, la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario», pero se autoriza al Congreso a expedir una ley que establezca provisionalmente la inconvertibilidad del billete bancario.

En la Constitución de 1979, existió un capítulo al interior del título III («Del Régimen Económico»), dedicado a la moneda y la banca, que es un antecedente del actual y cuyos artículos citaremos al estudiar los correspondientes a la Constitución vigente. En ella, es el capítulo V («De la Moneda y la Banca»), título III («Del Régimen Económico»), el que contiene 5 artículos (del 83 al 87) y que son básicamente iguales a los ocho que contenía la anterior Constitución de 1979. Pero lo que hay que poner de relieve es que constitucionalmente se determinó, en el artículo 84 de la vigente, cuál era la finalidad y cuáles las funciones del BCR, lo que trataremos más adelante. En el Congreso Constituyente de 1993, se abordaron esos temas tanto en la Comisión de Constitución y Reglamento (CCD, 2004, IV, pp. 2097-2144; V, 2884-2885), como en el pleno (CCD, 1998, II, pp. 1006-1031, 2273-2274, 2278-2279), a cuyos debates haremos referencia luego en algunas ocasiones.

Las disposiciones constitucionales que veremos son solo una parte de la regulación en el ámbito de la moneda, la Banca Central y, en general, las instituciones financieras, así como de aquellas que reciban depósitos del público; es decir, existe una importante legislación infraconstitucional que en algunos casos solo será enunciada, pues su estudio excede a los propósitos de este capítulo. Cabe sí advertir que las consecuencias prácticas y operativas del marco constitucional se manifiestan en un importante protagonismo del BCR y de la SBS, así como en disposiciones vinculadas al sector privado, principalmente sobre bancos y compañías de seguros. Por cierto, la intensidad de la regulación varía con la filosofía política que la Constitución, como norma legal de máximo nivel, contiene y expresa; pues, en algunos casos, es tarea

inclinada a un mayor protagonismo del sector público, mientras que otros se inclinan por una autorregulación del sistema.

Entonces, más allá de las competencias que se asignen al BCR o al Ministerio de Economía y Finanzas, lo cierto es que la normativa en esta materia debe tener en cuenta las siguientes consideraciones (Martín Mateo, 1985, pp. 195-196):

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

Al final de este capítulo, haremos una breve mención a la situación económica y financiera internacional; pues no cabe duda que el proceso de globalización, así como la internacionalización y ausencia de control de los flujos de capital, que han adquirido proporciones inmensas en comparación con lo que ocurría hace solo unas décadas atrás, relativizan y hasta generan interrogantes sobre la efectividad y operatividad de las disposiciones constitucionales sobre moneda, banca e instituciones financieras. No por ello, sin embargo, dejan de tener importancia e influencia en la vida diaria de los ciudadanos, más allá de la contribución diminuta de nuestra economía a la de carácter global.

Dos consideraciones finales en esta introducción: la primera tiene que ver con la construcción de espacios económicos que comprenden a varios países, como es el caso de la Unión Europea, que ha creado recientemente un sistema monetario común que ha comenzado a operar a partir de 1999 y que tiene hoy como moneda el euro. El estatuto del Banco Central Europeo, con sede en Fráncfort, se basó en el modelo alemán del *Bundesbank*, considerado el banco central más independiente del mundo (Goodhart, 1995, p. 60). En el futuro, podemos asistir a procesos similares.

La segunda tiene que ver no solo con la obvia importancia económica de las instituciones financieras, sino con su influencia política y social, lo que se visualiza en una legislación dirigida a la defensa de sus clientes frente a manejos fraudulentos por parte de los banqueros y de compañías especuladoras, que obligan a los Estados y a sus bancos centrales a tomar medidas de especial cautela, lo que se justifica plenamente dados los malos ejemplos nacionales e internacionales recientes.

2. AUTONOMÍA DE LOS BANCOS CENTRALES

Desde fines del siglo XX, la autonomía de los bancos centrales se ha extendido en todos los continentes, lo que se refleja en el texto de numerosas constituciones. Como señala Manuel Monteagudo (2010, p. 30), esa autonomía se aprecia en la determinación del objeto de esos bancos: una política monetaria separada de la actividad fiscal del Estado, vinculada a la emisión y cantidad de dinero en el mercado. Ese ejercicio de poder se realiza de manera independiente de los órganos políticos estatales.

Algunos analistas consideran que la pretensión de autonomía de los bancos centrales es un ataque contemporáneo contra el sistema democrático, porque decisiones esenciales en el ámbito económico —y, por tanto, político— quedan al margen de las instituciones elegidas de forma democrática; es decir, quedan apartadas de las preferencias populares. Se señala que la motivación de esa pretensión se encuentra en el intento de mantener el control de las variables monetarias al margen de las necesidades sociales y en función de los intereses del poder económico. Según Martín Seco, «la estabilidad de los precios se antepone a cualquier otro objetivo de política económica, incluso al crecimiento y a la reducción del paro, con lo que se hace imposible realizar una política de pleno empleo. Al dar primacía a la política monetaria sobre las demás, los gobiernos y parlamentos se verán en la obligación de acomodar sus medidas a los objetivos fijados por el Banco Central» (1995, p. 218). De esta manera, la autonomía e independencia de los bancos centrales se ha convertido en dependiente de los poderes económicos.

Otros opinan que las ideas neoliberales que priman en el ámbito económico tienen una concepción monetarista de la política económica y repudian cualquier expansión del sector público, forzando a una depuración continua del capital poco productivo para mejorar el nivel de competitividad. De esta forma, se crea un clima económico más bien depresivo en el que es difícil la supervivencia de empresas en dificultades y se busca hacer más cruda la competencia. Esta política, por desgracia, fuerza también a desaparecer a empresas productivas y socialmente útiles que en otras condiciones de demanda podrían sostenerse sin problema alguno. La consecuencia es la pérdida de empleos seguros y la angustia correspondiente, concediendo a la estabilidad de precios un valor central. Para ello, la ideología neoliberal ha buscado

dar a los bancos centrales una autonomía absoluta para garantizar esa estabilidad, autonomía de la que no suele gozar ninguna otra institución en el cumplimiento de sus fines, vulnerándose así principios democráticos. La política monetaria restrictiva se ha convertido, de esta manera, en una fijación neoliberal (Montes, 1999, p. 88).

Antes de tratar del BCR, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, es pertinente hacer una referencia a lo que la doctrina denomina «Banco Central Independiente» (BCI), que es resultado de una evolución ocurrida durante las últimas décadas y ha obtenido un reconocimiento muy generalizado en las constituciones y legislaciones de los países. Su concepción ha respondido parcialmente a las crisis de la deuda seguida por la aplicación de programas de estabilidad jurídica en la década de 1980 y, como consecuencia de ello, de la supuesta incapacidad de los gobiernos para mantener estabilidad en los precios durante plazos largos, así como garantía de imparcialidad destinada a atraer inversiones extranjeras y financiamiento. Esta concepción ha obtenido un respaldo generalizado porque ha hecho a los BCI responsables del control de la inflación, que ha significado en el pasado —y, en algunos países, en el presente— un verdadero castigo al bienestar de la población.

En teoría, el banco central independiente satisface las necesidades de liquidez monetaria de la economía real sobre la base de estimaciones de la actividad económica; pero lo hace basándose en el objetivo principal de mantener la estabilidad de los precios. Esta operación implica un ejercicio discrecional y periódico de expansión y contracción de la base monetaria por medio de instrumentos reguladores como la imposición de reservas obligatorias e intervenciones directas en los mercados bancarios y financieros a través de las operaciones de *open market*. El banco central actúa a la vez como un banco y un participante en el mercado de títulos, lo que para los mercados constituye una opción de financiamiento bancario o de inversión. Detrás de esta actividad operativa, el banco central incita a los bancos y a los agentes financieros a tener determinados comportamientos económicos y financieros como parte de la regulación monetaria. Pero en sus relaciones con los bancos, el banco central también aprovecha y eventualmente utiliza poderes y privilegios propios a su estatuto de autoridad monetaria, como son la información privilegiada, las exoneraciones administrativas y fiscales de sus operaciones y las inmunidades. Esta conducta, considerada como desleal frente a sus competidores, se justifica por el hecho de que el banco central actúa en el mercado, pero en tanto que autoridad monetaria.

La independencia del Banco Central

Manuel Monteagudo Valdez (pp. 398-399)

Ahora bien, la independencia de los BCI es un asunto metaeconómico, pues trata de la organización del poder al interior del Estado, ya que implica la atribución de una competencia de gobierno, la política monetaria, a un órgano que no es fruto

de la elección popular. Es importante recordar que entre las funciones de los BCI se encuentra el definir la política monetaria, los objetivos de inflación y de crecimiento y que sus decisiones no están sometidas a la ratificación o al veto del Poder Ejecutivo. Esas funciones, que tienen base constitucional y legal, han dado lugar a críticas, porque esa autonomía puede afectar derechos individuales cuando, al utilizar su poder, por ejemplo, impone reservas obligatorias a los bancos, crítica que se agudiza porque no tiene la legitimidad política de un gobierno elegido. También se ha criticado a los BCI por la imposibilidad de aislar la política monetaria del resto de las políticas macroeconómicas que siguen en manos de los gobiernos, en especial cuando su misión es el compromiso antiinflacionario, dando lugar a que sus políticas se consideren, frente a ese riesgo, un mecanismo simbólico. Pero la realidad ha demostrado que, bien encaminados y dirigidos, los BCI son auténticos contrapoderes, transparentes y democráticos frente a los afanes políticos inflacionarios de los gobiernos, usualmente para cumplir con compromisos u ofrecimientos de corto plazo.

El modelo del BCI se ha asociado a la actual corriente que hace de la transparencia uno de los pilares de la modernización del Estado y también de las empresas que operan en los mercados financieros. Su característica principal es informar a la opinión pública sobre los objetivos y los resultados de la política monetaria.

Según la definición del Código de Buenas Prácticas por la Transparencia de Políticas Monetarias y Financieras adoptado por el FMI en 1999, la transparencia consiste en «que se den a conocer al público de forma comprensible, accesible y oportuna los objetivos de la política, el marco jurídico institucional y económico de la misma, las decisiones de política y sus fundamentos, los datos y la información relacionada con las políticas monetarias y financieras y los términos en que los organismos deben rendir cuentas» (Monteagudo, 2010, p. 301). Tiene como objetivo que la función de la autoridad monetaria sea comprendida y se reduzca la imprevisibilidad para los agentes económicos a través del anuncio de objetivos de largo plazo. Se trata entonces de un mecanismo que sirve como medio de comunicación y fiscalización.

El Perú fue uno de los primeros países en América Latina que consagró la independencia de su banco central a nivel constitucional, en el artículo 149 de la Constitución de 1979, que declaró: «El Banco Central de Reserva del Perú es persona jurídica de derecho público con autonomía dentro de la ley»¹³³. En esa misma línea, el primer párrafo del artículo 84 de la Constitución dice: «El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su ley orgánica».

¹³³ En el debate constituyente de 1979 se debe resaltar que el nuevo modelo constitucional del BCRP, inspirado en el Bundesbank de Alemania, fue sustentado por el socialcristiano Ernesto Alayza Grundy, del Partido Popular Cristiano, quien sostuvo que su finalidad era garantizar la estabilidad monetaria, la que calificó de «estrella que guía la navegación del Banco Central» (Congreso de la República, s/f, VII, p. 55).

3. LA POLÍTICA MONETARIA DEL ORDOLIBERALISMO Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Como sabemos, el artículo 58 de la Constitución peruana determina que la actividad económica se realiza en el marco de lo que denomina «economía social de mercado», cuyas características tratamos extensamente en el capítulo 9. Esta concepción tiene su origen en la Escuela de Friburgo de Alemania, desarrollada por varios distinguidos economistas a partir de la segunda década del siglo XX, la que se enfrentó a las posiciones extremas tanto capitalistas como socialistas.

A la Escuela de Friburgo también se le conoce como la «escuela del ordoliberalismo» o «liberalismo del orden». El modelo escogido considera que la forma más eficiente de organizar la sociedad es en mercados competitivos que respeten la libertad individual y la propiedad privada dentro de un marco de apoyo institucional estatal; porque, si bien hay formas de competencia económica positivas, hay otras que requieren de la intervención del Estado, siempre que esta se encuentre sometida al «principio de conformidad con el mercado», a lo que debe sumarse una política social de apoyo a los segmentos más pobres de la población.

Pues bien, tanto para los estudiosos del ordoliberalismo como para los de la economía social de mercado, una de las características esenciales es su condena a los monopolios y oligopolios, porque afectan las ventajas del libre mercado y de la gobernabilidad política. Otra —y a ello se debe esta mención en el presente capítulo— es la protección de la estabilidad monetaria y la lucha contra la inflación, debiendo la política monetaria ser definida por un banco central independiente de la influencia política. Así, uno de los «principios constituyentes» de la economía social de mercado desarrollados por uno de sus principales creadores, Walter Eucken, en lo que se refiere a la política monetaria, es la estabilización de la moneda. Con tal propósito, se persigue que la defensa y promoción de la competencia económica, así como la estabilidad monetaria, sean partes integrantes del orden constitucional. Por tanto, «si la moneda es un medio de cambio legítimo que permite la circulación de la riqueza creada por los hombres, se necesita que una moneda fuerte y sólida forme parte del orden constitucional» (Monteagudo, 2010, p. 349). La estabilidad de precios —o, como dice nuestro artículo 84, la estabilidad monetaria— es uno de los objetivos propuestos para el banco central, a la que considera una garantía de la libertad individual, protegiéndola del poder arbitrario del Estado o de los grupos de interés privado.

Aglietta y Cartelier afirman que:

En la concepción ordoliberal, la moneda ha sido explícitamente concebida como la norma fundamental que permite a los precios ser «justiprecios» expresando la voluntad general. Se encuentra la idea de alianza entre cada ciudadano y la sociedad

en su conjunto. El orden monetario es una representación orgánica de la sociedad percibida como una comunidad. Esta concepción cívica expresa la creencia en una fuente de soberanía que legitima al banco central como una institución arbitro al mismo tiempo que el poder judicial [...] la unidad de la Nación se constituye alrededor del deutsche mark. Es un pilar de la democracia porque está vinculada con la integridad del orden social (citados por Monteagudo, 2010, p. 366).

Por tanto, la independencia del BCR, reconocida en la Constitución peruana, como a continuación veremos, responde fielmente a la propuesta que sobre esta materia propuso el ordoliberalismo y la economía social de mercado desarrolladas en Alemania antes de la Segunda Guerra Mundial y puesta en práctica en el periodo de reconstrucción posterior a aquella.

4. LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA MONETARIA Y FINANCIERA

Son las disposiciones constitucionales en esta área mandatos genéricos que, para tener efectividad, deben plasmarse no solo en una normativa ad-hoc de menor jerarquía, sino también en formulaciones específicas a cargo de los responsables —políticos y técnicos— de concertación de las actividades económicas. Así, esos mandatos genéricos encuentran concreción en la política económica del gobierno que, para llevarla a la práctica, hace uso de diversas medidas instrumentales.

Toda política económica y también la referente a lo monetario y financiero, supone un previo proceso de análisis de la situación de partida en el país, así como de las tendencias internacionales. Según Martin Mateo: «Se pretende entonces remontar hacia el futuro el devenir de los acontecimientos, consiguiéndose mediante la interposición de ciertas acciones una inflexión de las corrientes originarias en línea con los objetivos deseables para los artífices de la decisión. Este proceso deberá cristalizar en una exteriorización de propósitos y medidas con una cierta relación causa-efecto que puede o no suponer la originación de consecuencias jurídicas y no solo políticas, de carácter inmediato» (1985, p. 41). Se producen entonces directrices de política económica no formalizadas, como los programas de gobierno expuestos en el Parlamento por el gabinete ministerial, que comprometen a las autoridades públicas y que probablemente se adaptarán después en instrumentos normativos que las respaldan. Ello nos reconduce a mecanismos formales que se concretan en leyes, decretos y resoluciones, los que sí generan derechos y obligaciones tanto para la Administración como para las empresas y ciudadanos.

En algunos países, los llamados «planes económicos», formulados con la ayuda de organismos de planificación, tienen gran importancia e indican, en ocasiones, sus propósitos y objetivos con gran detalle. A ello se suman programas generalmente sectoriales (vivienda, energía, etc.) y, claro está, los correspondientes presupuestos.

Son muchas las posibles intervenciones estatales que inciden y afectan cuantitativa y cualitativamente a la masa monetaria. Están, en primer término, las diversas regulaciones normativas, los actos administrativos vinculados a la autorización de operaciones de crédito, las sanciones a entidades financieras y bancos por infracciones monetarias, la emisión de bonos públicos, entre muchas otras.

De otro lado, las decisiones que adopta el BCR afectan la liquidez del sistema; es decir, la cantidad de circulante, así como la posición de cambio y su intervención en este mercado, todo ello con el objeto de ampliar o constreñir el flujo de dinero y reactivar la demanda o la inversión, o desactivar tendencias inflacionarias. También, por cierto, las operaciones destinadas a la obtención para el Estado de recursos económicos no fiscales. Como es natural, algunas de estas medidas de orientación monetaria tienden a influir en el alza o baja de los tipos de interés.

Son de particular influencia —en algunos casos con efectos peligrosos y negativos— el endeudamiento del sector público, dado el peso que pueda adquirir la deuda pública, tanto externa como interna; la emisión de moneda sin respaldo en la producción; los avales a entes públicos y a empresas privadas; el comportamiento de la banca estatal especializada; la imposición de bandas cambiarias o el control de cambios; finalmente y no de poca importancia, el comportamiento profesional y ético o no de la banca y entidades financieras y de seguros.

Hoy en día la política monetaria, que se define como «el instrumento de la política económica que tiene por objeto regular la creación monetaria y, a este título, la actividad del sistema bancario en función del interés general», presupone un ejercicio de poder por parte del Banco Central, ejercicio que debe ser independiente tanto de las influencias políticas como de los grupos económicos. De ello resulta que uno de los objetivos del modelo de la banca central independiente es la consagración de esa autonomía a nivel constitucional. Así ha ocurrido en el caso peruano, pues el artículo 84 de nuestra constitución señala que «la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica». Como se aprecia, se trata de un poder discrecional que va acompañado del poder de crear derecho mediante normas administrativas aplicables a los participantes en los mercados monetarios.

Así, pues, debe entenderse que la política monetaria se basa en la capacidad de controlar la evolución de la liquidez en el conjunto de la economía. Para tal efecto, el Banco Central emplea diferentes instrumentos que le permiten aumentar o contraer la masa monetaria. Así, puede imponer reservas obligatorias y controlar la base monetaria y la determinación de las tasas de interés de los mercados cambiarios y financieros, influyendo sobre la capacidad de creación monetaria de los bancos.

El poder de imponer reservas obligatorias a los bancos significa no solo una afectación sobre sus patrimonios, sino una auténtica intervención en la economía, pues los obliga a inmovilizar parte de sus disponibilidades; esta decisión no responde a objetivos fiscales, sino a los previstos en el marco de la programación monetaria. En efecto, las reservas obligatorias son un instrumento de regulación de la masa monetaria que obliga a los bancos a contraer el volumen de créditos que pueden otorgar.

«Las operaciones que el banco central realiza en el contexto de la ejecución de la política monetaria no son solamente objeto de una habilitación otorgada por la ley, sino también de la reglamentación general emitida por el propio banco central. Por ejemplo, tanto la imposición de reservas obligatorias como las intervenciones en los mercados monetarios implican la preexistencia de una reglamentación creada por el mismo banco, y al parecer todos sus instrumentos monetarios se basan en sus poderes reglamentarios. Sin embargo, la relación jurídica que el banco central establece con los particulares en el marco de la política monetaria no es la misma, si tenemos en cuenta la división clásica entre relaciones de derecho administrativo y de derecho privado. Cuando el banco central impone reservas obligatorias a los bancos comerciales, ejerce una facultad de poder público. No se trata de un acto de derecho privado, aun cuando su ejecución pasa por operaciones o instrumentos propios de los servicios bancarios. En cambio, cuando el banco central compra o vende títulos en el mercado monetario, no ejerce su facultad de poder; como lo dice la literatura económica, utiliza los instrumentos del mercado. La relación entre el banco central y el participante es un contrato privado. Sin embargo, esta nueva distinción (relaciones de derecho administrativo frente a las de derecho privado) no es absoluta, pues las relaciones privadas del banco central admiten la desigualdad entre las partes, pues el banco central dispone de privilegios e inmunidades.

La independencia del Banco Central

Manuel Monteagudo Valdez, 2010, pp. 216-217

No debe confundirse la política monetaria con el sistema monetario; pues, si bien están estrechamente relacionados, la determinación de cada uno corresponde a competencias diferentes. El sistema monetario es establecido por el marco constitucional o legal y la política monetaria determinada por la autoridad monetaria, que es el BCR.

Se afirma que los bancos centrales no crean riqueza como tal, sino que la redistribuyen. Tienen el poder de evitar la quiebra de un banco —por ejemplo, prestándoles el dinero necesario para que paguen sus deudas—; pero no tienen poder para obligar a las empresas a invertir, a los hogares a consumir y a la economía a reanudar el crecimiento, aunque sí lo tienen para decidir sobre la tasa de inflación.

Como señala Piketty:

La fuerza de los bancos centrales radica en que pueden redistribuir la riqueza muy rápidamente, y en principio en proporciones infinitas. Si fuera necesario, un banco

central puede, en el lapso de un segundo, crear tantos miles de millones como desee y depositarlos en la cuenta de una institución o de un gobierno. En caso de urgencia absoluta (pánico financiero, guerra, catástrofe natural), esta inmediatez y carencia de límites para la creación de dinero son dos de sus ventajas irremplazables. En particular, ninguna autoridad fiscal podría actuar tan rápidamente para recaudar un impuesto: tiene que definir una base, tasas, promulgar una ley, recaudar el impuesto, prever las posibilidades de reclamación, etc. Si hubiera que proceder de esa forma para resolver una crisis financiera, ya habrían quebrado todos los bancos (Picketty, 2014, p. 618).

La enunciación de estos factores tiene por objeto poner de relieve que las actividades, en el ámbito de la moneda y la banca, tienen una complejidad grande, vinculada además a factores externos que no aparecen reflejados en la normativa constitucional que veremos a continuación. No cabe duda, de otro lado, que una economía social de mercado presupone, para ser exitosa, de una actividad seria en el ámbito monetario, más allá de posiciones teóricas distintas y hasta enfrentadas. Pocos son los que se atreven a pregonar un pasivo «dejar hacer, dejar pasar» en esta materia. Como señaló Müller-Armack, el inspirador alemán de la economía social de mercado, «la esfera monetaria requiere un orden de la resistencia del acero si hemos de escapar a la triste fatalidad, que persigue a casi todas las generaciones de ver como los patrimonios ganados con tanto esfuerzo se desmoronan debido al hundimiento de su sistema monetario» (1993, pp. 212-213). Esta advertencia no podemos los peruanos echarla en saco roto después de experiencias tan desafortunadas como la ocurrida durante el gobierno aprista de 1985 a 1990, cuando la inflación y el empobrecimiento de los trabajadores alcanzó gran dimensión.

5. EL CAPÍTULO V DE LA MONEDA Y LA BANCA

5.1. Objetivos

Algunos de los artículos sobre moneda y banca de la constitución vigente son similares a los de la Constitución anterior de 1979. Rubio Correa (1999, pp. 477-478) ha señalado acertadamente que el capítulo V del título III del régimen económico tiene cuatro propósitos principales:

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

Desde nuestro punto de vista, la modificación más importante es la eliminación del mandato que contenía el artículo 152 de la Constitución de 1979¹³⁴; es decir, que la actividad bancaria y financiera cumple una función social de apoyo a la economía del país en todas las regiones y sectores de la actividad según los planes de desarrollo. Si bien estas afirmaciones pueden considerarse obvias y, por tanto, innecesarias en un texto constitucional, no es ese el caso, pues la eliminación obedece a una particular ideología —la neoliberal— que busca y persigue eliminar, para la actividad privada, toda vinculación con la preeminencia de intereses generales y con la responsabilidad social en el logro del bienestar colectivo. En otras palabras, se considera que la actividad económica en el mercado, por sí sola, basta para lograr los objetivos de desarrollo, no siendo función del Estado el fomento de actividades productivas, así como la obtención de mejores niveles de vida en la población. Si bien, entonces, puede afirmarse que la eliminación del citado artículo 152 de la Constitución de 1979 era «consistente» con la ideología prevaleciente en el Congreso Constituyente Democrático de 1992, ello no significa silenciar o dejar de ponderar esa injustificada eliminación, que sirve más bien para comprender los alcances de otros artículos y disposiciones del Régimen Económico¹³⁵.

5.2. Sistema monetario

El artículo 83 de la Constitución de 1993, cuyo texto es igual al artículo 148 de la Constitución de 1979, dice a la letra: «La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del BCR del Perú».

¹³⁴ Constitución 1979, artículo 152: «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 con los planes de desarrollo».

¹³⁵ En la sesión del pleno del 20 de julio de 1993, el constituyente Díaz Palacios (MDI) pidió que no se elimine la disposición de la Constitución de 1979 (artículo 152) referente a la función social que debe cumplir la actividad bancaria y financiera dentro del marco de las políticas de desarrollo destinadas a eliminar las desigualdades y desequilibrios en el país, solicitando además que se estipule que el Estado debe promover la democratización del crédito y contar con un sistema bancario de fomento —es decir, con el Banco Nacional de Fomento—, persiguiendo con ello la igualdad de oportunidades dentro del modelo económico constitucionalizado (CCD, 1998, pp. 1021-1022). A esta propuesta se opuso el constituyente Olivera Vega (FIM), indicando que el artículo 152 de la Constitución de 1979 fue el que sirvió de fundamento para tratar, durante el gobierno de Alan García (1985-1990), de estatizar la banca; sí apoyó, sin embargo, la necesidad de reconocer la existencia de una banca de fomento que apoye a los sectores productivos (CCD, 1998, p. 1025). El constituyente Castro Gómez (MDI) pidió que se reconozca constitucionalmente al Banco de la Nación, con el objeto que el Estado tenga presencia a la intermediación financiera, pidiendo también que tenga rango constitucional la Banca de Fomento (CCD, 1998, p. 1018), lo que fue apoyado por Olivera Vega (FIM) (CCD, 1998, p. 1027).

El sistema monetario es el conjunto de normas que rigen la circulación forzosa de billetes y monedas, índice del valor económico de cambio reconocido por el Estado. La Constitución exige —como se aprecia de la lectura del artículo 83— que esté determinado por la ley, la que, al no tener carácter orgánico, hace posible su delegación al Poder Ejecutivo para que la dicte como decreto legislativo (Bernaldes, 1997, p. 406). Esa ley es la 25295 de 1990, modificada por la ley 30381 de 2015, la cual dispuso al Sol como unidad monetaria del Perú, divisible en cien céntimos. El curso legal de la moneda es una institución jurídica que hace que un billete emitido por el BCR disponga de un poder liberatorio para todas las obligaciones expresadas en unidades monetarias, lo que tiene influencia determinante en materia contractual.

El monopolio estatal de emisión de moneda está íntimamente ligado a su independencia y soberanía, el que se consolida a medida que se desarrolla el capitalismo. Como ya hemos señalado, la teoría económica y la historia ponen de relieve que la moneda es un medio ideal para hacer posible el intercambio de productos, bienes y servicios, que es lo que da vida al comercio. Por cierto, algunas monedas más que otras se convierten en medidas casi universales, especialmente en el ámbito del comercio internacional. En el Perú y en Latinoamérica, la preeminencia del dólar de los Estados Unidos es evidente; nos encontramos en lo que usualmente se denomina su «zona de influencia». Ello hace comparativamente débil a nuestro sistema monetario, el que además de un manejo técnico —que realiza el BCR—, debe saber apreciar o resistir las presiones políticas de los países desarrollados, para lograr mantener e incrementar —en unión de otros factores— el nivel de vida de la población.

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

5.3. Banco Central de Reserva

5.3.1. Persona jurídica de derecho público

El BCR fue creado el 18 de abril de 1931 durante la Junta Transitoria de Gobierno presidida por David Samanez Ocampo, como producto de una de las recomendaciones de la Misión Kemmerer para afrontar la gran crisis de 1929, que produjo la caída de la dictadura de Augusto B. Leguía. Como señala Chessman, su función principal

fue la de mantener estable el valor de la moneda y brindar al país la necesaria elasticidad en la circulación monetaria. Se contemplaba en la ley de creación del banco que no podría ser obligado a otorgar préstamos al gobierno y estaría dotado de independencia en sus actividades (Cheesman, 1986, p. 286).

La declaración constitucional de persona jurídica de derecho público, en el primer párrafo del artículo 84 —igual al artículo 149 de la Constitución de 1979—, ratifica la importancia de la institución en la estructura y organización del Estado peruano y confirma su obvia naturaleza jurídica, estrechamente vinculada con su finalidad y funciones. El artículo 1 de su ley orgánica lo ratifica y añade que tiene duración indefinida y patrimonio propio. Esa misma ley orgánica, como veremos, otorga características *sui generis* a su dirección y administración, irrepetibles en otro ente estatal de la República. Es en ello donde se aprecia su autonomía, aunque no es ni puede ser una entidad aislada y sin coordinación con otras autoridades, especialmente del Poder Ejecutivo. Cabe puntualizar que la autonomía constitucional es una condición necesaria, pero no suficiente para un banco central verdaderamente autónomo, como lo demostró la experiencia de la hiperinflación peruana de la década de 1980.

Como sostiene Rodríguez Manrique (2006, pp. 21-23), existen en el derecho comparado las denominadas «autoridades administrativas independientes» como entidades públicas dotadas de potestades de ordenación para la regulación de funciones de carácter sectorial y no general, que se ejercen en un régimen de no dependencia respecto del aparato administrativo del Estado, tales como los organismos reguladores de sectores vitales para la economía. El mencionado autor precisa que son entidades de carácter no instrumental —no sometidas a dependencia de una entidad matriz— y neutrales políticamente respecto del gobierno en tres planos:

- Plano organizativo: estos organismos son personas jurídicas independientes del Poder Ejecutivo, no mantienen relación de tipo jerárquico con este y tampoco son sometidos a los poderes de dirección y control del gobierno.
- Plano funcional: la actividad que desarrollan es realizada sobre la base de normas con rango de ley o normas dictadas por las propias autoridades independientes. Las funciones de estas administraciones no son afectadas por la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.
- Plano de personal directivo: un rasgo fundamental es que la designación de los órganos rectores de estas entidades no suele depender del gobierno. Dicho mecanismo de nombramiento podrá ser distinto en cada administración independiente; pero, en ningún caso, otorga al gobierno el control de los órganos rectores a él. Podrán existir representantes del Poder Ejecutivo y Legislativo

que integren los órganos de dirección de esas administraciones, pero estos jamás deberán controlar la toma de decisiones por sí solos.

En ese orden de ideas, coincidimos con que el número de organismos públicos que en el ordenamiento jurídico peruano cumplen con las características antes señaladas es bastante limitada, como es el caso del BCR. Estos organismos tienen un estatus de autonomía reforzada o independencia, reconocido por la Constitución Política y desarrollado por normas con rango de ley que garantiza su independencia orgánica y funcional del gobierno, así como que sus órganos de dirección no estén sometidos directamente al poder político.

La autonomía del BCR y la SBS está reconocida en los artículos 84 y 87 de la Constitución Política, respectivamente. Si bien dichos artículos no desarrollan a plenitud las condiciones de la autonomía orgánica, funcional, presupuestal o de personal de esos organismos, remitiendo a que sean sus leyes orgánicas las encargadas de esta cuestión, es relevante que su estructura y funcionamiento sean normados por este tipo de ley que posee una naturaleza reforzada, la cual solo puede ser modificada contando con más de la mitad del número legal de congresistas. La obligación de regular la estructura y funcionamiento del BCR y la SBS mediante una ley orgánica expresa su carácter no instrumental y la neutralidad política de ambas entidades en los planos organizativo y funcional. En el plano del personal directivo, la naturaleza independiente del BCR y la SBS se materializa en el hecho que la Constitución establece un juego de contrapesos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República para designar a sus órganos de gobierno.

Lo que queremos aquí poner de relieve es que, en el ejercicio de su autonomía y en cumplimiento de su finalidad y funciones, el BCR se rige exclusivamente por las normas de su ley orgánica y de sus estatutos (artículo 3), sin tutela administrativa alguna; más aún, las disposiciones que emita, en el ejercicio de sus funciones, son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades del sistema financiero. Las disposiciones de carácter general se denominan «circulares» y son publicadas en el *Diario Oficial El Peruano* (artículo 4).

5.3.2. Directorio

Este es el órgano de gobierno del BCR, conformado por siete miembros: cuatro elegidos por el Poder Ejecutivo (entre ellos el Presidente) y tres por el Congreso, el cual ratifica al Presidente con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, como lo prevé el primer párrafo del artículo 86, muy similar al 151 de la Constitución de 1979. El artículo 96 del Reglamento del Congreso estipula que, a través de la Comisión Permanente, se ratifica la designación del Presidente del BCR,

al que puede remover. El acuerdo de remoción debe ser adoptado por una mayoría de los dos tercios del número legal de miembros y estar precedido de una investigación, pudiendo el director, en este caso, realizar su defensa en el propio Poder Legislativo¹³⁶.

El artículo 8 de la ley orgánica reafirma que el Directorio es la más alta autoridad de la institución y le corresponde determinar las políticas a seguir para hacer realidad la finalidad del BCR que, como veremos, es la de preservar la estabilidad monetaria; el artículo que venimos citando, además, hace al Directorio responsable de la dirección general del BCR.

Los directores son nombrados por el periodo constitucional que corresponde al Presidente de la República, como lo determina el párrafo segundo del artículo 86 de la Constitución; incluso, si uno de ellos es removido, el nuevo director es elegido solo para completar el periodo.

Dada la importancia que en la vida nacional tiene el BCR, es lógico que sus directores sean nombrados por dos de los poderes públicos; lo que, además de su calidad tecnocrática, les da legitimidad, más aún cuando se requiere mayoría absoluta del Congreso para elegir a sus tres representantes, pues ello probablemente obligará a que las fuerzas políticas en él representadas, en todo caso algunas de ellas, concierten para hacer posible la elección.

La elección por el plazo correspondiente al periodo constitucional, si bien es asunto controvertido, tiene entre nosotros aceptación mayoritaria, debido a que se considera que es el Poder Ejecutivo triunfante quien impone legítimamente, aunque sin hacer abuso de ello, la opción macroeconómica que sus planes de gobierno requieren, debiendo por tanto existir una coordinación armoniosa entre el Ministro de Economía y Finanzas y el Directorio del BCR, más allá de la independencia de este. Otros han señalado que, dado el carácter de banco independiente que tiene el BCR, no deberían por tal motivo coincidir los periodos, ya que una política monetaria estable debe trascender al periodo que se le concede al gobierno triunfante en las elecciones. Lo que no resulta nada conveniente es que, por determinados avatares de la vida política, terminen enfrentados el Poder Ejecutivo y el Directorio, pues ello sería nocivo para la economía del país.

¹³⁶ Además de ello y como manifestación de la protección y seguridades que la ley da a los directores en el ejercicio de su cargo, la ley orgánica señala, en su artículo 21, que la falta grave se concreta por la aprobación de políticas o disposiciones que contravienen lo dispuesto en los artículos 77 al 85 («Prohibiciones»), capítulo segundo del título III de la ley orgánica, y que la formulación de una denuncia penal (artículo 22), «por hechos que hubieren practicado u omisiones en que hubieren incurrido en el ejercicio de sus cargos, aunque hubieren cesado en ellos, solo es procedente previo al antejuicio que contempla la Constitución Política para los altos dignatarios».

Como muestra del debate ocurrido sobre la independencia del BCR, cabe recordar que, en la Comisión de Constitución y Reglamento del CCD, el congresista Manuel Moreyra L. —expresidente de la institución y representante del SODE (Solidaridad y Democracia)—, en minoría, sostuvo que, si bien debe tener cierta autonomía para defender sus criterios, no debe ser una entidad independiente del gobierno: «[...] nosotros somos partidarios de que el Banco Central de Reserva, dentro de un margen de autonomía, coordine sus políticas con el gobierno. Cuando hay un nuevo gobierno y este cambia de línea económica, su instrumento principal para ello, el Banco Central, también debería seguir esa orientación». El congresista Ferrero Costa —exfuncionario del BCR y miembro de la Nueva Mayoría - Cambio 90— dijo que «un directorio del Banco Central que esté totalmente al margen del control público y de la posibilidad de que el Ejecutivo lo remueve, salvo por los canales establecidos, sería un súper ente, una entidad mucho más autónoma de lo que en realidad el país necesita».

A todo lo anterior debe agregarse que los Directores no deben representar a entidad ni interés particular alguno, tal como lo manda el segundo párrafo del artículo 86; en otras palabras, han sido elegidos por sus calidades personales y profesionales, no por representar a determinada institución y verse arrastrados por los intereses de esta¹³⁷. Responden ante el país, nada menos. Así lo ratifican los artículos 9 y 11 de la ley orgánica; este último exige solvencia moral y amplia competencia y experiencia en los ámbitos de la economía y las finanzas, señalando que «su voto debe tener en cuenta únicamente el cumplimiento de la finalidad y las funciones del Banco».

La citada ley orgánica prevé las atribuciones y deberes del Directorio (artículo 24); su obligatoriedad a votar en los asuntos que se les someten, salvo incompatibilidad

¹³⁷ El contenido del artículo 86 de la Constitución, contra lo que podría pensarse, fue motivo de un intercambio de opiniones no siempre coincidentes en la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático (CCD). En el proyecto, se exigía «dedicación exclusiva» a los directores, lo que fue rechazado, entre otras razones, porque «no es fácil conseguir personal idóneo que tenga que dedicarse en forma exclusiva a esa actividad», o «porque van a devenir en casi gerentes, lo que puede generar conflictos con la propia administración», o porque «había poca gente dispuesta a dejar sus actividades», tal como lo señaló el presidente del BCR, Germán Suárez C. Por su parte, el congresista Carlos Ferrero dijo que «esa condición no permitiría contar con personas muy capacitadas. La experiencia en el Banco Central demuestra que resulta preferible tener personas que desempeñen otra ocupación y, a la vez, sean capaces de contribuir con el país». Se señaló también que «los directores son personas que se reclutan entre gente que puede dar consejo y una de sus principales virtudes es que no son funcionarios que están sentados todo el día dentro del Banco», como dijo el congresista Moreyra Loredó. En esta Comisión, la propuesta del congresista Cáceres Velásquez de que tres directores proengan de fuente distinta a la política, como por ejemplo del Colegio de Economistas, no prosperó, al considerarse que tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso tienen una más amplia perspectiva para efectuar la propuesta.

calificada por sus propios colegas (artículo 28); el carácter remunerado de la función (artículo 29); quiénes y por qué razones no pueden acceder al cargo (artículo 12); la imposibilidad de realizar función ejecutiva (artículo 15); su responsabilidad por los acuerdos que adopten (artículo 16); su juramentación frente a la Corte Suprema (artículo 14), lo que permite apreciar la importancia del cargo; y, también la imposibilidad de ser nombrados o controlados para prestar servicios en el Banco o para él, dentro de los tres años de haber cesado en el cargo (artículo 30).

En cuanto a la remoción de algún miembro del directorio, el artículo 86 de la Constitución de 1993 prevé que solo puede hacerlo el Congreso y por falta grave, que interpretamos de naturaleza funcional, lo que da estabilidad necesaria al nombramiento. La ley orgánica del BCR agrega algo lógico: pueden también ser removidos por la comisión de delito (artículo 20).

5.3.3. Emisión de billetes y moneda

De acuerdo a la frase final del antes citado artículo 83, la emisión de billetes y moneda — que es facultad exclusiva del Estado — se realiza por intermedio del BCR; en otras palabras, dispone de capacidad para crear moneda. La unidad del mercado y el carácter técnicamente complejo de la tarea han consolidado en las naciones modernas a la institución de la banca central, por lo que esa disposición está hoy repetida en muchas constituciones modernas. El artículo 42 de la ley orgánica del BCR (decreto ley 26123) no hace sino repetirla al decir que «la emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado, quien la ejerce por intermedio del Banco». Por eso se le denomina también «instituto emisor».

De otro lado, el artículo 43 de la citada ley orgánica dispone que «los billetes y monedas que el Banco pone en circulación se expresan en términos de la unidad monetaria del país y son de aceptación forzosa para el pago de toda obligación, pública o privada». Como hemos ya señalado, en virtud de la ley 30381, la unidad monetaria del Perú es el Sol y el sistema es el decimal. La aceptación forzosa es de gran importancia, pues ello significa que nadie puede rehusarse a recibirla como medio de pago. La ley orgánica, en su artículo 44, faculta al BCR a acuñar monedas con fines numismáticos o de inversión, así como, según su artículo 45, a contratar, después de efectuar una licitación, la fabricación de billetes y monedas.

5.3.4. Finalidad

El segundo párrafo del artículo 84 de la Constitución se inicia con una afirmación tajante e inequívoca: «[...] la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria». Esta finalidad central está prevista también en diversas constituciones y leyes orgánicas o especiales en América Latina. Así también lo señala el artículo 2

de su ley orgánica. Si bien existieron afirmaciones similares en la Constitución de 1933 (artículo 14) o en la de 1979 (artículo 149), cabe advertir que, al momento de su discusión en el CCD, se aceptó unánimemente ese párrafo, actitud comprensible dada la experiencia de la década de 1980-1990, en particular en su parte final, cuando el valor del Sol y del Inti fue prácticamente volatilizado, lo que se recordó y puso de relieve¹³⁸.

El profesor colombiano William Leguizamón ha dicho que «la estabilidad de los precios de los bienes y servicios en el mercado es una condición básica para lograr el desarrollo integral de la comunidad y para ello se requiere un manejo serio y técnico del dinero dentro de un sólido sistema monetario» (2000, p. 231), persiguiéndose con todo ello no permitir la inflación, la que se debe —entre varios factores— sobre todo a la emisión inorgánica de moneda como consecuencia del déficit fiscal o de desajustes en la balanza de pagos. Leguizamón recuerda que la importancia de la banca central es fundamental para la búsqueda de la estabilidad monetaria, habiéndose reconocido internacionalmente que ello sea encargado a una entidad autónoma e independiente del gobierno, pues «es necesario mantener un criterio permanente del control de la inflación, lejos de los cambios y de los constantes vaivenes de la política, que conlleve a la inestabilidad del sistema monetario y económico del país» (2000, p. 231).

El tipo de cambio constituye el punto de intersección de un sistema monetario nacional con el resto de sistemas extranjeros y constituye uno de los componentes del orden monetario nacional. Si bien se origina por su comparación con otros sistemas, tiene influencia directa en el ámbito interno; lo que ha dado lugar a que en determinadas ocasiones la autoridad política del país establezca controles de cambio, aunque en el contexto de la globalización económica constituyan hoy en día una medida excepcional. No cabe duda que el tipo de cambio constituye una de las variables macroeconómicas que la autoridad monetaria toma en cuenta para alcanzar su objetivo principal de estabilidad de precios (Monteagudo, 2010, p. 421).

Entre nosotros, Germán Alarco Tosoni critica duramente al BCR por la política cambiaria llevada a cabo durante los últimos años. Afirma que la política económica que ha seguido es populista, pues su perspectiva es exclusivamente de corto plazo y favorece solo a sectores económicos y sociales específicos. Indica que «la mejor política cambiaria para una economía como la peruana es mantener un tipo de cambio

¹³⁸ La insistencia de varios constituyentes sobre la importancia de señalar como finalidad del BCR la de preservar la estabilidad monetaria, como disposición antiinflacionaria, dio lugar a varias intervenciones, en la sesión del pleno del 20 de julio de 1993. En ese sentido, se pronunciaron E. Chirinos Soto (R), reiteradamente; Cáceres Velásquez (FNTC); Moreyra Loredo (SODE) y Flores Nano (PPC), con singular énfasis (CCD, 1998, II, pp. 1007-1008, 1011-1012).

real alto, para de esta forma evitar la desprotección de los sectores productivos internos y dar una señal clara a los exportadores» (2017, p. 216); además, opina que las intervenciones en el mercado cambiario deben realizarse bajo una perspectiva de mediano y largo plazo, no solo de corto plazo, como lo ha venido haciendo, lo que significaría «un mandato concreto para hacer política monetaria anticíclica cuando surjan problemas por razones internas o externas, como para evitar que la apreciación de la moneda nacional afecte negativamente a la producción nacional de bienes importables y a las exportaciones» (2017, p. 70).

Como corolario a su finalidad, el directorio del BCR debe presentar un informe al Ministerio de Economía y Finanzas sobre aquellos aspectos de la política económica —que obviamente ese ministerio dirige— que afecten de forma negativa el cumplimiento de su finalidad, como lo señala el artículo 94 de su ley orgánica (decreto ley 26123). No dice nada sobre si ese informe debe hacerse de conocimiento general; al parecer no, seguramente para evitar un enfrentamiento político de consecuencias negativas. Pero resulta claro que, de alguna manera, esas políticas negativas tendrían que tener algún reconocimiento en el informe que el BCR está obligado a dar al país por mandato del tercer párrafo del artículo 84 de la Carta Fundamental, que veremos más adelante.

5.3.5. Funciones

En el segundo párrafo del artículo 84, se dice que son funciones del BCR «regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo y las demás funciones que señala su ley orgánica». Sin duda que la regulación de la moneda y del crédito del sistema financiero son tareas esenciales para determinar el número de circulante y lograr la estabilidad monetaria.

En la ley orgánica, se dice que las funciones del BCR son regular la cantidad de dinero y emitir billetes y monedas. También administrar las reservas internacionales e informar al país sobre sus actividades (acerca de estas dos últimas volveremos más adelante). Las primeras significan dictar las medidas conducentes, dice Enrique Bernal, «a que la cantidad de moneda, su velocidad de circulación y demás elementos macro económicas, sean los adecuados para lograr la estabilidad monetaria del Perú. Para ello, como se sabe, desde los elementos de la teoría económica, moneda y crédito son dos caras de la misma medalla, desde que el crédito acelera la circulación monetaria. De allí la unificación de ambos conceptos en esta función» (1997, p. 407).

Alarco Tosoni (2017, p. 69) ha sugerido modificar aquel artículo 84 de la Constitución, con el fin de darle al BCR una presencia más directa en la actividad económica, en concreto en la promoción del empleo, sin perjuicio de preservar su autonomía y la imposibilidad de financiar déficit de gobierno.

5.3.6. Reservas internacionales

La administración de las reservas internacionales es una de las funciones a cargo del BCR, tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 84 de la Constitución, que ratifica el artículo 2 de su ley orgánica (igual lo decía el artículo 149 de la Constitución anterior). Ello significa que debe cuidarlas, escoger su destino más seguro e invertir las buscando su mejor rendimiento, no solo porque son un medio de pago, sino también el ahorro internacional de la República. Advierte Rubio Correa, con razón, que «la seguridad de las reservas internacionales, tanto por los bienes en que se halle representada, como por la seguridad de que no serán de alguna manera apropiados por terceros, o embargadas por potencias enemigas, etc., son aspectos muy importantes de la Administración que la Constitución encomienda» (1999, p. 485). Por su parte, el artículo 71 de la ley orgánica indica que el directorio del BCR, en la administración de las reservas internacionales, debe tomar en cuenta los criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad, los que debe evaluar —siguiendo prácticas bancarias usuales y sanas— en función de la situación y perspectivas de la economía nacional y el contexto internacional. El artículo 72 especifica cómo están constituidas las reservas¹³⁹.

Parece obvio, dada su finalidad y funciones, que el BCR esté encargado de la administración de las reservas; sin embargo, la composición y destino de ellas dio lugar a un debate más bien amplio en el seno de la Comisión de Constitución y Reglamento del CCD. Después de tratar sobre las facultades que sobre las reservas tiene el BCR en caso de conflictos internacionales, embargos y otras materias, final-

¹³⁹ «Artículo 72. Las reservas internacionales están constituidas por:

- a) Tenencias de oro y plata.
 - b) Billetes y monedas extranjeros de aceptación general como medios de pago internacional.
 - c) Depósitos de divisas, a la vista o por períodos no mayores de noventa días, en bancos acreditados de cualquier plaza del exterior, a juicio del Directorio.
 - d) Certificados de Depósito de divisas, por períodos no mayores de noventa días, emitidos por bancos acreditados de cualquier plaza del exterior, a juicio del Directorio.
 - e) Títulos o valores de primera clase, líquidos emitidos por organismos internacionales o entidades públicas extranjeras, a juicio del Directorio.
 - f) Aceptaciones Bancarias acreditadas, a plazos no mayores de noventa días, contados desde la fecha de su adquisición por el Banco, fácilmente negociables en el extranjero.
 - g) Derechos Especiales de Giro, o cualquier otro sustituto del oro que contemple el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional que correspondan al País.
 - h) El saldo deudor de las cuentas originadas en los convenios de crédito recíproco que, con arreglo al inciso b) del artículo 65, el Banco hubiere celebrado con entidades similares.
 - i) Los aportes en oro, divisas y Derechos Especiales de Giro a organismos monetarios internacionales.
- Las tenencias de oro se contabilizan al valor que fije el Directorio, sin exceder el precio prevaleciente en el mercado internacional».

mente se aceptó por unanimidad de redacción del artículo 84, tal como figura hoy en el texto: «administrar las reservas internacionales a su cargo».

5.3.7. Informe al país

Dada la trascendencia de su misión, del impacto de sus decisiones en la economía y la posición de privilegio que ocupa en cuanto a la información sobre la economía y las finanzas, el tercer párrafo del artículo 84 le exige al BCR la poca usual tarea de informar al país «exacta y periódicamente sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo la responsabilidad de su Directorio».

La ley orgánica, en su artículo 74, obliga al BCR a informar periódicamente sobre la situación de las finanzas nacionales y a publicar las principales estadísticas macroeconómicas nacionales. Para tal efecto y de conformidad con las normas que expida el Ministerio de Economía y Finanzas, recaba toda la información que considere necesaria de las personas naturales y jurídicas, sean públicas o privadas, estando facultado a multarlas en caso de incumplimiento o inexactitud en la información que suministren.

Para realizar esta función de informar al país, el BCR no recibe instrucciones o directivas de ningún otro órgano del Estado; aunque, como ya vimos, efectúa coordinaciones especialmente con el Ministerio de Economía y Finanzas. El informe que la Constitución exige es directamente a los ciudadanos, sin intermediarios, lo que resalta «el carácter de magistratura que tiene» (Bernaes, 1997, p. 407). Sin embargo, este mandato, en nuestra opinión inequívoco, no se ha cumplido siempre a cabalidad, pues igual obligación existía en el artículo 149 de la Constitución de 1979; tampoco existe consenso sobre cuál es la mejor forma de hacerlo. Sobre ambos aspectos hubo intercambio de pareceres en el CCD, como a continuación veremos.

Ferrero Costa dijo que, a pesar que el artículo 144 de la Constitución de 1979 obligaba al BCR a informar al país —periódica y exactamente— sobre el estado de las finanzas bajo responsabilidad de su directorio, esta obligación no la cumplió a cabalidad; señaló que no bastaba la nota semanal del BCR que circula en medios enterados, la que se había convertido en rutinaria, deviniendo la obligación constitucional «en algo que en la práctica no tiene ninguna utilidad para los fines que fue originalmente concebida. Lo que se buscaba era que el Banco, independientemente del ministro, independientemente del Presidente de la República, de la situación política del momento, cada cierto tiempo —dos, tres, cuatro veces al año— informara al país —no solo a los lectores de la nota semanal, sino al país— del estado de las finanzas. O esta fórmula era utópica, en cuyo caso había que borrarla de la Constitución o habría que buscar otra que en la práctica signifique que el Banco va a cumplir esa obligación» (CCD, 1998, II, p. 2101). Esta intervención abrió el

debate posterior, en donde se planteó la periodicidad del informe, sobre su objeto, sobre la propia conveniencia de la disposición, etc. El Presidente del BCR, Germán Suárez Chávez, refirió que en su opinión una información verbal y pública tendría la desventaja de que el informe pueda politizarse «y generar toda una maraña de posiciones que revertiría en contra del propio manejo del Banco Central en términos de distracción de tiempo» (1998, II, p. 2112). Se acordó, finalmente, que en el texto constitucional no debería fijarse el modo ni la periodicidad del informe, pero sí la obligación de hacerlo, tal como figura en el artículo 84.

Al respecto, es preciso acotar que una de las exigencias más extendidas en países desarrollados son los reportes que el banco central debe hacer al Congreso con carácter semianual o anual sobre temas que tienen que ver con sus funciones de acuerdo a ley; pero también sobre las tendencias de la economía nacional, incluyendo el impacto de los tipos de cambio, los objetivos de la política monetaria y las proyecciones económicas en materia de empleo, producción, inversión, productividad y comercio internacional, etc. Estos reportes permiten llenar parcialmente el déficit democrático que significa la conducción de una política económica por el BCR sin intervención de un poder elegido por la ciudadanía. Hay que tener en cuenta que la Constitución Política del Perú establece como objetivo central la preservación de la estabilidad de precios y, sobre ello, es preciso que el BCR rinda cuentas a los representantes elegidos por el pueblo, ya que el Parlamento es el foro político por excelencia y las políticas del gobierno y los problemas que afectan a la sociedad son debatidos en su seno. Es opinión generalizada que, si el modelo del banco central independiente se basa en un objetivo constitucional del que proviene una gran parte de su legitimidad, se encuentra del todo justificado que se rinda cuenta de su gestión ante el Parlamento. Hay que recordar que las presentaciones de las autoridades del BCR ante el Parlamento no son similares a los ministros, pues estos pueden ser censurados desde el punto de vista político, mientras que en el Perú el Parlamento solo puede relevar de sus funciones a los miembros del directorio del BCR si estos adoptan decisiones prohibidas por la Constitución o la ley.

En algunos países, la legislación obliga al banco central a poner a disposición del público las actas de las sesiones de su órgano de gobierno a fin de mostrar los votos y las posiciones adoptadas por cada uno de sus miembros en el curso de los debates, señalándose inclusive que el tiempo máximo que deberá ponerse a disposición del público después de producida la reunión de tal órgano. Se trata de un tema controvertido, entre otras razones, porque se considera que en términos generales la opinión pública no está en condiciones de comprender la diversidad de materias que deben tomarse en cuenta para una decisión de la banca central.

5.3.8. Financiamiento al erario

La parte final del artículo 84 prohíbe al BCR conceder financiamiento al erario, salvo la compra de valores emitidos por el tesoro público dentro del límite que señala su ley orgánica¹⁴⁰. Se trata de un mandato de singular importancia que fortalece institucionalmente la autonomía del BCR. Este límite está consignado en el artículo 61, el mismo que lo faculta a comprar valores emitidos por el tesoro público, no pudiendo el incremento anual superar el 5% del saldo de la base monetaria del cierre del año precedente, valuados a su precio de adquisición. Se trata por cierto de un endeudamiento público, que debe ser respetado y cumplido dando cumplimiento a las disposiciones presupuestales.

Este dispositivo constitucional debe concordarse con el tercer párrafo del artículo 78 de la Constitución, el mismo que obliga a que el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado. Lo que de manera acertada se pretende con ello, dice Bernal, es «evitar lo que en el pasado constituyó una reiterada corruptela: que el gobierno pida al Banco Central emisión inorgánica con la cual pagar el déficit fiscal a costa de generar inflación y desajustar la economía del país» (CCD, 1998, p. 2120)¹⁴¹.

5.3.9. Operaciones y convenios de crédito

El artículo 85, al igual que el artículo 150 de la Constitución de 1979, faculta al BCR a efectuar operaciones o a celebrar convenios para cubrir desequilibrios —que deben ser transitorios, aunque no se los define— en las reservas internacionales. Para ello, debe requerir de autorización por ley cuando el monto supere el señalado en el presupuesto del sector público, con cargo a dar cuenta al Congreso.

La composición y el monto de las reservas internacionales que administra el BCR no son estáticas y pueden variar dependiendo de una serie de factores, muchas veces en forma solo transitoria. Para tal efecto, la Constitución le autoriza a cubrir esos desequilibrios dentro de los límites que determina el presupuesto. Se trata de una

¹⁴⁰ En el derecho comparado, cabe citar el artículo 109 de la Constitución chilena de 1980: «Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central».

¹⁴¹ Fue rechazada la propuesta del Banco Central de Reserva en la Comisión de Constitución y Reglamento del CCD, en virtud de la cual se prohibía al Banco Central de Reserva conceder financiamiento, directo o indirecto, no solo al Gobierno Central, sino también a los gobiernos locales y regionales, y a los organismos del sector público, salvo la compra de valores emitidos por el tesoro público, dentro de los límites de su ley orgánica y en caso de guerra exterior. Este último aspecto dio lugar a varias intervenciones; sin embargo, el último párrafo del artículo 84 quedó aprobado tal como aparece hoy. En el Pleno, este artículo fue criticado severamente por Manuel Moreyra L. (SODE), por innecesario y porque en su opinión no prohíbe nada, indicando que esta disposición no es de nivel constitucional sino propia de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva.

actividad propia de su naturaleza, por lo que no debe estar prohibida o limitada por ciertos parámetros. Así lo reconocen los artículos 64 y 65 de su ley orgánica¹⁴².

Esas operaciones y convenios son propios de una entidad cuya función es regular la moneda y el crédito, lo que incide en la masa monetaria y en la estabilidad de la moneda; por tanto, es una forma o vía para influir en la liquidez del sistema, en las disponibilidades existentes en efectivo y en los depósitos bancarios, sea para ampliar o constreñir el flujo de dinero, en unos casos para reactivar la demanda y la inversión, en otros para desactivar las tendencias inflacionarias. Entonces, «más allá de la política monetaria en sentido estricto, pero sin desvincularse de ella, aparecen las operaciones encaminadas principalmente a la obtención de recursos económicos no fiscales para el Estado y otras entidades públicas de su influencia, a través de la adopción de diversos compromisos crediticios» (Martín Mateo, 1985, p. 221). Estas acciones están dirigidas a regular la moneda nacional y a obtener las mejores paridades posibles, pero también a garantizar compromisos ya contraídos o de probable asunción futura con otros Estados u organismos internacionales. Se trata generalmente de medidas intercambiables y cuyos objetivos están sujetos a mutuo condicionamiento; pues, así como el tipo de cambio influye en la liquidez interior, lo hace también sobre la apreciación internacional de la moneda nacional. Estas y otras acciones crediticias tienden a influir en el alza o baja de los tipos de interés. Dentro de las operaciones que venimos comentando, se encuentran aquellas celebradas con el FMI o con bancos de reserva de otros países.

Hay que dejar sentado que las operaciones y convenios a los que se refiere este artículo 85 están dirigidos a superar desequilibrios «transitorios», necesariamente de corto plazo; se trata pues de situaciones en las cuales, por ejemplo, hay especulación o necesidad de uso intensivo de las reservas. Por tanto, si se tratara de situaciones estructurales (Bernal, 1997, p. 408; Rubio Correa, 1999, p. 489) —como, por

¹⁴² Artículo 64: «El Banco puede celebrar convenios y efectuar operaciones de créditos con entidades del exterior, a fin de fortalecer la balanza de pagos».

Artículo 65: «El Banco puede realizar con los Bancos Centrales de otros países, o con las instituciones que corresponda, así como con las instituciones financieras internacionales y los bancos del exterior, las siguientes acciones;

a) Recibir y efectuar depósitos, en moneda nacional o extranjera.
 b) Celebrar convenios de crédito y de pagos que contribuyan a facilitar principalmente el comercio exterior, así como realizar las operaciones y funciones que se requieran para la ejecución de tales convenios. “Esta autorización comprende el sometimiento a arbitraje internacional para la solución de controversias que pudieran suscitarse en la ejecución de dichos convenios, ante instituciones arbitrales de reconocido prestigio o árbitros designados conforme a normas y procedimientos derivados de los convenios suscritos o que suscriba el Banco y los que resulten aplicables para instituciones financieras internacionales de las que Estado Peruano sea miembro” (este último párrafo fue incorporado por el artículo único de la ley 26711, publicada el 22 de diciembre de 1996).

ejemplo una tendencia a largo plazo que dará mayor valor a las importaciones que a las exportaciones o la amortización de la deuda externa con influencia en la balanza de pagos—, entonces las medidas a adoptarse por el Estado deberán utilizar otras vías, como la emisión de bonos en el mercado internacional o el dictado de decretos de urgencia, en situaciones de verdadero carácter extraordinario, tal como lo exige el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución.

6. FOMENTO Y GARANTÍA DEL AHORRO

Se fomenta, estimula o auxilia el ahorro porque es capital, excedente acumulado o riqueza, la que constituye, a pesar de su actual abundancia en los mercados financieros mundiales, un elemento imprescindible para el desarrollo y, a la vez, una seguridad para los individuos, en muchas ocasiones fruto del trabajo, contenciones varias y del esfuerzo sostenido. Si la finalidad principal del BCR, como hemos visto, es preservar la estabilidad monetaria, resulta concordante que fomente y garantice el ahorro de personas y empresas. Debe hacerlo, además, porque la experiencia enseña que es principalmente el Estado el que puede enfrentar de manera exitosa las iniciativas inescrupulosas de banqueros y especuladores destinados a alterar el tipo de cambio y el valor de la moneda, con grave detrimento para personas, empresas y el país en su conjunto. De otro lado, resulta imposible olvidar a los gobernantes que promueven la inflación y a los directores del BCR sumisos al poder, que contribuyen, con su irresponsabilidad —por otra vía—, a lograr el mismo funesto resultado.

El ahorro al que se refiere el primer párrafo de este artículo 87, similar al 154 de la Constitución de 1979, es el privado, pues lo que las constituciones pretenden proteger son los derechos de las personas frente al poder del Estado (Rubio Correa, 1999, p. 496). El ahorro público es un concepto equívoco, pues lo que la Constitución persigue (artículo 78) es la existencia de un presupuesto equilibrado financieramente y operativo, uno que refleje el gasto corriente y la inversión pública de forma veraz, ejecutable. Aquello que se considera ahorro se encuentra en el artículo 131 de la ley 26702 de 1996 (Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS), que señala: «El ahorro está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad, realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda emitidos por tales empresas. Tales imposiciones están protegidas en la forma que señala la presente ley». Esta ley con-

tiene diversas medidas para proteger al ahorrista, en especial sus artículos 132 y 134¹⁴³. También crea el Fondo de Seguro de Depósitos, que tiene por objeto proteger a quienes realicen depósitos en las empresas del sistema financiero (artículos 144 a 157) de significativa importancia, pues da cobertura a los depositantes (hasta cierto límite) y puede fortalecer patrimonialmente a las empresas del sistema, entre otras. Cabe

¹⁴³ Artículo 132: «Formas de atenuar los riesgos para el ahorrista. En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente la atenuación de los riesgos para el ahorrista:

1. Los límites y prohibiciones señalados en el Título II de la Sección Segunda y en las demás disposiciones que regulan a las empresas. Dichos límites tienen por objeto asegurar la diversificación del riesgo y la limitación al crecimiento de las empresas del sistema financiero hasta un determinado número de veces el importe de su patrimonio efectivo.
2. La constitución de la reserva de que trata el Capítulo III del Título III de la Sección Primera.
3. El mantenimiento del monto del capital social mínimo a valores reales constantes, según lo normado en el artículo 18.
4. La constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos, y la constitución de las otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado. Concordancia: R. SBS 41-2005.
5. La promoción del arbitraje como un medio de solución de conflictos entre empresas y entre estas y el público, haciendo uso para tal efecto de las cláusulas generales de contratación.
6. La recuperación en forma expeditiva de los activos de las empresas del sistema financiero.
7. El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas.
8. La ejecución de los warrants que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero por el tenedor, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, concursado o no. La presente disposición no afecta los derechos de los Almacenes Generales de Depósito de cobrar los almacenajes adeudados y gastos de remate al ejecutar los warrants. (*)

(*) Inciso modificado por la Sexta Disposición Modificatoria de la ley 27287, Ley de Títulos Valores, publicada el 19-06-2000, cuyo texto es el siguiente:

“8. La ejecución del Título de Crédito Hipotecario Negociable y del Warrant que garanticen obligaciones con empresas del sistema financiero por su tenedor, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, concursado o no. La presente disposición no afecta los derechos de los Almacenes Generales de Depósito de cobrar los almacenajes adeudados y gastos de remate al ejecutar los warrants”.

9. Los valores, recursos y demás bienes que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero, cubren preferentemente a estas. Las medidas cautelares que se dispongan respecto de tales bienes, valores o recursos, solo surten efecto luego que la empresa disponga sobre ellas los cargos que correspondan por las deudas vencidas de su titular a la fecha de notificación de dicha medida, y siempre que dichos bienes, valores o recursos no se encuentren sujetos a gravamen alguno en favor de la empresa del sistema financiero. Igual norma es aplicable tratándose de valores, recursos o demás bienes dados en garantía para afianzar obligaciones de terceros.

advertir que son miembros de ese fondo todas las empresas del sistema autorizadas a captar depósitos del público.

Un punto central es el referente a los intereses, pues la determinación del mismo es asunto complejo, pero de evidente impacto. Esta determinación por el sistema financiero es libre, salvo casos de excepción, aunque está en parte influenciado por la situación internacional, de gran dinamismo y a la fecha de imposible control, así como por condicionantes internos, en la determinación de los cuales el BCR cumple una función principal. Lo que esta institución puede hacer, de acuerdo a su ley orgánica, es establecer las tasas de interés aplicables a sus operaciones (artículo 60); establecer, de acuerdo al Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio y legal para operaciones ajenas al sistema financiero, las que deben guardar relación con las tasas de interés prevalecientes en las entidades de dicho sistema (artículo 51); y propiciar que las tasas de interés del sistema financiero sean determinadas por la libre competencia, dentro de las tasas máximas que fije para ello

10. Posibilidad de dar por vencidos los plazos de las obligaciones, vencidas y no vencidas, de un deudor ante un caso de incumplimiento. En este supuesto, la empresa podrá hacer uso del derecho de compensación referido en el numeral siguiente.

11. El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.

12. Los bienes afectos a prendas globales y flotantes vinculadas con contratos de seguro de crédito o con facturas conformadas, u otros contratos de crédito, solo pueden ser ejecutados por el titular de dicho derecho, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, ya se encuentre este último, concursado o no. (*)

(*) Inciso derogado por la Sexta Disposición Final de la Ley N^o 28677, publicada el 01 marzo 2006, vigente a los noventa días de la publicación de la citada Ley.

13. La supervisión consolidada de los conglomerados financieros o mixtos».

Artículo 134: «Medidas para la protección adecuada del ahorrista. A fin de brindar al ahorrista una protección adecuada y sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la presente ley, corresponde a la Superintendencia:

1. Disponer la práctica de auditorías externas por sociedades previamente calificadas e inscritas en el registro correspondiente.
2. Supervisar que las empresas del sistema financiero se encuentren debidamente organizadas, así como administradas por personal idóneo.
3. Supervisar que cumplan las empresas del sistema financiero con las normas sobre límites individuales y globales.
4. Efectuar supervisiones consolidadas de los conglomerados financieros o mixtos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138.
5. Medir el riesgo de las empresas intermediarias, a través del sistema de la Central de Riesgos, mediante el registro del endeudamiento global, en el país y en el exterior, de las personas que soliciten crédito a las empresas del sistema financiero».

en ejercicio de su atribución (artículo 52). Sin embargo, en forma excepcional, pero confirmando sus atribuciones constitucionales y legales, el BCR tiene la facultad de fijar tasas de interés máximas y mínimas con el propósito de regular el mercado (artículo 52, parte final).

Como veremos a continuación, es la SBS, conforme a la ley correspondiente, la que establece las obligaciones y límites de las empresas que reciben ahorros del público.

7. SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES

La segunda parte del artículo 87 de la Constitución trata de la SBS, institución autónoma de rango constitucional destinada a supervisar y controlar a las empresas vinculadas al ámbito financiero, de seguros, de administración de fondos de pensiones y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, sean incluidas en su supervisión por ley¹⁴⁴. A diferencia del concepto de «actividades conexas» que puede interpretarse con claridad, el concepto de «actividades similares» es excesivamente genérico y abre la posibilidad de que el legislador encomiende a la SBS encargos que pueden afectar su especialización técnica. Cabe anotar que el artículo 1 de la ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) alude a las actividades conexas de las empresas pertenecientes a los sistemas financiero y de seguros como actividades vinculadas o complementarias al objeto social de dichas personas.

En la Constitución de 1979, el tratamiento a esta institución se hacía en un artículo ad-hoc, el 155, de contenido similar al actual, pero con una mejor técnica legislativa.

El funcionario jefe de la institución es el superintendente, nombrado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Congreso¹⁴⁵. El plazo del nombramiento es el del

¹⁴⁴ El artículo 87 fue modificado por reforma constitucional mediante la ley 28484, publicada el 5 de abril de 2005, que incluyó, a nivel constitucional, dentro del ámbito de la SBS, a las administradoras de fondos de pensiones. Cabe señalar que, en virtud de la ley 27328, se incorporó bajo el control y supervisión de la Superintendencia a las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), que forman parte denominado sistema privado de fondos de pensiones. Igualmente, por ley 30822, de julio de 2018, la SBS regulará y supervisará a las cooperativas de ahorro y crédito.

¹⁴⁵ En la Comisión de Constitución y Reglamento, se realizó un intercambio de opiniones sobre la SBS señalándose, entre otros, que el superintendente no debía ser ratificado por el Congreso porque tiene una pura función de control (los congresistas Moreyra Loredo y Ferrero Costa defendieron esta posición); que debería ser elegido por una terna propuesta por el Colegio de Economistas y no por el Poder Ejecutivo, pues este es demasiado fuerte (tesis propuesta por el congresista Cáceres Velásquez); señalándose también que el sistema de ternas no había dado buenos resultados (congresista Ferrero Costa). En el pleno, sobre la importancia del rol de la SBS, intervinieron Flores Nano (PPC) y Cáceres Velásquez (FNTC), refiriéndose este último a la necesidad que el cargo de superintendente sea ratificado por el Congreso.

periodo del Presidente de la República; sin embargo, no tiene en la Constitución la autonomía con que cuentan los Directores del BCR y el Contralor General de la República, particularmente en lo que se refiere a su remoción. En los dos primeros casos, se preceptúa que solo pueden ser removidos por falta grave, silenciándose en lo que se refiere al superintendente de la SBS, por lo que este no tiene la misma estabilidad y queda entonces librado a lo que señale una norma con rango de ley fácilmente modificable, lo que ha sido criticado por la doctrina (Rubio Correa, 1999, p. 506).

La ley 26702 es de gran importancia, pues establece el marco de regulación a que se someten las empresas que operan en el Sistema Financiero y de Seguros, así como las administradoras privadas de fondos de pensiones (AFP). El artículo 345 ratifica que la SBS «es una institución constitucionalmente autónoma y con personería de derecho público, cuyo objeto es proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros». La mencionada ley determina el marco de su autonomía funcional, económica y administrativa; establece su ubicación dentro de la estructura del Estado, define su ámbito de competencia; y señala sus funciones y atribuciones. Es de hacer notar que, según el artículo 346, las leyes o disposiciones legales distintas a la ley 26702 no pueden establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la SBS.

Desde el punto de vista del derecho constitucional y en concordancia con las disposiciones que ya hemos visto sobre el BCR, lo más importante es poner de relieve lo que dispone el artículo 347, el mismo que señala que es finalidad de la SBS «defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control»¹⁴⁶.

Las atribuciones de la SBS están consignadas en el artículo 349 de la ley 26702, a la cual nos remitimos¹⁴⁷ y en donde se puede apreciar que puede ejercitar prácticamente

¹⁴⁶ Artículo 347: «Corresponde a la Superintendencia defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control, velando porque se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen; ejerciendo para ello el más amplio control de todas sus operaciones y negocios y denunciando penalmente la existencia de personas naturales y jurídicas que, sin la debida autorización ejerzan las actividades señaladas en la presente ley, procediendo a la clausura de sus locales, y, en su caso, solicitando la disolución y liquidación del infractor».

¹⁴⁷ Artículo 349: «Son atribuciones del superintendente, además de las ya establecidas en la presente ley, las siguientes:

1. Autorizar la organización y funcionamiento de personas jurídicas que tengan por fin realizar cualquiera de las operaciones señaladas en la presente ley;
2. Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, estatutos y toda otra disposición que rige al Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, ejerciendo para ello, el más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las empresas que los integran realicen;
3. Ejercer supervisión integral de las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, las incorporadas por leyes especiales a su supervisión, así como a las que realicen operaciones complementarias;

cualquier labor de control y dictar normas de cumplimiento obligatorio para las empresas supervisadas, aunque sus decisiones pueden ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales¹⁴⁸.

-
4. Fiscalizar a las personas naturales o jurídicas que realicen colocación de fondos en el país;
 5. Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos que se estudien durante las inspecciones e investigaciones, para lo cual podrá ordenar su comparecencia, gozando para tal efecto, de las facultades que para esta diligencia autoriza el Código Procesal Civil.
 6. Interpretar, en la vía administrativa, sujetándose a las disposiciones del derecho común y a los principios generales del derecho, los alcances de las normas legales que rigen a las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, así como a las que realizan servicios complementarios, constituyendo sus decisiones precedentes administrativos de obligatoria observancia;
 7. Aprobar o modificar los reglamentos que corresponda emitir a la Superintendencia;
 8. Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos relacionados con las operaciones señaladas en el Título III de la Sección Segunda de la presente ley; y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil;
 9. Dictar las normas necesarias para el ejercicio de las operaciones financieras y de seguros, y servicios complementarios a la actividad de las empresas y para la supervisión de las mismas, así como para la aplicación de la presente ley;
 10. Dictar las disposiciones necesarias a fin de que las empresas del sistema financiero cumplan adecuadamente con los convenios suscritos por la República destinados a combatir el lavado de dinero;
 11. Establecer la existencia de conglomerados financieros o mixtos y ejercer supervisión consolidada respecto de ellos de conformidad con el artículo 138.
 12. Disponer la individualización de riesgos por cada empresa de manera separada;
 13. Dictar las normas generales para precisar la elaboración, presentación y publicidad de los estados financieros, y cualquier otra información complementaria, cuidando que se refleje la real situación económico-financiera de las empresas, así como las normas sobre consolidación de estados financieros de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados;
 14. Celebrar convenios de cooperación con otras Superintendencias y entidades afines de otros países con el fin de un mejor ejercicio de la supervisión consolidada;
 15. Celebrar convenios con los otros organismos nacionales de supervisión a efectos de un adecuado ejercicio de la misma;
 16. Coordinar con el Banco Central en todos los casos señalados en la presente ley;
 17. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley del Mercado de Valores, la Superintendencia podrá dictar pautas de carácter general a las que deberá ceñirse la clasificación de las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros; y,
 18. En general, se encuentra facultada para realizar todos los actos necesarios para salvaguardar los intereses del público, de conformidad con la presente ley».

¹⁴⁸ La SBS, en virtud de su resolución 2755-2018, ha aprobado un reglamento de infracciones y sanciones para los organismos que se encuentran bajo su supervisión.

8. MONEDA EXTRANJERA

El artículo 64 de la constitución vigente, ubicado en el capítulo I («Principios Generales») del título III («Del Régimen Económico») —es decir, no al interior del capítulo V («De la Moneda y la Banca»), que hemos tratado anteriormente—, señala que «el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera». Abordamos aquí a este artículo, que no tiene antecedentes en la Constitución de 1979 por su evidente conexión con el sistema bancario y financiero, así como con las funciones que realiza el BCR.

Para entender su inclusión en el texto constitucional, lo que fue así expresado en la Comisión de Constitución y de Reglamento del CCD, debe recordarse que en el Perú, durante las últimas décadas, se han producido diversas experiencias relacionadas a las divisas extranjeras, tanto bajo la Constitución de 1933 como con la de 1979. En efecto, hubo momentos en que se prohibió la tenencia de moneda extranjera que no hubiera sido vendida por el Estado en virtud de causales específicamente establecidas en la ley; en otro momento, se estableció un sistema de cambios diferenciados y, finalmente, de libertad para la compra y venta de moneda extranjera.

El artículo 64 reconoce el derecho de las personas naturales o jurídicas a mantener en su poder moneda extranjera y de utilizarla como medio de pago o de cambio. Es derecho, como todos los demás de naturaleza constitucional, que pueda reclamarse jurisdiccionalmente. La norma parece estar orientada a impedir el establecimiento de control de cambios, pero se ha dicho que «no puede menos que llamar a sorpresa que un país se autoimponga constitucionalmente una restricción de manera tan explícita, referida a un asunto variable y de carácter técnico, que no puede ser tratado dogmáticamente. Hoy en día la estabilidad de una moneda no depende más —por lo menos exclusivamente— de la política monetaria interna, ni siquiera en el caso de los países más desarrollados del planeta» (Bernales, 1997, p. 371). A esta afirmación del jurista Bernales Ballesteros, con la que coincidimos, se suma lo acertadamente señalado por el jurista Rubio Correa, en el sentido que «alteraciones de corto plazo pueden deberse a fenómenos políticos o especulativos que, no obstante su corta duración, pueden dañar severamente la posición de la moneda nacional en el contexto internacional y, con ello, a la economía en su conjunto» (1999, p. 317). Coincidimos también con Bernales Ballesteros cuando señala que es un peligro para la economía del país tener una disposición de rango constitucional de esta naturaleza, a pesar de que efectivamente en el pasado se cometieron muchas arbitrariedades en esta materia, inhabilitándose teóricamente al Estado para tomar medidas protectivas en determinadas circunstancias, tal como lo hacen todos los países del mundo (1997, p. 371).

Sin embargo, es necesario concordar este artículo con el 72, que establece que «la ley puede, solo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes»; pues uno de estos últimos es, sin duda, la moneda extranjera. Este artículo constituye un mecanismo de seguridad que puede ser utilizado para imponer restricciones a la libertad de tenencia y de exposición de las monedas extranjeras, siempre que se cumpla la condición de seguridad nacional y tenga carácter temporal, lo que podría hacer creer que puede ser llevado a la práctica mediante un decreto de urgencia. A nuestro juicio, no sería viable constitucionalmente, por cuanto en esta materia opera una reserva de ley.

Rubio Correa señala que, por la coexistencia de los artículos 64 y 72, sería inconstitucional prohibir la tenencia y disposición de moneda extranjera de manera absoluta, así como quitar de la circulación los derechos o certificados de moneda extranjera, lo que ocurrió al inicio del gobierno del presidente Alan García en 1985. También señala el autor que sería inadmisibles pretender que, en razón del artículo 64, es imposible tomar medida alguna de restricción en la circulación y tenencia de divisas, debido a que «ningún país del mundo podría, con la intervención que actualmente existe entre las diversas economías en el contexto internacional, negarse a la posibilidad de establecer medidas protectivas para evitar la caída de su moneda: ninguna economía nacional es ahora suficientemente fuerte como para, por sí sola, enfrentar a la actividad especulativa mundial y menos podrá serlo, naturalmente, la de un país pobre y subdesarrollado en el mundo de las finanzas» (1999, pp. 317-318).

El constituyente Moreyra Loredó (SODE) intervino en el pleno y señaló que la regulación de la moneda extranjera es un tema delicado y no se debe establecer normas rígidas en la Constitución, siendo ello manejo propio del BCR, criticando que el Código Civil haya eliminado el curso legal de la moneda peruana considerando que debía reestablecerse a nivel constitucional (CCD, 1998, p. 1010).

9. GLOBALIZACIÓN FINANCIERA Y SOBERANÍA RECORTADA

Una afirmación repetida con frecuencia es que los países que no tienen su propia moneda no son completamente independientes (Thurow, 2000, p. 33); pero esta debe entenderse en el contexto de países en vías de desarrollo, como Perú. Dado el fenómeno de la globalización en curso, resulta fundamental que, al momento de tratar del BCR y de los organismos supervisores bancarios y financieros, hagamos una breve referencia a lo que se ha denominado «globalización financiera», la que debe entenderse como el libre movimiento de capitales a través de las fronteras nacionales; es decir, una gran libertad de movilización de ahorros generados

en cualquier parte del mundo hacia oportunidades de inversión en cualquier país, inversiones que pueden ser consideradas como activos reales (producción de bienes y servicios, inmuebles) o como activos financieros (títulos y obligaciones, acciones, etc.) (Hopenhayn & Vanoli, 2002, p. 16).

El nuevo mercado financiero global es el resultado de poderosas fuerzas de cambio en el ámbito mundial que repercuten en el sistema financiero de cada país, constituidas por la liberalización de los movimientos de capitales entre países y por la innovación financiera en productos, servicios y procesos. Ello supone la eliminación de barreras, reglas y normas que restringen la competencia. Es por eso que la liberalización se manifiesta específicamente en una desregulación normativa y en la desintermediación y titulación, todo lo cual ha llevado a que la economía financiera se distancie de la economía real, fenómeno que se refleja en una mayor inestabilidad económica.

Como hemos tenido ya ocasión de señalar, una característica saliente del capitalismo contemporáneo es la profundidad y extensión de la globalización y, en especial, en el ámbito financiero, que retroalimenta otras dimensiones de aquella como son la producción, el trabajo y el comercio. Los excedentes financieros acumulados en los países ricos después de la Segunda Guerra Mundial fortalecieron los mercados de capitales y las instituciones que regulan e intermedian esas crecientes masas de dinero se fueron transformando y buscaron naturalmente liberarse de las limitaciones, nacionales e internacionales, con el propósito de maximizar sus beneficios. Ello se aceleró cuando el régimen adoptado en Bretton Woods, que se fundamentaba en paridades cambiarias fijas y ajustables solo por excepción, teniendo como moneda central de referencia al dólar de los Estados Unidos, con precio fijo por onza de oro, concluyó abruptamente a comienzos de la década de 1970, como se señaló líneas arriba, momento en que se debilita la solidez de esa moneda y los Estados Unidos comienzan a afrontar problemas de competitividad. Se pasa entonces a un régimen basado en cambios flotantes, en general muy poco regulado, dando inicio propiamente a la globalización financiera de nuestros días (Herrera, 2000, p. 160 ss.). Estas decisiones no fueron beneficiosas para América Latina, pues aumentaron las cargas sobre la deuda exterior que se había contraído antes, a lo que se adicionó la disminución en el precio de sus principales productos de exportación. Además, esa libertad en los mercados no ha podido impedir continuos episodios internacionales especulativos, que han dado lugar ya a varias crisis de gran impacto mundial.

Los estados nacionales, a través de sus bancos centrales, han tratado de reducir los riesgos así generados y han buscado la concertación de acuerdos multilaterales para homogeneizar las regulaciones y coordinar la supervisión operativa de las bancas nacionales y transnacionales, a través de lo que se ha denominado los «concorda-

tos de Basilea»¹⁴⁹. Sin embargo, nada de ello ha podido impedir el surgimiento de instituciones financieras desreguladas en el ámbito internacional que funcionan en paraísos fiscales, ofreciendo a los depositantes ventajas significativas como el anonimato, la liberación de controles y una gran movilidad para trasladar fondos de una a otra parte. Y ello da lugar a una gran volatilidad, la que resulta incompatible con periodos de orden, crecimiento y estabilidad.

En síntesis, se han producido dos fenómenos estrechamente vinculados entre sí. Dicen Hopenhayn y Vanoli:

Por una parte, una fuerte expansión de masas de recursos financieros para ser intermediados —por organizaciones bancarias y no bancarias— en los mercados de capitales internacionales. Por la otra, trascendentes cambios institucionales en el orden monetario internacional, en sus reglas de juego (de cambios fijos a cambios flotantes, de requisitos de equilibrio y una cierta simetría de balances de pagos a fuertes desequilibrios con asimetrías) y en las condiciones de la intermediación financiera (desmantelamiento de restricciones y regulaciones a los movimientos de capital a través de las fronteras). Sobre estas condiciones potenciales ofrecidas por la masa de dinero móvil y la liberación institucional se descarga el impacto de la revolución tecnológica en la informática y en las comunicaciones. Los cuantiosos fondos acumulados en instituciones altamente desreguladas circulan entonces globalmente a través de los satélites que unen los mercados financieros del mundo en días de veinticuatro horas (Hopenhayn & Vanoli, 2002, p. 32).

Frente a tal situación, las políticas internacionales en el ámbito económico, en las cuales los bancos centrales tienen mucha importancia, buscan optimizar el aprovechamiento de los flujos financieros, en un marco de incertidumbre y volatilidad que exige fortalecer la capacidad del Estado para orientar las inversiones que hagan posible el desarrollo interno y la inserción en el proceso globalizador. Todo ello sin sustituir al mercado; sino, más bien, contribuyendo a su mejor funcionamiento y eficiencia, pero conectándolo con el desarrollo económico y social.

Las ideas neoliberales que priman en el ámbito económico tienen una concepción monetarista de la política económica y repudian cualquier expansión del sector público, forzando a una depuración continua del capital poco productivo para mejorar el nivel de competitividad. De esta forma, se crea un clima económico más bien depresivo en el que es difícil la supervivencia de empresas en dificultades, buscando hacer más cruda la competencia. Esta política, por desgracia, fuerza también a desaparecer a empresas productivas y socialmente útiles que en otras condiciones de

¹⁴⁹ Comprende aspectos tales como los «Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz», «Objetivos y Principios para la regulación de los mercados de valores», etc. (ver Herrera, 2000, p. 87 ss.).

demanda podrían sostenerse sin problema alguno. La consecuencia es la pérdida de empleos seguros y la angustia correspondiente, concediendo a la estabilidad de precios un valor central. Para ello, la ideología neoliberal ha buscado dar a los bancos centrales una autonomía absoluta para garantizar esa estabilidad, autonomía de la que no suele gozar ninguna otra institución en el cumplimiento de sus fines, vulnerándose así principios democráticos. La política monetaria restrictiva se ha convertido, de esta manera, en una fijación neoliberal. Algunos analistas consideran que la pretensión de autonomía de los bancos centrales es un ataque contemporáneo contra el sistema democrático, porque decisiones esenciales en el ámbito económico —y, por tanto, político— quedan al margen de las instituciones elegidas de forma democrática; es decir, quedan apartadas de las preferencias populares. Se señala que la motivación de esa pretensión se encuentra en el intento de mantener el control de las variables monetarias al margen de las necesidades sociales y en función de los intereses del poder económico. Dice Martín Seco que «la estabilidad de los precios se antepone a cualquier otro objetivo de política económica, incluso al crecimiento y a la reducción del paro, con lo que se hace imposible realizar una política de pleno empleo. Al dar primacía a la política monetaria sobre las demás, los gobiernos y parlamentos se verán en la obligación de acomodar sus medidas a los objetivos fijados por el Banco Central» (1995, p. 218). De esta manera, la autonomía e independencia de los bancos centrales se ha convertido en dependiente de los poderes económicos.

El capitalismo contemporáneo, que ha dejado que el entorno social sea cada vez más el coto vedado de los negocios privados y dio lugar a un vacío de contenidos de la democracia en favor de la economía, ha tenido —dice Edward Luttwak— un compañero de viaje desde la década de 1980 en la doctrina del monetarismo ortodoxo, orientado a privar de todo poder a los gobiernos y a quienes estos representan para regular el dinero. Afirma este autor que «como todas las religiones, el monetarismo ortodoxo tiene un dios supremo —una moneda fuerte— y un demonio, la inflación» (2000, p. 239). Por cierto, como dice Luttwak, basta con tener sentido común para oponerse a una inflación elevada y considerar a la hiperinflación como una enfermedad mortal de las monedas; pero agrega que es necesario una fe absoluta en esa religión para rechazar una inflación muy moderada al precio del desempleo y del estancamiento económico. Considera que son las autoridades de los bancos centrales quienes luchan constantemente para hacer valer su independencia frente a las instituciones democráticas, defendiendo su derecho de pasar por alto la voluntad pública invocando su deber hacia una autoridad más importante: la santidad sublime de la moneda fuerte. Además, los acusa de estar envueltos en un aura de poder soberano negado a ministros y a otros altos funcionarios.

Luttwak afirma que hay una prueba demostrativa de la supremacía doctrinal del monetarismo ortodoxo, consistente en que toda iniciativa política que se etiqueta como «inflacionaria» apenas tiene posibilidades de ser evaluada y discutida, y que normalmente se la rechaza sin más. El autor no defiende los procesos inflacionarios, que suelen enriquecer más a los ricos, sino que afirma que la deflación es también altamente perjudicial (Luttwak, 2000, p. 240 ss.). Sin embargo, considera que parte considerable del poder con que cuentan los bancos centrales de los países desarrollados se apoya en los mercados financieros mundiales constituidos por todos los que compran y venden divisas, acciones, bonos y deuda, así como otros instrumentos financieros, y que, por cierto, no se encuentran domiciliados en países como el Perú.

Lo más importante que se debe recordar es que la inflación no es obra de Dios. La inflación no es una catástrofe de la naturaleza, ni una enfermedad que llega como una plaga. La inflación es una política: una política deliberada de la gente que recurre a la inflación, porque consideran que es un mal menor que el desempleo. Pero el hecho es que, en el no muy largo plazo, la inflación no cura el desempleo.

La inflación es una política. Y una política puede ser cambiada. Por lo tanto, no hay razón alguna para rendirnos ante la inflación. Si uno considera que la inflación es un mal, tiene que parar de provocarla. Desde luego, la opinión pública debe apoyar esta acción. Los intelectuales también deben ayudar a la gente a entender el problema. Si se obtiene el apoyo de la opinión pública, resulta posible a los representantes elegidos por el pueblo abandonar las políticas inflacionarias. Debemos recordar que, en el largo plazo, puede ser que estemos todos muertos, y ciertamente lo estaremos. Pero debemos arreglar nuestros asuntos terrenales —para el corto plazo en que nos toca vivir— de la mejor manera posible. Una de las medidas imprescindibles para lograr ese objetivo es abandonar las políticas inflacionarias.

Política Económica (Seis ensayos sobre el capitalismo)
Ludwig von Mises (pp. 90-91)

Durante la década de 1990, en el ambiente político latinoamericano había grandes expectativas con respecto al ingreso de la banca extranjera, porque se esperaba que ello tuviera efectos positivos relacionados con problemas de larga data, tales como la restricción del crédito, los bajos niveles de penetración en el sistema, el costo elevado de los préstamos y plazos de vencimiento muy reducidos. A ello se agregó la tendencia de los grandes bancos de los países desarrollados a expandirse apoyados en los cambios en el entorno macroeconómico al que ya nos hemos referido, liberalización y desregulación normativa e innovaciones tecnológicas en las áreas de la información y la comunicación (Herrera, 2000, p. 61).

Así, de un sistema en el cual las autoridades estatales fijaban la tasa de interés, dirigían el crédito y exigían que una alta proporción de los depósitos bancarios se mantuvieran como encaje, se pasó a otro caracterizado por la liberalización de las operaciones de los bancos comerciales, lo que les dio mucha mayor libertad para decidir sobre el destino, volumen y precio del crédito, además de ingresar a operar en nuevas actividades, tales como el mercado de títulos y de seguros. Pero esta liberalización no ha dado los frutos esperados y, más bien, se repitieron las crisis bancarias anteriores, lo que obligó al Estado a «rescatar» entidades bancarias privadas mal administradas.

Parece cierto que esa libertad de movimiento del capital, a la que nos hemos referido antes, representa un problema para los países en vías de desarrollo frente a la apropiación por parte de las multinacionales y del capital extranjero de los centros neurálgicos de las economías dependientes. En efecto, la apertura incontrolada a la entrada de capitales ha dejado indefensos a los sectores productivos de muchos países, pues el capital extranjero entra y sale a capricho de cualquier país y busca colocaciones más rentables, seguras y con menos riesgos, lo que puede arrastrar a devaluaciones en las monedas de los países más atrasados. Paradójicamente, está comprobado que, durante los últimos años, han salido de muchos países en vías de desarrollo más capital del que ha ingresado. En este contexto, es muy difícil que la política económica impulsada por las autoridades del BCR y del Ministerio de Economía de un país como Perú tengan éxito en promover que el ahorro nacional se destine a financiar inversiones productivas en el interior, porque para que este propósito se cumpla debe además protegerla en sus momentos iniciales, lo que suele ser rechazado por el planteamiento neoliberal. Como se sabe, los criterios e intereses del neoliberalismo han sido generalmente defendidos por el FMI en detrimento de la población más pobre de los países en desarrollo¹⁵⁰, aunque recientemente —frente a la comprobada inequidad en la distribución del ingreso que genera desigualdad— ha moderado sus recomendaciones.

¹⁵⁰ Para conocer desde adentro el funcionamiento del sistema financiero internacional y la conducta de entidades tales como el Banco Mundial y el FMI, así como de sus negativos efectos en los países en vías de desarrollo y América Latina en especial, ver Stiglitz, 2002, p. 318 ss.

La razón principal de que la crisis de 2008 no haya desembocado en una depresión tan grave como la de 1929 fue que, esta vez, los gobiernos y los bancos centrales de los países ricos no permitieron que el sistema financiero se desplomara y aceptaron crear la liquidez necesaria para evitar las cascadas de quiebras bancarias, que en los años treinta habían llevado al mundo al borde del abismo. Esta política monetaria y financiera pragmática, en las antípodas de la ortodoxia 'liquidacionista' que prevaleció por doquier después del colapso de 1929 (hay que 'liquidar' a las empresas débiles, pensaba sobre todo el presidente estadounidense Hoover, hasta que fue reemplazado por Roosevelt a principios de 1933), permitió evitar lo peor. También recordó al mundo que los bancos centrales no están para ver pasar los trenes y contentarse con mantener una baja tasa de inflación. En situaciones de pánico financiero total, desempeñan un papel indispensable de prestamista de última instancia; incluso son la única institución pública que, en caso de urgencia, permite evitar el desplome completo de la economía y de la sociedad. Siendo así, los bancos centrales no están preparados para resolver todos los problemas del mundo; sin duda, la política pragmática surgida tras la crisis de 2008 permitió evitar lo peor, pero en realidad no dio una respuesta duradera a los problemas estructurales que la hicieron posible, en particular a la flagrante falta de transparencia financiera y al incremento de las desigualdades. La crisis de 2008 aparece como la primera crisis del capitalismo patrimonial globalizado del siglo XXI: es poco probable que sea la última.

Un Estado social para el siglo XXI
Thomas Piketty (pp. 520-521)

No cabe duda que la movilidad sin precedentes del capital financiero ha limitado severamente las posibilidades que tiene el Estado nacional para gravar las rentas asociadas a ellos y ha socavado las bases de un acuerdo social entre el capital y el trabajo. Como señalan Sagasti, Iguñiz y Schuldt:

[...] el impacto económico, social y político de la globalización se manifiesta en muchas partes del mundo en desarrollo a través de la «desregulación competitiva», que consiste en ofrecer cada vez más ventajas al capital extranjero para que coloque sus inversiones en el país. De esta manera, en muchos países se han eliminado regulaciones ambientales, liberalizando el mercado de trabajo, otorgando monopolios de facto a inversionistas extranjeros y se han eliminado las regulaciones que afectan el libre flujo de capitales. En algunos casos extremos, los convenios de estabilidad tributaria y otros similares han llegado a ofrecer al capital extranjero mejores condiciones que a los capitales de origen local, y el Estado ha destinado recursos públicos para obras de infraestructura física con el fin de atraer a la inversión extranjera (Sagasti, Iguñiz & Schuldt, 1999, p. 34).

Por su parte, Celso Furtado, en el prefacio de su libro *El capitalismo global*, dice:

[...] ya nadie puede pasar por alto la fantástica concentración de poder que en nuestros días se advierte, en los llamados mercados financieros, dominados por la especulación cambiaria. Con el avance de la globalización, esos mercados son ahora los más rentables. Por ello, y cada vez más, la distribución del ingreso en el mundo responde a las operaciones virtuales efectuadas en el sector financiero. Esta es la manifestación más clara de una realidad que se impone y que bien puede denominarse capitalismo global, germen de un futuro sistema mundial de poder. La configuración de este sistema de poder y su institucionalización [...] se convertirán en la principal tarea política de los próximos decenios» (Furtado, 1999, p. 7).

No cabe duda que la internacionalización de los circuitos económicos, financieros y tecnológicos debilita a los sistemas económicos nacionales y es motivo de preocupación cuál es el papel que les corresponderá a los Estados-nación, ya que de estos dependerá la distribución del ingreso en sistemas productivos cada vez más interrelacionados. Si la voluntad política de los pueblos no se expresa en forma vigorosa, entonces las actividades del Estado tenderán a limitarse a los sectores sociales y culturales. Dice Furtado que «los países caracterizados por desigualdades culturales y económicas acentuadas estarán sometidos a presiones desarticuladoras crecientes. La contra partida del dominio de la internacionalización es el debilitamiento de los vínculos de solidaridad histórica que, en el marco de algunas nacionalidades, han mantenido unidas a naciones marcadas por agudas disparidades sociales y de niveles de vida» (1999, p. 46).

La importancia del sistema financiero y los efectos que causan en países en desarrollo sus continuas crisis debe apreciarse si se le compara con el cerebro de la economía, pues asigna el capital entre usos alternativos orientándolos hacia donde genere mayores rendimientos, vigilándolo además para asegurarse que sea empleado en la forma acordada. Si el sistema financiero colapsa o es ineficiente, las empresas no pueden conseguir el capital que necesitan para continuar con sus actividades o para expandirlas. Y una crisis puede desencadenar un círculo vicioso en el cual la producción y la rentabilidad disminuyen. Dado que son las instituciones financieras las que determinan la solvencia de los agentes económicos, los Estados nacionales buscan fortalecer sus sistemas mediante una regulación en la cual la banca central y las superintendencias tengan un rol importante.

En el Perú, durante la década de 1990, el sector financiero sufrió cambios considerables por la venta de importantes bancos estatales (Continental, Popular, Internacional), por la entrada del capital extranjero y por procesos de quiebra y reestructuración que llevaron a la concentración y a la desnacionalización de la banca

comercial, quedando a la fecha entre las instituciones financieras más importantes solo el Banco de Crédito como banca nacional. Algo similar ha ocurrido en el rubro de pensiones, pues algunas AFP tienen importante participación extranjera. En ese contexto, además, el Estado intervino en operaciones de rescate bancario al final del gobierno de Alberto Fujimori, con dineros públicos, en defensa de la estabilidad del sistema, así como de bancos privados incorrectamente administrados que luego han pasado a manos de extranjeros, sumándose a todo ello un alto grado de concentración del poder económico. Entonces, se explica que esta poderosa banca extranjera exija garantías sobredimensionadas e intereses excesivos que no permiten el desarrollo empresarial nacional, extrañándose una posición más activa y agresiva por parte del BCR y la SBS.

Resulta evidente que las consideraciones señaladas en los puntos anteriores estuvieron en alguna medida presentes en el debate constitucional sobre el BCR y la SBS, al que nos hemos referido en este capítulo. Resulta obvio que, más allá de las disposiciones consensuadas y compartidas por muchas constituciones modernas en esta materia, se encuentra una realidad económica y una globalización financiera que marca un perfil y un poder distintos en los bancos centrales de los países en desarrollo como Perú, cuya soberanía se ve recortada y con escasas posibilidades de cambio en el futuro cercano.

CAPÍTULO 21

EL RÉGIMEN TRIBUTARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL

Como cuestión previa, debemos referirnos someramente al derecho financiero del Estado. Es inherente a esta la actividad financiera, entendida como aquella que se desarrolla en procura de los recursos necesarios para atender las necesidades públicas y el funcionamiento de la Administración¹⁵¹.

Así, el italiano Giannini ha sostenido que el derecho financiero comprende el conjunto de normas que disciplinan las recaudaciones, la gestión de los medios necesarios para el funcionamiento del Estado y el gasto (Giannini, citado por Villegas, 1992, p. 121). En esa dirección, el tratadista mexicano De la Garza distingue, dentro del contenido del derecho financiero, a las tres fases en que se desarrolla como un proceso: (i) una referida a la imposición de tributos y a la obtención de varias clases de recursos; (ii) otra, a la gestión y manejo de los bienes patrimoniales del Estado; y (iii) una tercera, a la erogación de los recursos o el gasto público (1985, p. 17).

Así, dentro del contenido del derecho financiero, se encuentran varios ámbitos con caracteres jurídicos propios¹⁵²:

1. La regulación jurídica del presupuesto, su ejecución y su correspondiente control.

¹⁵¹ Héctor Villegas precisa que «la actividad financiera se distingue de todas las otras que ejecuta el Estado *en que no constituye un fin en sí misma*, o sea que no atiende directamente a la satisfacción de una necesidad de la colectividad, sino que cumple una función instrumental porque su normal desenvolvimiento es condición indispensable para el desarrollo de las otras actividades» (1992, p. 10).

¹⁵² Algunos autores como Héctor Villegas consideran, además de los sectores que enunciamos, a la regulación jurídica de los bienes del patrimonio del Estado. A nuestro juicio, el patrimonio del Estado corresponde al ámbito del derecho administrativo.

2. Las relaciones concernientes a la tributación en general que configuran el derecho tributario.
3. La regulación legal de todo lo atinente al crédito público.
4. El conjunto de normas jurídico-económicas relacionadas con la moneda.

La «constitución económica» es, ciertamente, una fórmula abierta, flexible e indeterminada (aunque no ambigua) que permite distintas opciones políticas, dejando al legislador un amplio margen de libertad de configuración [...] pero ello no significa que no existan límites absolutos a la política financiera y tributaria derivadas del respeto tanto a las cláusulas de orden económico que la Constitución impone como a las libertades y derechos de los ciudadanos que esta garantiza.

Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición
Álvaro Rodríguez Bereijo

La Constitución incorpora o recibe instituciones o conceptos elaborados por el derecho financiero, elevándolas a la categoría de principios o normas constitucionales como máxima garantía jurídica de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado.

El sistema tributario en la Constitución
Álvaro Rodríguez Bereijo

En el título III («Del Régimen Económico»), se dedica el capítulo IV al régimen tributario y presupuestal. Asimismo, el capítulo V se dedica a la moneda, integrando todas estas materias la denominada «Constitución financiera»¹⁵³.

¹⁵³ «En la más reciente literatura hacendística anglosajona, y más concretamente en el marco de la denominada “teoría de las decisiones colectivas”, cuyo principal ha sido J. Buchanan, y en la relación con lo que en el campo de la ciencia económica viene llamándose “Economía constitucional” ha surgido un especial interés por ese enfoque ‘constitucional’ del estudio de la actividad financiera. Se entiende por constitución, desde tal perspectiva, en la que interesa la idea de “su sentido político” o “social”, “el conjunto de reglas o instituciones sociales dentro del cual los individuos actúan y se interrelacionan unos con otros”. O sea, el “conjunto de reglas que establecen el entramado dentro del que tienen lugar todos los tipos de interacción individual”, es decir, el conjunto de “decisiones sobre cómo han de adoptarse las decisiones ordinarias del Estado” o la “regla de juego del proceso de toma de decisiones colectivas”. Y se analiza desde ese enfoque la toma de decisiones constitucionales dirigidas a limitar el poder fiscal del Estado. Sí pues, hasta los propios hacendistas, cuyo enfoque del estudio del llamado fenómeno financiero consiste en la consideración de aspectos que no se limitan a los jurídicos, o en la actualidad preferentemente distintos de los jurídicos, se ocupan crecientemente de la Constitución fiscal o financiera, ¿no lo haremos los juristas, habida cuenta de la posición que la Constitución ocupa o debe ocupar en todo ordenamiento jurídico?» (Sánchez Serrano, 1997, p. 100).

Así, el derecho constitucional tributario es el conjunto de principios y normas que delimitan las competencias fiscales de los distintos niveles de gobierno y la regulación del poder fiscal del Estado frente a los ciudadanos. Por ende, desarrolla las limitaciones constitucionales de ese poder (García Vizcaíno, 1999, p. 219).

La potestad tributaria del Estado, prevista en el artículo 74 de la Constitución peruana de 1993, consiste en el ejercicio de un poder de soberanía o de *ius imperium* para exigir a los ciudadanos que cumplan con el deber de contribuir con una parte de sus rentas o patrimonios con la finalidad de atender y satisfacer las necesidades públicas. Sobre la tributación, Oliver Wendell Holmes, uno de los magistrados más renombrados de la Corte Suprema estadounidense, la definió como una compra de civilización: «[...] son aquello que pagamos por la sociedad civilizada».

Más aún, se debe poner de relieve que, en el Estado social, la función de los tributos no es únicamente la de financiar los servicios públicos o el funcionamiento del aparato estatal, sino también cumplir una finalidad redistributiva de la riqueza en el ámbito de la sociedad (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 17).

Hemos afirmado que no hay mercado sin Estado. Lo que queremos decir con esta tesis es que el mercado lo constituyen espacios donde concurren transacciones de compra y venta que juntan la oferta y la demanda. Las transacciones no ocurren en el aire sino en un territorio determinado o en varios territorios sino uno sale fuera del país, todos administrados por Estados. Ni siquiera los mercados de internet que operan en un espacio cibernético escapan a esta realidad. Sigue que ningún tipo de transacción puede dejar de ser registrada, vigilada, observada y, si es necesario, sancionada si es trasgredida. Así está constituido el mundo moderno. Toda operación tiene que ser legal, y debe ocurrir un pago de impuestos dentro de ese territorio, y para ello se requiere tanto información como capacidad de las transacciones. Si escapa a esta normatividad, debe ser perseguida, al punto que constituyan una excepción y tenga un peso menor en relación al conjunto. Esa es la legalidad, tal es su vigencia, y esta condición, precisamente, ocurre en los países modernos desarrollados, porque predomina la formalidad, al punto que ha sido internalizada y se toma como normal y lógica. Allí, a pesar de sus problemas sociales, el pacto social en general se cumple por medio del pago de impuestos: los individuos cumplen a cambio de producción y condiciones de bienestar brindadas o generadas por el Estado. Un mercado fuerte, entonces, existe con un Estado fuerte institucionalmente.

Sin embargo, estos presupuestos teóricos, que son propios de los países desarrollados, de donde nace la teoría, ¿son aplicables a la realidad peruana? Ciertamente, sirvieron de orientación a quienes propusieron cambios y creyeron en su optimismo ilusorio que eran repetibles, que solo estábamos 'en vías de desarrollo'. Lo cierto que es que existen en pequeñas parcelas, acosadas por las no formales, empleando a una mayoría de trabajadores y, por lo tanto, no marcan el conjunto. Es exactamente al revés de lo que ocurre en un país desarrollado, lo que indica que estamos frente a un neosubdesarrollo.

Todo peruano nace sabiendo o intuyendo que en nuestro país el Estado no controla todas las transacciones, indicio de su debilidad y de que, por ende, existe un pacto social impracticable. Necesitamos entonces otra teoría para ese Perú, que no puede ser explicado siguiendo los modelos teóricos nacidos en los países desarrollados e importados acriticamente en el tercer mundo, para que pueda entenderse a sí mismo.

El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva
Francisco Durand (pp. 59-61)

En esa dirección, Bobbio señala que el derecho financiero cumple las funciones distributiva y promocional del derecho (Bobbio, citado por Rodríguez Bereijo, 1992, pp. 17-18)¹⁵⁴. La hacienda pública, dentro del marco jurídico de la Constitución financiera, es un instrumento redistributivo, en la medida en que los poderes públicos, mediante los programas de ingresos y de gastos públicos, están comprometidos por virtud de los principios rectores declarados por la Norma Suprema a la consecución de fines del Estado social.

En la doctrina nacional, Landa afirma que las cláusulas constitucionales del Estado social contenidas en los artículos 43 y 44 de la Norma Suprema explicitan la función constitucional del tributo y lo vinculan con el Estado social de derecho (Landa, 2011, p. 252; Sevillano, 2016, pp. 84-85)¹⁵⁵. En esa misma dirección, Ruiz de Castilla y Robles conectan la definición constitucional del tributo con los fines del Estado social (Ruiz de Castilla & Robles Moreno, 2013, p. 276).

En esa línea, en la jurisprudencia constitucional peruana, emerge el principio de solidaridad en la STC Exp. 0004-2004-AI/TC (caso Bancarización e Impuesto a las Transferencias Financieras), que afirma que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula del Estado social de derecho.

En el fundamento 6 de la STC Exp. 03797-2006-PA/TC (caso Scotiabank Perú S.A.A.), se califica al tributo como «presupuesto funcional del Estado social».

¹⁵⁴ Bobbio defiende la función redistributiva del derecho frente a «el peso que ha tenido en la determinación común del concepto del derecho la concepción privatista de la economía y la correspondiente concepción negativa del Estado. En base a la concepción privatista de la economía, la distribución de los bienes se produce en la esfera de las relaciones entre los individuos o grupos en concurrencia entre sí y el derecho (subespecie de derecho privado) tiene únicamente la función de facilitar el establecimiento de estas relaciones, de garantizar su continuidad y seguridad y de impedir el fraude recíproco. Con la concepción negativa del derecho está estrechamente conectada la concepción negativa del Estado, según la cual el Estado no tiene injerencia alguna en las relaciones económicas y, por tanto, su función es exclusivamente la de proveer el mantenimiento del orden a través de normas imperativas y coactivas, es decir, a través del derecho».

¹⁵⁵ El artículo 44 declara como deberes primordiales del Estado, entre otros, «promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

El artículo 58 de la Carta Magna establece la economía social de mercado como el régimen económico de nuestro país. Este régimen representa, como ya se ha expresado en la STC 008-2003-AI/TC, 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».

Es evidente que se configura un compromiso de naturaleza constitucional que se fundamenta en valores básicos (libertad, igualdad, justicia y participación democrática en la formación del orden social y económico), los cuales deben entenderse no solo en un sentido formal, sino también material. Resulta de ello que el Estado y los poderes públicos instituidos por la Constitución «están comprometidos en la consecución de un orden social más igualitario y más justo, y eso afecta de manera muy especial a su actividad financiera [...]»

Surge así el tributo como presupuesto funcional del Estado social, considerando las características del mismo: «[...] Por un lado, su capacidad productiva v su flexibilidad, que le permite adaptarse a las necesidades financieras de cada momento, y lo convierten en un instrumento crucial para afrontar las crecientes necesidades financieras del Estado social. Por otro lado, por su aptitud para producir un efecto de redistribución de rentas, compatible con los derechos y libertades constitucionales, al permitir detraer mayores recursos económicos de las economías privadas más favorecidas, y menos (o incluso ninguno) de las menos favorecidas».

Por tanto, el Impuesto Temporal a los Activos Netos, como alcance de la capacidad impositiva del Estado, constituye también una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado de manera implícita en el artículo 43 de la Constitución, que señala que «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El estado es uno indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes» y, además, en el artículo 36 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece que «Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos».

Como en otros casos, se analiza el ITAN desde la óptica y alcances del «deber de contribuir a los gastos públicos», lo que trae como consecuencia inmediata la obligación de reflexión y análisis de parte del legislador tributario, los estudiosos de la materia y, por qué no, del contribuyente.

Concluimos, entonces, que se trata de reglas de orden público tributario, que principalmente todos los contribuyentes deben obedecer, por cuanto conducen a fines completamente legítimos: Contribuir, por un lado, a la detección de aquellas personas que no cumplen la obligación social de tributar, y, por otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la Justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución), mediante la contribución equitativa del gasto social.

STC. Exp. 03797-2006/AA, fundamento 6

Así, como señala Durán, el principio de solidaridad, en tanto supone la existencia de un interés público en la recaudación de los ingresos, genera un nuevo marco de obligaciones consustanciales al Estado social de derecho, sobre todo el deber de contribuir (Durán Rojo, 2006, p. 76)¹⁵⁶. Este deber constitucional es una manifestación de la forma republicana de gobierno, declarada en el artículo 3 de la Constitución (ver Tarsitano, 2010, p. 1162).

Sin embargo, como afirma Rodríguez Bereijo, un programa justo de gastos públicos es más redistributivo que el más justo de los impuestos sobre la renta (1992, p. 19).

El precio de los derechos

Hace algunos años dos importantes constitucionalistas americanos publicaron un libro que fue saludado como un hallazgo. En él, sin embargo, los autores no reivindicaban más que el sentido común. Su título era *El coste de los derechos* y su lema central muy sencillo: los derechos cuestan dinero. La libertad no es gratis. El subtítulo era precisamente ese: de cómo la libertad depende de los impuestos. Y su moraleja era que aquella cantinela que tratan de imponer los beatos y beatas del libre mercado se sustenta en realidad sobre un fraude intelectual: es imposible incrementar la libertad hasta el infinito y bajar los impuestos hasta el cero, es decir, la idea de que la disminución de los impuestos incrementa necesariamente la libertad es una superchería. Los enemigos de la acción del Estado no pueden simultáneamente presentarse como los paladines de los derechos individuales porque los derechos no son sino un conjunto de reglas respaldadas por la fuerza del Estado y financiadas con el dinero público.

Los derechos y las libertades son también la expresión de un poder del Gobierno y de una autoridad jurídica. Incluso los derechos que se ejercen en el mercado. Porque un mercado moderno no es una práctica anómica, sino un tejido complejísimo de derechos y garantías. Y esos derechos y garantías se sustentan en los impuestos: no hay propiedad privada sin impuestos, ni contratos sin impuestos, ni préstamos sin impuestos.

¹⁵⁶ En una posición crítica del Estado social y la doctrina de la solidaridad, ver García Novoa, 2011, pp. 59-171. Para este autor —desde una perspectiva hiperindividualista, la concepción del Estado social de derecho que asume el Supremo Tribunal «es una perversión tal del Estado constitucional para orillar las exigencias del principio de capacidad contributiva y seguridad jurídica». Disentimos de esta tesis, dado que el Estado social de derecho constituye una síntesis del Estado de derecho y de su principio de seguridad jurídica con los valores de justicia, igualdad y solidaridad, que nuestro Tribunal Constitucional ha rescatado con su jurisprudencia para equilibrar pese al déficit social de la Constitución de 1993, particularmente en su régimen económico, que el mencionado autor no analiza.

Solo un Estado puede crear un mercado firme y dinámico en el que esté asegurada la garantía de los contratos y las transacciones sean respaldadas por la ley. Donde el poder del Estado no puede intervenir con eficacia surge la mafia y la extorsión, y no prosperan los contratos, ni los préstamos a largo plazo ni las hipotecas.

Decía Hobbes, con intuición increíble, que sin Estado era imposible el “cálculo del tiempo”. Es evidente por qué. Solo se puede mirar al futuro cuando se está protegido por reglas estables capaces de hacer presente y confiable el tiempo que ha de venir, y de eso, y solo de eso, pende la existencia de cosas tan prosaicas como la propiedad privada, los préstamos o las hipotecas. Sin Estado no hay predicción, sin predicción no hay derechos, y sin derechos no hay mercado. Pero como los derechos dependen de los impuestos, resulta que sin impuestos no hay mercado. Todo lo demás son patrañas. Si alguien quiere mercado, ha de querer impuestos.

Esto no significa olvidar aquello que recordaba Antonio Machado, «solo el necio confunde valor y precio». Porque es, en efecto, un necio el que piensa que lo valioso de algo es siempre igual a su precio de mercado. Pero más necio es todavía quien cree que las cosas que más valoramos no tienen coste alguno en términos de tiempo, de esfuerzo o de dinero.

Curiosamente, esta segunda necedad parece agudizarse mucho en periodo electoral, en particular por lo que respecta a los derechos. Los derechos son, efectivamente, una de las cosas más valiosas que tenemos: valen mucho más que su precio, pero hay que decir bien alto que tienen precio, y sin pagar ese precio no se tienen los derechos. No vaya a ser que, llevados por esa necedad, queramos ahorrarnos el precio de los derechos y perdamos también su valor, como el pobre Jacob perdió su primogenitura por un plato de lentejas.

Hay quien parece pensar que la mayoría de los ciudadanos obedece a esta estúpida lógica. Por eso nos es dado contemplar, no sin cierta vergüenza, cómo se les oferta un amplio surtido de platos de lentejas en forma de paguitas o descuentos fiscales. Como los vendedores ambulantes: ni treinta, ni veinte, ni diez, señores electores, ¡cinco! ¡todos sus derechos y más por el increíble precio de cinco euros!

Lo peor viene después, porque aquellos ciudadanos que ceden a la burda oferta del reclamo electoral se encontrarán seguramente con que hay un incendio y no existen medios para sofocarlo, tienen un pleito y han de esperar mil años para verlo resuelto, enferman y se ven amontonados en el pasillo de un sanatorio, quieren un buen colegio para su hijo, pero solo los hay de pago, y les asaltan su tienda con toda impunidad porque no aparece por allí un coche de policía en toda la noche. Se han comido ingenuamente las lentejas fiscales y resulta que no tienen derechos o tienen solo un remedo de derechos.

Pese al discurso oficial y la apariencia exterior, España es un país en que los derechos de los ciudadanos funcionan bastante mal. Todos los derechos; también los que sustentan las actividades del famoso mercado. Y eso sucede porque es un país en el que no son muy eficaces las leyes. La mayoría de las propuestas legislativas de los partidos, que parecen tan osadas sobre el papel, se quedan en nada cuando llega el momento de su aplicación por las instituciones. Entonces resultan ser bastante inoperantes.

Estos días experimentamos, por ejemplo, que, pese a nuestro flamante derecho a la salud, la organización institucional del sistema médico es enteca y caótica. En otras ocasiones vemos que la inoperancia de leyes e instituciones defrauda otros derechos. Cualquiera que haya intentado defender su propiedad, pedir la restitución de un bien o el pago de una deuda, es decir, cualquiera que haya tratado de poner en marcha los resortes jurídicos que protegen al mercado, lo sabe muy bien. El procedimiento es torpe y desesperante. Y la solución llega solo muchos años después. Y eso se debe con toda seguridad a que nos hemos dado a la alegría de votar a quienes ofertan bajar los impuestos y prometen más justicia, mejor sanidad, y no sé cuántos policías más por kilómetro cuadrado. Es decir, pagar menos precio y tener más derechos, un señuelo para tontos que, sin embargo, parecen dispuestos a emplear todos los participantes en nuestro circo electoral.

Nos dejamos así embaucar y decimos que sí a la promesa de los derechos y que no al pago de su precio. ¡Derechos gratis para el niño y la niña! Inútil: allí donde hay un derecho reconocido por la ley tiene que haber un remedio para el caso de que no sea respetado, y ese remedio tiene siempre un coste. Eso se aplica a todos los derechos, al derecho a la libertad religiosa y al derecho de voto, al derecho a la integridad física y al derecho de propiedad, y, por supuesto, también a los derechos a la protección del medio ambiente, a la salud y a la vivienda. Hasta se aplica, paradójicamente, a los derechos que tenemos para protegernos del gobierno y sus abusos, porque esa protección misma sería también impensable sin instituciones públicas y agencias de poder.

Se dice que todo derecho de un ciudadano supone un deber en otros ciudadanos o poderes; si se incumple ese deber se defrauda el derecho y se genera una responsabilidad por ello. Si no podemos exigir esa responsabilidad es como si no tuviéramos derechos. Así son las cosas. Por eso el libro que antes citaba acaba en una aseveración contundente: ningún derecho que sea valioso para los ciudadanos americanos puede ser realizado efectivamente si el Tesoro está vacío.

Una retórica malsana y tosca ha impuesto entre la gente el lugar común de la «voracidad recaudatoria» de «los políticos». Un no menos tosco y simplista latiguillo se está imponiendo en el discurso electoral: que bajar los impuestos aumenta la libertad, incrementa la riqueza, o incluso que «es de izquierdas». A ver si conseguimos de una buena vez alcanzar un nivel digno en la discusión de estos temas cruciales. Para ello los electores no han de ser tratados como estúpidos ni los políticos como pícaros irredimibles. Dejemos semejante discurso para la demagogia y la información mercenaria y pongámonos a hablar en serio de nuestros impuestos, es decir, de nuestros derechos.

El País, 29 de febrero de 2008

Francisco J. Laporta
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

2. LA DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUTO Y EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

2.1. Definición del tributo

En la doctrina nacional, se ha consolidado, en años recientes, la tendencia a la constitucionalización del derecho tributario (cfr. Zuzunaga del Pino, 2013, p. 23; Ruiz de Castilla & Robles Moreno, 2013, p. 258 ss.; Landa Arroyo, 2013, pp. 28-29). Así, uno de los aspectos más relevantes de esta tendencia, derivada de la fuerza normativa de la Constitución, es la definición constitucional del tributo.

El modelo de código tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias conceptualiza al tributo como «prestaciones pecuniarias que el Estado exige en ejercicio de su potestad tributaria y como consecuencia de la realización del hecho imponible previsto en la ley, al que esta vincula del deber de contribuir, con el objeto de satisfacer necesidades públicas»¹⁵⁷.

En el Perú, debemos destacar los aportes y aproximaciones a la definición de tributo, entre otros, de Zuzunaga, Vega, Ruiz de Castilla, Robles y Sevillano. Así, Zuzunaga y Vega afirman que el tributo es «una obligación ex lege cuyo objeto es una prestación comúnmente en dinero, exigida por el Estado en ejercicio de su *ius imperium*, que atiende al principio de capacidad contributiva y que se destina al cumplimiento de sus fines, distinta a una sanción por acto ilícito» (2008, p. 225). En similar dirección, Sevillano asume como definición «una obligación creada por el *ius imperium* (particularmente por el poder tributario) del Estado y cuya fuente es la ley, que consiste en entregar una suma de dinero (o especie) establecida sobre la base de la capacidad contributiva de los sujetos obligados a su pago y que sirve para los fines estatales» (2016, p. 43).

En ambas definiciones, debemos resaltar la relevancia del principio de capacidad contributiva, que en la doctrina se ha ido perfilando como la base jurídica del tributo (Valdés Costa, 1996, pp. 76-77; Ruiz de Castilla & Robles Moreno, 2013, p. 262).

Por su parte, Ruiz de Castilla y Robles afirman que el desarrollo del proyecto de vida del ciudadano constituye uno de los fines constitucionales más relevantes del tributo (2013, p. 276).

¹⁵⁷ Modelo de Código Tributario del CIAT, artículo 2. https://publications.iadb.org/bitstream/.../ FMM_Modelo_de_Codigo_Tributario.pdf

2.2. El principio de capacidad contributiva en la doctrina y la jurisprudencia

El constituyente de 1993 no incorporó expresamente el principio de «capacidad contributiva», que tiene como antecedente el artículo 53 de la Constitución italiana de 1947, la cual prevé que: «Todos están obligados a concurrir a los gastos públicos con arreglo a su capacidad económica. El sistema tributario se inspira en criterios de progresividad».

En la misma dirección, el inciso 1 del artículo 145 de la progresista Constitución brasileña de 1988 estableció que: «Siempre que fuese posible, los impuestos tendrán carácter personal y se exigirán de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente, pudiendo la Administración tributaria, en especial para conferir efectividad a estos objetivos, identificar, respetando los derechos individuales y en los términos de la ley, el patrimonio, los rendimientos y actividades económicas del contribuyente».

En la doctrina italiana, Moschetti afirma que la capacidad contributiva viene dada por la potencia económica o la riqueza que supere un mínimo vital digno para el contribuyente y su familia (1989, p. 242); por ello, se le debe vincular con el proyecto de vida de la persona. En ese sentido, la capacidad económica es la aptitud para contribuir por encima del mínimo vital. Como precisa Fernández Cartagena, esta capacidad se manifiesta luego que el sujeto ha satisfecho las necesidades de una vida digna (2006, p. 182). La capacidad económica alude a la riqueza que ingresa al patrimonio de un individuo; en cambio, la capacidad contributiva se refiere a la parte de la riqueza que el sujeto puede destinar para el financiamiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos, sin que ello signifique el sacrificio de su proyecto de vida o de su vida, porque así lo ha valorado el legislador con los fines que debe cumplir el Estado, de acuerdo a la Constitución (Fernández Cartagena, 2006, p. 172; Spisso, 2009, pp. 287-318).

Por su parte, Gamba sostiene que el principio de capacidad económica no constituye un parámetro positivo que le indique al legislador las manifestaciones de riqueza que debe gravar, sino que sus efectos solo se despliegan en torno a aquellos hechos, situaciones o actos que no debe gravar, por ser manifiestamente atentatorias del contenido esencial del principio. Así, el juez tampoco cuenta con un parámetro de control positivo basado en los principios generales, de modo que no podrá anular una norma por considerar que otra —elegida, por él mismo— es más acorde con ellos; sino, a lo más, se le permitirá anular aquella que supera ostensiblemente los límites fijados por los valores protegidos por el principio (Gamba Valega, 2006, p. 205).

Principio de capacidad contributiva

Consiste en la aptitud económica de los obligados tributarios para afrontar prestaciones patrimoniales colectivas con las cuales brindar cobertura a los gastos públicos y satisfacer otras necesidades del Estado. Así entonces, por lo menos puede ser contemplado desde tres perspectivas: a) como fundamento ético-jurídico del deber de contribuir, deber indispensable para la existencia del Estado y la efectiva garantía de la libertad del ciudadano; b) como base de medida, a partir de la cual habrá de fijarse la carga fiscal concreta que deberá soportar cada contribuyente, y c) como límite infranqueable de la potestad tributaria normativa, ya que no podrá haber gravamen donde no exista capacidad contributiva —razón y fundamento de los mínimos de sustento exentos en el impuesto a la renta-, o por encima de la misma —lo que nos aproxima a la noción de confiscatoriedad— pues, de lo contrario se atentaría contra la propiedad privada, vaciándola de contenido.

Principios jurídicos de la tributación
José Osvaldo Casás

Sobre el principio de capacidad contributiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, destaca la STC Exp. 2727-2002-AA/TC (caso Compañía Minera Caudalosa), referida a una demanda de amparo con relación a la aplicación del Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN), creado por la ley 26777. En este caso, el Supremo Tribunal declaró, en el fundamento 4, que todo tributo que establezca el legislador debe sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva «según el cual, el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente implica que se tenga en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes».

Así, nuestra jurisprudencia constitucional asumió a la capacidad contributiva como principio tributario implícito dentro de la Norma Suprema. Asimismo, se relacionó el principio de capacidad contributiva con los de no confiscatoriedad y de igualdad en materia tributaria¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Fernández Cartagena cita a Alberto Tarsitano, quien apunta que «sostener que la igualdad es medida en función de la capacidad contributiva sirve para mensurar la igualdad, pero no para dotar de contenido material a la propia capacidad contributiva, que constituye su presupuesto lógico. Decir que un impuesto es confiscatorio cuando rebasa cierto límite de capacidad económica, no es lo mismo que justificar la existencia de un impuesto allí donde dicha capacidad económica existe o declararlo ilegítimo donde ella está ausente. La no confiscatoriedad es el techo de la imposición; la capacidad contributiva su piso [...] Todos estos principios pues, nos refieren a la capacidad contributiva, asumen su existencia como dato insoslayable, la rozan, generan efectos derivados pero no la agotan» (2006, p. 177).

En los fundamentos 11 y 12 de la STC Exp. 033-2004-AI/TC, en que se dilucidaba una controversia la constitucionalidad del AAIR¹⁵⁹, el Supremo Tribunal asumió una definición del principio de capacidad contributiva —como «principio constitucional implícito»— en los siguientes términos:

11. Consideramos pertinente, a fin de conceptualizar adecuadamente lo que debe entenderse por capacidad contributiva, recurrir a la definición que sobre el particular realiza Alberto Tarsitano [García Belsunce, Horacio (coordinador). Estudios de derecho constitucional Tributario. De Palma. Buenos Aires. 1994, p. 307] quien precisa que constituye una: “[...] aptitud del contribuyente para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, aptitud que viene establecida por la presencia de hechos reveladores de riqueza (capacidad económica) que luego de ser sometidos a la valoración del legislador y conciliados con los fines de la naturaleza política, social y económica, son elevados al rango de categoría imponible”. Se desprende de tal afirmación que la capacidad contributiva constituye una categoría distinta a la capacidad económica a cuya determinación solamente se llega luego que la manifestación de riqueza observada por el legislador, siempre de manera objetiva, es evaluada, sopesada y contrapuesta a los diversos fines estatales para considerarla como hecho imponible.

12. Por consiguiente, la capacidad contributiva tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición; es decir, siempre que se establezca un tributo, este deberá guardar íntima relación con la capacidad económica de los sujetos obligados, ya que solo así se respetará la aptitud del contribuyente para tributar o, lo que es lo mismo, solo así el tributo no excederá los límites de la capacidad contributiva del sujeto pasivo, configurándose el presupuesto legitimador en materia tributaria y respetando el criterio de justicia tributaria en el cual se debe inspirar el legislador, procurando siempre el equilibrio entre el bienestar general y el marco constitucional tributario al momento de regular cada figura tributaria. De modo que, cuando el Tribunal Constitucional reconoce que todo tributo que establezca el legislador debe sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva (STC 2727-2002-AA/TC), lo que hace es confirmar que la relación entre capacidad económica y tributo constituye el marco que, en términos generales, legitima la existencia de capacidad contributiva como principio tributario implícito dentro del texto constitucional.

¹⁵⁹ En el año 2002 se creó el inconstitucional y arbitrario AAIR, mediante la quinta disposición transitoria y final de la ley 27804. Tenía como sujeto pasivo a los perceptores de rentas de tercera categoría y estableció la obligación de pagar anticipadamente el impuesto a la renta, antes que este se generara, pero no en base a las rentas obtenidas o proyectadas, sino tomando en cuenta el valor del patrimonio de los contribuyentes. El Supremo Tribunal declaró en la STC Exp. 033-2004-AI/TC fundada la demanda de inconstitucionalidad contra el AAIR.

Más relevante es la precitada STC Exp. 03797-2006-PA/TC, del caso Scotiabank Perú S.A.A., en la cual el Tribunal Constitucional reconoció la constitucionalidad del Impuesto Temporal a los Activos Netos (ITAN), creado por la ley 28424, que gravó el valor de los activos netos consignados en el balance general de cada empresa, deducidas las depreciaciones y amortizaciones reconocidas por el impuesto a la renta. El Supremo Tribunal asumió que la norma gravó activos netos como manifestación de capacidad contributiva no directamente relacionada con la renta:

Debe considerarse que la distinción principal entre el impuesto sub exámine y los declarados inconstitucionales por este Colegiado reside precisamente en que tanto el IMR como el AAIR se originaban de un impuesto a la renta. En el caso del ITAN, es un impuesto independiente que efectivamente grava activos netos como manifestación de capacidad contributiva no directamente relacionada con la renta. Es decir, es la incongruencia de un medio impositivo (activos netos) con los fines que persigue el legislador tributario (renta) lo que hizo inconstitucionales a los citados tributos¹⁶⁰.

En materia de arbitrios municipales, en la STC Exp. 0041-2004-AI/TC, sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra diversas ordenanzas expedidas por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, el Supremo Tribunal precisó que la capacidad contributiva —con relación al principio de igualdad— puede excepcionalmente ser utilizada como criterio de distribución de costos, dependiendo de las circunstancias económicas y sociales de cada municipio y, si de esa manera se logra una mayor equidad, esa cuestión debe sustentarse en la ordenanza que crea el arbitrio. Asimismo, declaró que, en la regulación de arbitrios, la capacidad contributiva no debe constituir un criterio determinante o el de mayor prevalencia en la distribución de costos, sino un criterio adicional o complementario (fundamentos 45-50).

Fernández Cartagena sostiene, respecto al principio de capacidad contributiva y su aplicación a las tasas, que no solo debe ser considerada para determinar los sujetos que deben contribuir y quienes no, sino que debe también servir para modular el monto de la obligación tributaria, con la finalidad de reducirlo y adecuar la carga tributaria del ciudadano. Así, en aplicación de dicho principio, se deben prever mecanismos que exoneren a los contribuyentes que no cuenten con recursos suficientes para pagar el tributo (2006, p. 193).

¹⁶⁰ Con un enfoque muy crítico de esta sentencia, véase García Novoa, 2011, pp. 104-107.

3. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO

Artículo 74. Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

3.1. El principio de reserva de ley

Algunos afirman que el principio «*no taxation without representation*» tiene su antecedente más remoto en la Carta Magna otorgada en 1215 por el rey Juan Sin Tierra, que constituyó un pacto medieval entre el monarca y los señores feudales.

A nuestro juicio, el principio se origina con el *Petition of Right* de 1628, que consagró que nadie está obligado «a pagar impuesto o tasa alguna, salvo común consentimiento otorgado por Ley del Parlamento». Asimismo, con la *Bill of Rights* de 1689 que declaró, en su artículo IV, como ilegal la recaudación de impuestos «sin consentimiento del Parlamento».

En nuestro país, se consagra a partir de la Constitución de 1823 que, en el inciso 9 del artículo 60, estableció, como facultad exclusiva del Congreso, «decretar las contribuciones, impuestos y derechos para el sostén y defensa de la República».

En la doctrina peruana, se debe destacar que Juan Lino Castillo fue el primer tributarista que abordó el principio de legalidad como reserva de ley¹⁶¹.

El principio de legalidad tributaria aparece en el primer párrafo del artículo 74 de la Norma Suprema, que declara que: «Los tributos se crean, modifican o derogan,

¹⁶¹ «Desde luego, la estricta observancia del principio de reserva de la ley no significa que la Administración Tributaria no pueda, dentro de los límites de lo que es esencial a la relación tributaria sustantiva, establecer reglas accesorias y de procedimiento, pero debe cuidar que al hacerlo, por error de interpretación derivado de deficiencia de conocimiento del Derecho, no contraríe el principio en referencia» (Castillo, 1966, p. 52).

o se establece una exoneración exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo». En su segundo párrafo, precisa que el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar el principio de «reserva de la ley», fórmula de origen alemán, mediante la cual se limita al legislador para atribuir a la Administración la facultad de regular por sí misma determinadas materias (Rubio Llorente, 1983, p. 428).

El fundamento constitucional de la reserva de ley formal se asienta en el artículo 43 de la Constitución de 1993, que declara que el Estado peruano está organizado bajo el régimen de separación de poderes, que constituye uno de los pilares del Estado constitucional.

Se debate en la doctrina si existe diferencia jurídica entre el principio de legalidad y el de reserva de ley. El Tribunal Constitucional, en el fundamento 18 de la STC Exp. 2689-2004-PA/TC (caso Emergia S.A.), asume que no existe identidad entre ambos: el principio de legalidad es la subordinación de todos los poderes públicos al imperio de la ley; en cambio, el principio de reserva de ley implica una determinación constitucional que impone la regulación, solo por ley, de ciertas materias:

18. A criterio de este Tribunal Constitucional no existe identidad entre el principio de legalidad y el de reserva de ley. Mientras que el principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; el principio de reserva de ley, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, solo por ley, de ciertas materias.

En tal sentido, cabe afirmar que «mientras el principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no solo es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es solo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora¹⁶².

Sevillano —en posición que compartimos— sostiene que el principio de legalidad es el principio matriz del cual se deriva el de reserva de ley como instrumento para limitar que mediante la potestad reglamentaria se regule determinadas materias (Sevillano, 2016, p. 99).

¹⁶² En la misma dirección, la STC Exp. 0042-2004-AI, fundamentos 9 y 10. Así, precisa que «el principio de reserva de ley es también, ante todo, una cláusula de salvaguarda frente a la arbitrariedad del Poder Ejecutivo en la imposición de tributos».

De Otto (1999, pp. 151-152), por su parte, define el contenido imperativo y mínimo de la reserva de ley:

1. Hay reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En tal supuesto, la materia reservada es sustraída, por imperativo constitucional, a todas las normas distintas a la ley, lo que significa también que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a normas distintas tales como el reglamento.
2. La reserva de ley no puede degradarse mediante una «deslegalización» que conduciría, por abdicación de la ley, al mismo resultado que si la reserva no existiese: a la regulación de la materia reservada por normas infralegales.

Así, no hay tributo sin ley (artículo 74); pero, de igual manera, sin ley no hay presupuesto (artículo 77); ni endeudamiento (artículo 78); ni créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias (artículo 80); ni moneda (artículo 83). En suma, en nuestra constitución financiera, sin ley no hay finanzas públicas.

El principio de legalidad descansa en la exigencia propia de la concepción democrática del Estado constitucional de que sean los representantes del pueblo quienes tengan directa intervención en la aprobación de los actos del poder público tendientes a obtener de los patrimonios de los particulares los recursos para el cumplimiento de los fines públicos (Spisso, 2009, p. 218).

Se afirma que un sistema fiscal basado en la reserva de ley confiere a los agentes económicos la seguridad jurídica para prever objetivamente sus cargas tributarias, otorgando así las indispensables garantías requeridas para el ejercicio de una iniciativa económica libre, responsable y eficiente (Ataliba, 1992, p. 11)¹⁶³.

A nuestro juicio, el ámbito de la reserva de ley en nuestro ordenamiento supone que solo por ley se puede:

1. Predeterminar las hipótesis de incidencia tributaria¹⁶⁴.
2. Determinar al contribuyente y, en su caso, la designación de los agentes de retención o percepción de los tributos.
3. Fijar la base de cálculo del tributo.

¹⁶³ Xavier, Alberto «Oos principios da legalidade e da tipicidade da tributacao», citado por Ataliba, 1992, p. 11.

¹⁶⁴ Ataliba utiliza la expresión «hipótesis de incidencia tributaria» para designar la previsión legal, mediante la descripción genérica y abstracta de una clase de hechos a cuyo efectivo acaecimiento, el ordenamiento jurídico precisa el nacimiento de una obligación tributaria. Se distingue de este modo del referido a los hechos reales y concretos, cuyas características se ajustan a la tipificación contenida en la ley, denominados «hechos imponibles».

4. Fijar la alícuota o el monto del tributo (Ataliba, 1992, p. 6)¹⁶⁵.
5. Determinar el momento del nacimiento de la obligación tributaria y el lugar de su acaecimiento¹⁶⁶.
6. Establecer las exoneraciones, reducciones y beneficios.
7. Tipificar las infracciones y establecer sanciones; establecer y modificar los plazos de prescripción.

En suma, el concepto de reserva de ley supone que esta contendrá la regulación básica de la relación jurídico-tributaria y corresponde remitir al reglamento aspectos normativos de naturaleza instrumental o de detalle que no afecten el núcleo pético de la reserva de ley¹⁶⁷.

Si bien es cierto que en un Estado social el tributo debe ser un instrumento de redistribución de renta y es jurídicamente viable postular la flexibilización del principio de reserva de ley, como una reserva de ley relativa, en aras de garantizar esa finalidad, consideramos que esa opción —que prima facie nos parece jurídicamente correcta— no es la prevista en el texto fundamental peruano.

A nuestro juicio, la doctrina de la reserva legal relativa que se basa en la jurisprudencia constitucional española, no resulta aplicable en idénticos términos al artículo 74 de la Constitución peruana de 1993. La fórmula «reserva de ley» que asume nuestra Norma Suprema es la formal y estricta, que nos conduce a interpretar que ha sido

¹⁶⁵ Así, en la STC Exp. 2762-2002-AA/TC, se declaró fundada la demanda de amparo debido a que una ley tributaria había autorizado al Poder Ejecutivo a fijar la alícuota del impuesto selectivo al consumo por medio de decreto supremo, sin ningún parámetro limitativo en la norma habilitante. En la STC Exp. 3303-2003-AA/TC, el Supremo Tribunal señaló que el máximo grado de remisión para que el Poder Ejecutivo regule elementos esenciales del tributo será la norma reglamentaria dentro de los parámetros fijados por la ley, no siendo posible la remisión a una norma inferior. En la STC Exp. 6626-2006/PA, se declaró que el artículo 2 de la ley 28053, que permitía que el agente de percepción del impuesto general a las ventas sea determinado indistintamente por decreto supremo o resolución de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, resultaba contrario al principio de reserva de ley.

¹⁶⁶ En la STC Expediente 3303-2003-AA/TC, fundamento 7, sostuvo el Supremo Tribunal que: «La regulación del hecho imponible en abstracto —que requiere la máxima observancia del principio de legalidad—, comprende la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial)».

¹⁶⁷ En ese orden de ideas, el principio la norma VIII del título preliminar del Código Tributario, que prevé que al aplicar las normas tributarias podrán usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el derecho, pero que en vía de interpretación no podrán crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

adoptada en una acepción reforzada¹⁶⁸ que implica que la ley no puede habilitar a la colaboración reglamentaria para la creación de tributos.

En esa dirección, la acepción reforzada del principio de reserva de ley se aprecia con más énfasis en el artículo 74 de la Norma Suprema que no solo excluye a los decretos de urgencia como instrumento para el ejercicio de la potestad tributaria, sino para cualquier regulación de la materia. Así, la supresión de exoneraciones y beneficios fiscales o su reducción, aun cuando no implica afectación de un elemento esencial del tributo, no es viable mediante decretos de urgencia, quedando dentro del ámbito de la estricta reserva de ley.

El Tribunal Constitucional del Perú asume, desde la STC Exp. 2762-2002-AA/TC (caso British American Tobacco South America Limitada), que la reserva de ley es relativa en cuanto al tipo de norma; pues también la creación, modificación, derogación y exoneración de tributos pueden realizarse, previa delegación de facultades legislativas, mediante decreto legislativo del Poder Ejecutivo. De ahí que afirma que solo se trata de una reserva de acto legislativo; pero no se analiza que, en la delegación de facultades, el titular de la función legislativa conserva la atribución de revisar los decretos legislativos a través de una discusión pública, lo que no ocurre obligatoriamente con los procedimientos de elaboración reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Además, la legislación delegada debería aplicarse de manera restrictiva. Sin embargo, en nuestra práctica constitucional, se la utiliza para las reformas del ordenamiento tributario dictadas en cada nuevo gobierno con el argumento de que se trata de una legislación altamente técnica. Este hecho demuestra que la rigidez del principio de reserva de ley históricamente ha cedido al pragmatismo de las exigencias fiscales de celeridad normativa. Así, la delegación de facultades legislativas en materia tributaria pone en cuestión la legitimidad de la clase política, representada en la institución parlamentaria, para realizar reformas fiscales debido a que muchos de sus integrantes actúan como operadores de intereses específicos en el ejercicio de su función. Frente a ella, aparece la nueva legitimidad de la tecnocracia del Ministerio de Economía y Finanzas. En esa línea, los decretos legislativos en materia tributaria

¹⁶⁸ A diferencia de otros ordenamientos, como el español, en el cual la jurisprudencia y la doctrina han sostenido la tesis de que el contenido del principio de legalidad es relativo. Así, el artículo 31.3 de la Constitución española de 1978, establece que: «Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». Del texto se extrae la idea de que no cabe admitir una legalidad tributaria de carácter absoluto, «pues exige que exista conformidad con la ley de las prestaciones personales o patrimoniales que se establezcan, pero no impone de manera rígida, que el establecimiento haya de hacerse necesariamente por medio de la ley» (sentencia 6/1983, del 4 de febrero, fundamento jurídico 4). En la tesis de la reserva de ley rígida en la doctrina nacional, ver Aráoz Villena, 2006, p. 129.

respetan el principio de reserva de ley, si no desbordan el marco de la ley autoritativa y si esta a su vez se encuentra ajustada a la Constitución¹⁶⁹.

En todo caso, sostenemos que, si se asume la reserva legal relativa, esta solo admite habilitaciones normativas al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley y siempre que haya una causa objetiva que lo justifique.

Sin perjuicio de la calificación de la reserva de ley como relativa, el Supremo Tribunal declaró fundada la demanda de amparo e inaplicable al demandante el decreto supremo 222-2001-EF, norma infralegal que fue habilitada por la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo para modificar las tasas del tributo en cuestión, constituyendo una deslegalización. Así, en los fundamentos 18 y 20 de la STC Exp. 2762-2002-AA/TC, se precisó que:

18. En este caso, la disposición contenida en el artículo 61° de la Ley del IGV e ISC, ha derivado al reglamento (decreto supremo) la modificación de tasas; por tanto corresponde a este Tribunal determinar si tal remisión legal contiene los elementos suficientes de la reserva legal, de modo que al derivar al reglamento (decreto supremo) la regulación de uno de los elementos esenciales del tributo, no se termine trastocando la voluntad del constituyente [...]

20. Es evidente que el artículo 61, en este extremo ha excedido los límites que derivan de la propia Constitución en materia de reserva de ley, pues el legislador, dando carta abierta al Ejecutivo, ha establecido —sin ningún parámetro limitativo como, por ejemplo, fijar topes— que sea este el que disponga las modificaciones a las tasas, lo que se presenta como una remisión normativa en blanco o deslegalización, permitiendo que sea la Administración la que finalmente regule la materia originalmente reservada a la ley, vulnerando con ello, además, el principio de jerarquía normativa.

Al amparo de la reserva de ley relativa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite la viabilidad de que la ley habilite al Poder Ejecutivo para que, mediante decreto supremo, en calidad de norma reglamentaria, pueda complementar la norma tributaria que haya fijado los topes máximos o mínimos del tributo y así determinar, dentro de tales rangos, a la alícuota del tributo (STC Exp. 2058-2003-AA/TC, caso Ami Oil S.A., fundamento 5).

¹⁶⁹ En esa dirección, Medrano (1987, p. 6) señala como ejemplo: si el Congreso delega la facultad de expedir un decreto legislativo del impuesto a la renta, el texto de este, a su vez, no podría habilitar al Poder Ejecutivo para que, por vía reglamentaria (decreto supremo), señale al contribuyente o modifique la materia imponible. Se trataría de una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador.

Asimismo, debemos referirnos como excepción al principio de reserva de ley, a la potestad tributaria asignada al Poder Ejecutivo en materia de aranceles de aduanas y de tasas. A nuestro juicio, se trata de una competencia originaria y exclusiva del Poder Ejecutivo¹⁷⁰. En ese sentido, el artículo 74 de la Constitución establece que, por excepción, «los aranceles y tasas se regulan por decreto supremo»¹⁷¹.

En la jurisprudencia constitucional peruana, se debe citar a la STC Exp. 03116-2009/AA (caso Cementos Lima S.A.), que en su fundamento 24 reconoce la competencia normativa del presidente de la República para la regulación de aranceles mediante decretos supremos, pero no puede afectar el principio de igualdad en materia económica ni desproteger a la inversión e industria nacional para favorecer a la industria extranjera¹⁷².

Con relación a las tasas judiciales, se ha sostenido que el Poder Judicial tiene un cierto grado de poder tributario —no reconocido en el artículo 74 de la Constitución— basado en su autonomía e independencia constitucional, aun cuando «delegado» por cuanto requiere para su materialización de una ley habilitante: la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil (Sotelo, 2005, p. 130).

En armonía con el principio de reserva de ley, el artículo 56 de la Norma Suprema, dentro del título II («Del Estado y la Nación»), establece que los tratados que crean, modifican o suprimen tributos deben ser aprobados por el Congreso. Así, la Constitución peruana de 1993 asigna a los tratados un rango de ley, siendo estos susceptibles de ser impugnados mediante la acción de inconstitucionalidad, conforme al inciso 4 del artículo 200. En consecuencia, mediante los *executive agreements* o convenios internacionales ejecutivos, que celebra, ratifica o adhiere el presidente de la República, conforme al artículo 56 de la Constitución, no es viable regular la creación, modificación o supresión de tributos.

Laguna precisa que esta disposición, en su interpretación literal, es de imposible cumplimiento, debido a que ningún tratado internacional «crea, modifica o suprime tributos». En rigor, debe decir tratados de materia tributaria. En esa dirección,

¹⁷⁰ Se destaca en la doctrina nacional, en esa posición, a Sotelo, 2005, p. 127.

¹⁷¹ Cabe señalar como referencia que, conforme al diccionario de la RAE, «regular» es: «Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo». Zolezzi Möller (1994, p. 145) asumía un criterio muy restrictivo, en el sentido que solo se habilitaba al Poder Ejecutivo a fijar la cuantía del tributo. Sevillano (2016, p. 91) sostiene que hay un margen de duda sobre los alcances del verbo «regular» en materia de tasas y aranceles.

¹⁷² La Corte Constitucional de Colombia, en la C-353-97, define a los aranceles en los siguientes términos: «Los aranceles, en términos generales, son los derechos que se cobran por la entrada o tránsito de un lugar a otro de ciertos bienes, productos o materias primas. Su establecimiento puede responder a dos finalidades: la primera, la financiación del fisco; la segunda, la protección de la industria, en particular, o de la economía nacional, en general».

sostiene que los tratados internacionales de doble imposición y para combatir la evasión tributaria internacional deben ser aprobados por resolución legislativa y no por decreto supremo, que es el instrumento normativo para la celebración de convenios internacionales ejecutivos (Laguna Caballero, 2006, p. 920).

A nuestro juicio, el órgano constitucionalmente habilitado para la aprobación de los convenios de doble imposición es el Congreso de la República, en la medida que estos tratados tienen un contenido materialmente normativo y, por lo tanto, son auténticas leyes que configuran un minisistema (Bokobo Moiche, 2006, pp. 101-102).

Así, para que un convenio de doble imposición pueda generar efectos jurídicos, se requiere que se incorpore al ordenamiento jurídico nacional; es decir, que el tratado haya sido celebrado conforme al artículo 56 de la Constitución: aprobación por el Congreso y ratificación posterior por el presidente de la República.

Finalmente, debemos referirnos a la relación entre el principio de reserva de ley y la descentralización financiera del Estado. La Constitución peruana de 1993 —reformada en los años 2002 y 2004— no prevé potestad tributaria originaria de los gobiernos regionales ni de los gobiernos locales.

El artículo 74 de la Constitución de 1993, reformado por la ley 28390, publicada el 17 de noviembre de 2004, establece que: «Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley».

Esto significa que las entidades territoriales descentralizadas no gozan de autonomía tributaria, sino que se les ha asignado un poder tributario derivado. En consecuencia, los gobiernos regionales carecen propiamente de autonomía financiera (Zas Fris Burga, 1999, p. 493).

En materia de ingresos fiscales, la doctrina considera los tributos y la autonomía tributaria como los elementos esenciales y determinantes de la autonomía financiera de un ente descentralizado. Si bien la potestad tributaria de los gobiernos locales es asignada originariamente por la Constitución y debiera ser desarrollada por la Ley Orgánica de Municipalidades —como norma jurídica institucional que compone el bloque de constitucionalidad¹⁷³—, ha prevalecido en nuestra práctica constitucional que una ley ordinaria y especial —la Ley de Tributación Municipal, aprobada por el decreto legislativo 776— determine los elementos esenciales de las contribuciones

¹⁷³ Las normas del bloque de constitucionalidad «son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos» (fundamento 10.5 STC Exp. 0013-2003-CC/TC).

y tasas municipales¹⁷⁴. De acuerdo a esta norma con rango de ley, las municipalidades no tienen legalmente capacidad para instituir *ex novo* una contribución o una tasa local y determinar los elementos esenciales o configuradores de estos tributos, sino que han de limitarse a desarrollar reglamentariamente sus disposiciones. En consecuencia, la autonomía financiera municipal no es plena, constituyendo en la práctica un poder tributario derivado.

3.2. El principio de igualdad tributaria

En nuestro país, se consagra a partir de la Constitución de 1826, que en su artículo 146 declaró: «Las contribuciones se repartirán proporcionalmente sin ninguna excepción ni privilegio».

Actualmente, el artículo 74 de la Constitución peruana de 1993 prevé como principio rector del derecho constitucional tributario al de igualdad. En consecuencia, si el artículo está referido al establecimiento de límites al poder tributario del Estado, el principio de igualdad tributaria debe entenderse como un desarrollo especial de la cláusula de igualdad ante la ley (en la ley y en la aplicación de la ley) del artículo 2, inciso 2, de la Norma Suprema¹⁷⁵. En esa misma dirección, el principio de igualdad se encuentra proclamado en el artículo 103 de la Norma Suprema: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas».

Desde una perspectiva constitucional, corresponde empezar señalando que se conceptúa a la igualdad en una doble dimensión: (i) objetiva, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado constitucional, siendo por tanto un valor superior y una regla básica que este debe garantizar; y (ii) subjetiva, individualmente exigible, que reconoce a toda persona el derecho a ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación¹⁷⁶.

¹⁷⁴ En esa misma dirección, ver la STC Exp. 2291-2003-AA/TC, fundamento 8.

¹⁷⁵ El artículo 2, inciso 2, de la Norma Suprema establece que toda persona tiene derecho de igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Sobre el particular, debe ser entendido este derecho fundamental como el derecho a no sufrir discriminación jurídica alguna; es decir, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esta desigualdad de trato. En ese orden de ideas, ver la sentencia 76/1990 del 26 de abril del Tribunal Constitucional español.

¹⁷⁶ Sobre el tema del principio de igualdad ante la ley, Eguiguren (2002, pp. 102-103) cita la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sostiene que: (i) el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de toda forma de discriminación no debe entenderse como una proscripción al establecimiento de diferenciaciones de trato legítimas; (ii) una distinción resulta discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable, la que a su vez debe apreciarse en relación con la finalidad

Así, en la STC Exp. 6626-2006-PA/TC (caso Importadora y Exportadora A S.S. C.R.L.), referida a un caso en que se cuestionaba el trato diferenciado entre importadores de autos nuevos (gravados con 3,5%) y usados (gravados actualmente con 5%) en la regulación del régimen de percepciones del impuesto general a las ventas, el Supremo Tribunal aplicó el test de proporcionalidad para verificar si la diferenciación era válida o discriminatoria y concluyó que el tratamiento diferenciado no vulneraba el derecho de igualdad de la demandante, por cuanto la medida adoptada era idónea, necesaria y proporcionada con el fin constitucional que se pretende conseguir de procurar el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, mediante el combate a la informalidad y la evasión tributaria (cfr. Rubio Correa, 2011)¹⁷⁷.

El principio de igualdad tributaria no constituye una mera reiteración del derecho fundamental de igualdad ante la ley, por concreción o especificación de aquel dentro de la Constitución financiera. La doctrina ha relacionado directamente al principio de igualdad tributaria con el de capacidad contributiva y con el criterio de progresividad en la aplicación de impuestos directos. Así, la igualdad tributaria debe procurar la equidad fiscal, lo cual implica una cierta desigualdad cualitativa para entender cumplido este principio, desde que se asume que situaciones iguales deben ser tratadas igualmente y situaciones desiguales desigualmente. En consecuencia, se sostiene que en materia fiscal deben pagar más quienes más ganan, criterio que guarda relación con la capacidad contributiva (Landa Arroyo, 2006, p. 44).

Asimismo, el texto del artículo 74 denota que se diferencia entre principio de igualdad y derecho fundamental de igualdad, por cuanto se alude al respeto de «los principios de reserva de ley, los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona».

y los efectos de la medida examinada; (iii) esta finalidad perseguida con el trato diferenciado no solo debe resultar legítima, sino que debe respetar una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines buscados; (iv) dado que el derecho a la igualdad protege a todos aquellos que se encuentran en una situación semejante o comparable, el trato distinto debe explicarse por la apreciación objetiva de situaciones de hecho esencialmente diferentes; (v) por último, la existencia de ciertas categorías de personas o grupos que sufren limitaciones en algunos de sus derechos, por relaciones de sujeción o condiciones específicas de vulnerabilidad, torna admisible un trato diferente.

¹⁷⁷ Rubio Correa destaca que, en el Perú, fue con la STC Exp. 0045-2004-PI-TC (caso del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima), que se dio forma al test de proporcionalidad. Asimismo, señala este test como escalonado de tres pasos o de tres subcriterios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En sentido estricto, se asume a partir de la STC Exp. 0016-2009-PI (caso Más de 1% de ciudadanos del distrito de Pichari).

La igualdad tributaria tiene diversas derivaciones:

- a) *La generalidad tributaria*. En principio, la generalidad supone que todos sean contribuyentes en beneficio de la sociedad¹⁷⁸. En ese sentido, el principio de generalidad tributaria implica la interdicción de todo privilegio o de áreas inmunes al pago de tributos (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 41)¹⁷⁹.

Como principio constitucional, la generalidad de la imposición debería constituirse en una barrera infranqueable a la concesión arbitraria, en virtud de ley, de exoneraciones y beneficios fiscales, perdones o moratorias¹⁸⁰. En ese sentido, se debe citar al fundamento 13 de la STC Exp. 00042-2004-AI/TC (caso Luis Alejandro Lobatón y más de cinco mil ciudadanos):

Ello porque el Estado, al establecer beneficios tributarios, no solo rompe con la regla general al deber/obligación de las personas de contribuir al sostenimiento del gasto público, sino también, con la función constitucional de los tributos como es el permitir al Estado contar con los recursos económicos necesarios para cumplir, a través del gasto público, con los deberes de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de

¹⁷⁸ En el derecho constitucional argentino hay matices a este principio. Así, Bidart afirma que es válido gravar a un sector en beneficio de toda la sociedad y, a la inversa, gravar a toda la sociedad en beneficio de un sector. «Un sector de la sociedad (por ej., los empleadores) no puede ser gravado con un impuesto, a condición de que este tenga un fin público de bienestar general (por ej., sufragar gastos de atención de la salud pública); también es válido gravar a toda la sociedad en beneficio de un sector (por ej.: para formar un fondo de ayuda a damnificados de catástrofes); no es válido gravar a un sector en beneficio de otro sector determinado o de personas determinadas» (1986, p. 370). Cabe anotar que, conforme al artículo 79 de la Constitución peruana de 1993, el Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo.

¹⁷⁹ En la doctrina nacional, Landa afirma: «El principio de generalidad es el presupuesto para la realización, por ejemplo del principio de igualdad. Ello es así en la medida que, por un lado, este principio supone la interdicción de privilegios o áreas inmunes al pago de tributos; de lo cual se deriva, por un lado, que el deber de tributar alcanza a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras» (2006, p. 47).

¹⁸⁰ El tema de las exoneraciones y beneficios fiscales es uno de los más controvertidos en derecho tributario. Consideramos que en esta materia es plenamente aplicable un análisis costo-beneficio que justifique su revisión y, en su caso, su supresión. Sin perjuicio de ello, el artículo 19 de la Constitución peruana de 1993 establece un régimen tributario especial para las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos que, conforme a la legislación en la materia, gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. Asimismo, declara que, en materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes. La norma prevé adicionalmente que las donaciones y becas con fines educativos gozarán de exoneración y beneficios tributarios en la forma y dentro de los límites que fije la ley. Este régimen especial de rango constitucional viene exigido para la consecución de «derechos sociales y económicos» en materia de educación superior (capítulo II del título I).

las amenazas contra su seguridad, así como promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución).

En tal sentido, de establecerse beneficios tributarios, sin observar el principio de legalidad y de reserva de ley, u obedeciendo a motivaciones que no son necesarias, objetivas y proporcionales, dichos beneficios pueden ser consideradas lesivos de los principios de universalidad e igualdad tributaria, representando auténticas violaciones constitucionales.

Sin perjuicio de ello, el artículo 74 faculta a que por ley se establezca exoneraciones. Estos beneficios suponen la utilización del tributo con fines extrafiscales o de política económica, social o ecológica: correcta asignación de recursos, estabilidad de precios, redistribución del ingreso, fomento del empleo, crecimiento económico, protección del ambiente y la salud, entre otros. Si bien la finalidad extrafiscal del sistema tributario no aparece reconocida en la Constitución de manera explícita, consideramos que dicha función puede derivarse directamente del artículo 58, que declara que el Estado orienta el desarrollo del país¹⁸¹.

La Constitución peruana, en el artículo 79, adicionalmente prevé un límite al Poder Legislativo en esta materia: en cualquier caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren un informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas. En esa dirección, se establece excepcionalmente, en el último párrafo de dicho artículo, que solo por ley expresa, aprobada por la mayoría cualificada de dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento especial para una determinada zona del país¹⁸².

Asimismo, al garantizar el artículo 62 de la Norma Suprema la protección de nivel constitucional a los convenios de estabilidad jurídica, en cierta medida permite la creación de «islas normativas» que pueden ser controvertidas por

¹⁸¹ En la jurisprudencia constitucional sobre los fines extrafiscales del tributo, véase STC Exp. 06089-2006-PA/TC, fundamento 13.

¹⁸² En principio, se podría suponer que la generalidad siempre impide, inexorablemente, que el Congreso establezca tributos territorialmente diferentes. Sobre el particular, Queralt y Lozano Serrano afirman que: «Una desigual presión fiscal [...] sobre un determinado territorio, puede encontrar su justificación en una desigual proyección del gasto público sobre ese mismo sector. Por ejemplo, una mayor presión fiscal sobre las grandes concentraciones urbanas puede encontrar su compensación en una política de gasto público que generosamente oriente los recursos públicos hacia esas grandes concentraciones urbanas» (1990, p. 169).

constituir un evidente privilegio que rompa con la generalidad tributaria¹⁸³. A nuestro juicio, los convenios de estabilidad jurídica, protegidos como contratos-ley, constituyen un instrumento de política pública que se fundamenta excepcionalmente por razones objetivas de interés nacional¹⁸⁴.

Así, tanto en el caso de las exoneraciones, los tratamientos tributarios especiales favorables, como de los convenios de estabilidad jurídica en materia tributaria, la desigualdad de trato, como excepción, requiere una justificación razonable, objetiva y proporcional al fin perseguido para ser constitucionalmente válida, planteado todo ello en un amplio debate público.

El Supremo Tribunal ha estimado factible la vía del proceso constitucional de amparo para reparar discriminaciones en materia de beneficios tributarios establecidos por ley. Así, mediante esa vía, la justicia constitucional no está otorgando un beneficio fiscal, atribución exclusiva del legislador, sino que repara una discriminación arbitraria.

En la STC Exp. 5970-2006/PA (caso Empresa San Fernando S.A.), se inaplicó a la empresa demandante el numeral 2.4 del artículo 22 de la ley 27360, que aprueba las normas de promoción al sector agrario, con la finalidad de permitirle acceder al beneficio tributario previsto en la norma legal. Así, el Supremo Tribunal consideró que había sido excluida de manera irrazonable, vulnerando el principio de igualdad tributaria:

25. Teniendo en cuenta lo señalado y contrastando lo argumentado por las partes, es ahora oportuno verificar si el régimen especial creado por la norma en cuestión

¹⁸³ Valle Billingham sostiene que «la celebración de estos contratos ley que otorguen estabilidad de un régimen determinado no es discriminatoria y, por tanto, no vulnera el mencionado principio de igualdad en la ley, debido a que en este caso el Estado solo realiza una diferenciación para lograr un fin constitucionalmente legítimo, como es el de promover el desarrollo social y económico del país a través de la inversión privada» (2006, p. 252). Byrne y Joo, por su parte, anotan que «constituyeron una herramienta esencial para el desarrollo económico del país en la medida que otorgaron a los inversionistas las garantías necesarias para llevar a cabo sus proyectos con la seguridad de que la regulación aplicable a los mismos iba a permanecer estable (teniendo ello una incidencia directa en la rentabilidad del negocio); y sigue siendo incluso a la fecha un importante recurso del Estado —aunque no el único, como veremos— para promover la inversión en el país» (2009, pp. 301-302).

¹⁸⁴ Pinilla Cisneros afirma que «la obligación asumida por el Estado está relacionada con la renuncia que este realiza a una potestad que le es propia, en busca de obtener una contraprestación concreta del inversionista, como es la inversión nacional o extranjera. Esta renuncia supone que el Estado se priva a sí mismo de una herramienta de política económica, frente aquellos inversionistas con quienes ha suscrito estos contratos, debiendo cumplir con la prestación que deriva de la obligación asumida, mediante la abstención de aplicarle las normas que pudiera haber promulgado con posterioridad a la suscripción del contrato y que modifiquen el régimen tributario que se incorpora al contrato» (1999, p. 102).

vulnera el derecho a la igualdad de la empresa demandante; al respecto, este Colegiado advierte que:

- Es clara la existencia de una norma diferenciadora; en el presente caso el numeral 2.4 del artículo 2 de la ley 27360, que es materia de impugnación, establece un trato diferenciado en función de la procedencia del maíz amarillo duro que utilizan las empresas avícolas en el desarrollo de sus actividades. En efecto, tal disposición establece que solo las avícolas que utilicen el producto nacional gozarán de los beneficios aplicados al Impuesto a la Renta y a las contribuciones e carácter laboral previstas por la ley 27360, no siendo aplicables tales beneficios a las empresas avícolas que utilicen o consuman el producto importado.
- Es clara la existencia de distintas situaciones de hecho, pues se trata de supuestos distintos ya que se ha establecido una diferenciación entre avícolas consumidoras del maíz amarillo duro nacional (*tertium comparationis*) y avícolas consumidoras del maíz amarillo duro importado.

En consecuencia, al haberse constatado la aplicación de una norma diferenciadora para dos situaciones de hecho distintas, corresponde determinar si dicho trato se justifica.

26. Este Tribunal, considera que dicho trato desigual no está debidamente justificado, y ello porque se ha dejado de lado a sujetos o actividades puestas en circunstancias idénticas (sector avícola) de manera irrazonable y desproporcionada. En efecto, no puede considerarse de manera alguna equitativo que por el simple hecho de verse obligada a utilizar en el proceso productivo el maíz amarillo duro importado ante la insuficiencia de la producción nacional, tal y como lo acreditan las cifras oficiales de la Asociación Peruana de Avicultura, la demandante se vea excluida de acogerse al régimen promocional del sector agrario, a pesar de que, como se ha hecho referencia ya en el fundamento 20, supra, forma parte del sector agrario.

- b) *No toda desigualdad de trato significa discriminación, sino aquella que no está razonablemente justificada* (Alonso García, 1983, p. 23). La igualdad no es matemática sino igualdad ante circunstancias iguales o similares y no admite el establecimiento de discriminaciones arbitrarias. Como señalamos líneas arriba, en el fundamento 4 de la precitada STC Exp. 2727-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional asumió que el principio de igualdad tributaria está estrechamente conectado con el de capacidad contributiva.

En esa dirección, el Tribunal Constitucional peruano, en la STC Exp. 485-96-AA/TC (caso Consorcio Textil del Pacífico S.A.), sobre acción de amparo contra la aplicación del impuesto mínimo a la renta (IMR) regulado por el decreto legislativo 774, sostuvo, con relación a dicho principio:

Que, asimismo, el establecimiento del impuesto, cuyo cobro ha sido cuestionado, vulnera el derecho de igualdad jurídica, ya que si en principio se pretende realizar un trato diferenciado de manera objetiva y razonable entre sujetos de derecho que no son sustancialmente iguales, con miras a salvaguardar los derechos de propiedad e igualdad, esto es, el respeto de dichos derechos entre personas, como la accionante, que no se encuentran en relaciones de paridad con aquellas otras que sí se encuentran en capacidad de contribuir con el impuesto a la renta; sin embargo, el medio empleado por el legislador ordinario (el establecimiento del impuesto mínimo a la renta) no guarda directa e inmediata proporción con el fin que se pretende obtener, que es, en última instancia, además de tratar desigual a los desiguales, preservar la intangibilidad de la propiedad.

Asimismo, la igualdad tributaria admite establecer un tratamiento diferenciado por categorías de contribuyentes basado en criterios de razonabilidad.

En la STC Exp. 1311-2000-AA/TC (caso British American Tobacco (South America) Ltd. Sucursal del Perú), la demandante argumentó que se violó el principio de igualdad tributaria, por cuanto el decreto supremo 158-99-EF estableció la siguiente clasificación de los cigarrillos rubios con la finalidad de la aplicación del impuesto selectivo al consumo: a) cigarrillos de tabaco rubio tipo *premium*: para aquellos cigarrillos de tabaco rubio que, independientemente del lugar de producción, son de marcas comercializadas internacionalmente en más de tres países; y, b) cigarrillos de tabaco rubio tipo *standard*: aquellos cigarrillos de tabaco rubio no comprendidos en el acápite anterior. Esta categorización suponía un distinto gravamen. En su fundamento 3, el Supremo Tribunal declaró que el tratamiento diferenciado no era razonable:

Que la naturaleza del impuesto selectivo al consumo, sistema específico de monto fijo, supone que el Estado lo imponga en base a criterios razonables de proporcionalidad y razonabilidad, como serían la calidad, el precio, el volumen u otras características inherentes a los cigarrillos, pero no en base al único criterio de imponer el doble o cuádruple del monto a los que se comercialicen en más de 3 países, criterio este que no corresponde a las características del producto; que no se entiende por qué quien comercializa en más de tres países debe ser obligado a pagar el doble o cuádruple del monto impositivo ya que el Estado protege la iniciativa privada y el desarrollo empresarial.

En su fundamento 5, se analizó el impacto económico de la norma:

El Tribunal Constitucional considera que es obvio —y no requiere, por ende, de probanza— el hecho de que, al trasladarse a los compradores o consumidores,

el monto del impuesto selectivo al consumo a los cigarrillos tipo 'Premium' que se comercializan en más de tres países, ocurrirá una contracción en la demanda de tales cigarrillos, lo que no ocurrirá con los cigarrillos que se comercializan en menos de tres países, que solo pagan la mitad o la cuarta parte del impuesto, alterándose, como resultado, el mercado y que, en caso que la demandante decidiera absorber el impuesto y mantener el mismo precio a sus clientes, el perjuicio a la demandante aparece más claro.

En consecuencia, concluye que la normatividad en cuestión es discriminatoria y viola el principio de igualdad tributaria plasmado en el artículo 74 de la Constitución.

- c) *El principio de uniformidad.* Consiste en que todos los contribuyentes comprendidos dentro de una misma categoría deben soportar igual gravamen. En la STC Exp. 009-2001-AI/TC (caso de la acción de inconstitucionalidad contra la ley 27153, que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas), con relación al argumento de los demandantes de que el artículo 6 de la norma impugnada agravó el derecho de igualdad al establecer que solo pueden instalarse salas para la explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas en hoteles de cuatro o cinco estrellas o en restaurantes de cinco tenedores, el Tribunal Constitucional declaró, en el fundamento 2, que:

Tampoco comparte el Tribunal el criterio según el cual el artículo 6 de la ley 27153 afecta el principio de igualdad. El tratamiento que ella realiza es uniforme para todos aquellos que se dediquen a la explotación de estas actividades económicas. Por otro lado, no considera el Tribunal que sea un término de comparación válido, en orden a alegar un eventual tratamiento arbitrario de la ley 27153, que se sostenga que en otros sectores de la economía no se impone condiciones y restricciones como las previstas en el Artículo 6°. Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

Asimismo, la uniformidad tributaria puede ser entendida como la aplicación igual de un mismo tributo dentro del territorio nacional. Sin embargo, la descentralización fiscal puede permitir ciertos márgenes de trato diferenciado que podrán superar los límites que impone la constitución económica, tales como el principio de la unidad del mercado y el ejercicio de la libertad de empresa en condiciones de igualdad (Gómez-Ferrer Morant, 2003, p. 97).

- d) *El principio de capacidad contributiva*. Para que el trato tributario sea igual, es preciso tratar a las personas de forma diferente, de acuerdo a su capacidad contributiva. El trato diferente, respetuoso de la igualdad, consiste en que la tributación debe ser mayor si la capacidad contributiva también lo es (Corti, 2001, p. 150).
- e) *La progresividad tributaria*. La capacidad contributiva se complementa con la progresividad. El trato igual se logra mediante la variación de la alícuota, a medida que varía la base imponible del tributo (Corti, 2001, p. 152). La progresividad es una manifestación de los valores superiores de justicia e igualdad. Su techo es el principio de no confiscatoriedad.

La progresividad tributaria es reconocida como principio implícito en el fundamento 6 de la mencionada STC Exp. 03797-2006-PA¹⁸⁵, en la que se declara la legitimidad constitucional del Impuesto Temporal a los Activos Netos «por su aptitud para producir un efecto de redistribución de rentas, compatible con los derechos y libertades constitucionales, al permitir detraer mayores recursos económicos de las economías privadas más favorecidas y menos (o incluso ninguno) de las menos favorecidas».

3.3. El principio de no confiscatoriedad

Al margen del juicio de valor que se tenga sobre la incorporación de este principio en la Norma Suprema, se trata de un precepto de valor normativo y eficacia vinculante. No es una norma meramente declarativa o «programática», al igual que no lo son los demás principios rectores previstos en el artículo 74 de la Constitución.

En rigor, la no confiscatoriedad es un principio rector de la Constitución financiera dirigido a garantizar el respeto por parte del sistema tributario de otros principios y derechos consustanciales a la constitución económica, tales como el derecho a la propiedad privada, la libertad de empresa y el principio de economía social de mercado (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 53).

Cabe señalar como referencia que en la jurisprudencia argentina el derecho fundamental de propiedad comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero, sea que se originen en las relaciones del derecho de propiedad, sea que nazcan de actos administrativos y que alcancen el nivel de derechos patrimoniales (Spisso, 2006, pp. 335-336). En similar dirección

¹⁸⁵ En el artículo 8 de la Constitución de 1920, se reconoció expresamente el criterio de progresividad: «La contribución sobre la renta será progresiva».

es definido en el fundamento jurídico 26 de la STC Exp. 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero).

El derecho de propiedad, así concebido, atañe al valor superior de la dignidad de la persona humana y se le reconoce como atributo de la personalidad. Su respeto es una obligación internacional del Estado peruano en materia de tutela de los derechos humanos¹⁸⁶.

En esa dirección, el tributo debe comprender una cuota-parte de la base imponible y esa proporción no debe alcanzar tal magnitud que desnaturalice o haga desaparecer la renta o el patrimonio del individuo (Damarco, 2001, p. 175).

En la doctrina, se afirma que el principio de no confiscatoriedad es un límite explícito a la progresividad y a su eventual utilización para transformar el sistema económico y social que la Norma Suprema acoge (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 53). El concepto de no confiscatoriedad actúa como un límite indeterminado o difícilmente determinable al principio de progresividad del sistema tributario. Así, si bien un impuesto aislado puede ser calificado claramente como confiscatorio, también opera este principio con relación a su impacto en el conjunto del sistema tributario.

En el derecho comparado es un referente relevante la sentencia del 22 de junio de 1995, del Tribunal Constitucional Federal alemán, que —con un criterio objetivo desde la perspectiva de la capacidad contributiva— declaró confiscatoria la imposición sobre la renta por encima del 50% de los ingresos del contribuyente.

Con relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, García Novoa resalta la relevancia del derecho de propiedad y los principios de capacidad contributiva y de proporcionalidad:

Este planteamiento inspira la sentencia de dicho Tribunal de 22 de junio de 1995, en la que se establece la doctrina de que el derecho de propiedad y el principio de capacidad económica impiden que la carga tributaria del sistema fiscal en su conjunto exceda del 50 por 100 de los ingresos del contribuyente. El Tribunal llega a esta conclusión sobre la base del artículo 14, 2 de la Ley Fundamental

¹⁸⁶ Según el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «1) Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2) Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad». Por su parte, el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice: «Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar». Por último, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sostiene que: «1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley».

de la República Federal de Alemania que proclama el derecho de propiedad y la vinculación de la misma al bien común. La sentencia recogerá un voto particular de lo que será a partir de ese momento una postura minoritaria del Constitucional alemán firmado por Ernst-Wolfgang Böckenförde. En ese voto particular se defiende que las exigencias del Estado social imponen al Tribunal Constitucional un *self restraint* o limitación en su papel de 'legislador negativo'. Y el Tribunal alemán añadiría un elemento de control de proporcionalidad, que exige 'buscar la medida que *prima facie* deba utilizarse en una determinada materia con arreglo a su naturaleza'. De esta medida referencial el legislador podría separarse en aras de otros fines, pero respetando la proporcionalidad de esta separación. Ciertamente es que esta consagración de la proporcionalidad en Alemania es fruto del hecho de que en este país la Constitución no reconozca expresamente el principio de capacidad contributiva y que este derive de la igualdad. Pero la proporcionalidad sirve para dotar a la capacidad económica de una dimensión de juicio de ponderación entre medios y fines de la que antes carecía (García Novoa, 2011, pp. 110-111).

Agulló Agüero sostiene que el principio de no confiscatoriedad constituye un límite, no a la justicia, sino a la progresividad del sistema, siendo la idea de equidad la que debe marcar la frontera entre lo progresivo y lo confiscatorio (Agulló Agüero, 1982, p. 560).

Cabe precisar que la confiscatoriedad no exige instrumentarse a través de una privación al 100 por 100 de rentas y propiedades, aun cuando su determinación, según Rodríguez Bereijo, está sujeta a un juicio de valor difícil de emitir (1992, p. 43).

Así, la jurisprudencia constitucional argentina en materia de confiscatoriedad de los tributos asume el criterio objetivo de que es indispensable que de la prueba rendida en el proceso se evidencie la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado (Spisso, 2006, p. 337). Es así que, en materia de tributación inmobiliaria, se determinó que es indispensable que el accionante pruebe la absorción de una parte sustancial de las utilidades producidas por el inmueble gravado, a cuyo efecto se debe tener en consideración el rendimiento normal medio de una correcta explotación del fundo afectado, prescindiendo de la supresión o disminución de utilidades provenientes de circunstancias eventuales o de la inapropiada administración del contribuyente¹⁸⁷.

Los criterios que asume la jurisprudencia en los casos concretos son variables. En Chile, la Corte Suprema declaró inconstitucional y confiscatorio un tributo equivalente al 85% de las sumas que deben pagarse al fisco por concepto de indemnizaciones. No se aplicó igual criterio frente al alza de la sobretasa del impuesto a la venta de whisky

¹⁸⁷ En ese orden de ideas, sin rentas reales o potenciales no existe impuesto constitucionalmente válido, aunque se trate de un tributo que grave la tenencia de capitales y no las utilidades que ellos devenguen u originen (Spisso, 2006, p. 338).

de un 55 a un 70%. Asimismo, el Tribunal Constitucional no consideró confiscatorio el aumento del tope del monto del capital propio, de 1000 a 4000 UTM para efecto del pago de la patente municipal. Tampoco el aumento del impuesto al tabaco de un 42,9 a 45,4%. El mismo criterio se asumió para la ley que aumentó nuevamente el impuesto al tabaco y la gasolina (Navarro Beltrán, 2011, pp. 696-697).

En la doctrina, se acepta que el principio de no confiscatoriedad tiene pleno alcance cuando la imposición sobre la renta y sobre el patrimonio no pueden pagarse con la afluencia de renta en un periodo impositivo, sino con renta acumulada de ejercicios anteriores (González Sánchez, 2002, p. 533).

Robles Moreno sostiene que, además del punto de vista cuantitativo, un tributo puede ser calificado de confiscatorio por un criterio cualitativo; es decir, cuando se produce una sustracción ilegítima de la propiedad por vulneración de otros principios, como el de reserva de ley, sin que interese el monto de los sustraído, pudiendo ser incluso soportable para el contribuyente (Robles, 2006, p. 283)¹⁸⁸.

El Tribunal Constitucional del Perú, en la STC Exp. 485-96-AA/TC (caso Textil del Pacífico S.A.) y en la STC Exp. 646-96-AA/TC (caso Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara), que corresponden a casos en que se debatió la inaplicación del decreto legislativo 774, norma que estableció el IMR que gravaba el valor de los activos netos al 31 de diciembre del ejercicio anterior, con una alícuota del 2%, no aludió explícitamente al principio de no confiscatoriedad, pero sí al de capacidad contributiva, para arribar a la conclusión de que con ese tributo se vulneró el artículo 74 de la Constitución.

Asimismo, en la STC Exp. 646-96-AA/TC, sustentó su fallo en el principio de capacidad contributiva:

Que, según se desprende del artículo 109 y 110 del decreto legislativo 774, el establecimiento del impuesto mínimo a la renta, por medio del cual se grava a la accionante con un tributo del orden del dos por cien del valor de sus activos netos, como consecuencia de no encontrarse afecto al pago del impuesto a la renta, supone una desnaturalización desproporcionada del propio impuesto a la renta que dicha norma con rango de ley establece, ya que pretende gravar no el beneficio, la ganancia o la renta obtenida por la accionante como consecuencia del ejercicio de una actividad económica, conforme se prevé en el artículo 1, donde se diseña el ámbito

¹⁸⁸ En la jurisprudencia constitucional peruana, se asume la doctrina del criterio cualitativo del principio de no confiscatoriedad en la STC Exp. 0041-2004-AI/TC. Así, en el fundamento jurídico 60, declaró que: «Las Ordenanzas impugnadas en todos los casos, fueron ratificadas fuera del plazo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades; y siendo requisito sustancial para su validez, se concluye que no se ha respetado el principio de legalidad. *Por lo tanto, dichas normas resultan confiscatorias desde un punto de vista cualitativo*» (cursiva agregada).

de aplicación del tributo, *sino el capital o sus activos netos*. Que, en este sentido, un límite al que se encuentra sometido el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, conforme lo enuncia el artículo 74 de la Constitución es el respeto de los derechos fundamentales, que en el caso de autos no se ha observado, ya que: a) en materia de impuesto a la renta, el legislador se encuentra obligado, al establecer el hecho imponible, a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, de la que potencialmente hubiere devengado de una explotación racional de la fuente productora del rédito, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier quantum; b) *el impuesto no puede tener como elemento base de la imposición una circunstancia que no sea reveladora de capacidad económica o contributiva, que en el caso del impuesto mínimo a la renta con el que se pretende cobrar a la actora, no se ha respetado* (cursiva agregada).

En esa dirección, en la mencionada STC Exp. 033-2004-AI/TC, referida a la acción de inconstitucionalidad que impugnó el AAIR, creado por la ley 27804, que gravaba el valor de los activos netos al 31 de diciembre del ejercicio anterior, el supremo intérprete de la Constitución declaró su inconstitucionalidad por cuanto estableció un régimen de pago anticipado que no se basaba en la generación de renta. Así, en el fundamento 17 señaló:

Debe tenerse en cuenta que los pagos anticipados: «[...] solo encuentran sentido y se legitiman y justifican en relación con un tributo y un hecho imponible que han de plegarse en todo a los principios de justicia». [Martín Queralt, Juan y otros. *Derecho tributario*. Aranzadi. Navarra. 2000, pág. 137], de ahí que no sea procedente otorgar autonomía a una obligación que por su naturaleza es accesoria y que siempre dependerá del tributo en el cual se sustenta, constituyendo tal situación un límite a la potestad tributaria estatal subyacente en el principio de capacidad contributiva; vale decir, que exista idoneidad y congruencia en la estructuración de los tributos y, por ende, en las obligaciones accesorias que de ella emanan. *De esta forma, si en el impuesto a la renta el hecho económico que sirve de sustento para la creación del tributo es la generación de renta, el mismo basamento deberá ser utilizado por el legislador para establecer el pago anticipado, generándose, en caso de producido el quiebre de dicha estructura, una colisión con el principio de capacidad contributiva*, lo que obliga a este Tribunal Constitucional a denunciar la inconstitucionalidad de la norma sometida a enjuiciamiento (cursiva agregada).

Más adelante, el Supremo Tribunal concluye que «siendo inconstitucional el impuesto mínimo a la renta en los casos en los que no existe renta, con mayor razón lo es el AAIR pues este resulta exigible a pesar que bajo ningún supuesto de aplicación se genera una renta o ganancia» (fundamento 19).

En suma, para el Tribunal Constitucional, la incongruencia de un medio impositivo (activos netos) con los fines que persigue el legislador tributario (renta) fue el fundamento que determinó la inconstitucionalidad del IMR y del AAIR.

En la STC Exp. 2727-2002-AA/TC (caso Compañía Minera Caudalosa), el Tribunal Constitucional resolvió el cuestionamiento, en vía de amparo contra el IEAN, creado por la ley 26777 para sustituir al IMR. En este caso, el impuesto ya no gravaba la renta de los contribuyentes, sino el patrimonio. El Supremo Tribunal asumió que no resulta inconstitucional el que un impuesto grave el patrimonio, siempre y cuando se utilicen mecanismos congruentes para tal fin. Así, el Tribunal declaró que la imposición que se realice debe siempre sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva y que la propiedad, en este caso, de los activos netos es una manifestación de la capacidad contributiva que, dentro del amplio margen de libertad que la Constitución reconoce al legislador, puede ser gravada. De otro lado, la precitada sentencia, en su fundamento 5, califica al principio de no confiscatoriedad como un «concepto jurídico indeterminado»:

5. Como tal, tiene la estructura propia de lo que se denomina un «concepto jurídico indeterminado». Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a esta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica.

En la STC Exp. 009-2001-AI/TC, referida al caso de la acción de inconstitucionalidad contra la ley 27153, que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, los demandantes cuestionaban, entre otros aspectos, que se fijase la alícuota del impuesto aproximadamente en 20% a aplicarse sobre la base imponible, constituida por la ganancia bruta. El Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que el tributo en cuestión violaba el principio de no confiscatoriedad, pues gravaba el 20% de la base imponible constituida por la ganancia bruta mensual, resultante entre el ingreso total percibido en un mes de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados en dicho mes, sin incluir la deducción de los gastos realizados para la obtención de las utilidades, como pago a cuenta del impuesto a la renta.

En el mencionado caso Bancarización e Impuesto a las Transferencias Financieras, el Tribunal Constitucional descartó la inconstitucionalidad del tributo por el monto ínfimo de la alícuota aplicable. Asimismo, reconoció un amplio margen de acción del legislador para determinar la base imponible:

En cuanto a la materia imponible, este Colegiado deja asentado el amplio margen de acción en que se desenvuelve el legislador al momento de determinarla [...], pudiendo ser esta un bien, un producto o un servicio, una renta o un capital, y aunque en el presente caso, tratándose de las transferencias financieras enumeradas en el artículo 9° de la ley 28194, el hecho generador puede repetirse de manera constante, el monto ínfimo de la alícuota aplicable (0,10%) desvirtúa la posibilidad de atribuir, en abstracto, un carácter confiscatorio al tributo regulado por el Capítulo III de la ley impugnada; máxime si se tiene que tal valor numérico porcentual se reducirá a 0,08% a partir del 1 de enero de 2005, y a 0,06% desde el 1 de enero de 2006, y de que perderá todo efecto a partir del 1 de enero de 2007.

Cabe destacar que, en este caso, el supremo intérprete de la Constitución marca un giro jurisprudencial asumiendo claramente una interpretación restrictiva del principio de no confiscatoriedad. Así, en el fundamento jurídico 29, concluye que:

Por consiguiente, lo relevante, en este caso, desde un punto de vista constitucional, no será esclarecer si el ITF grava el patrimonio o el capital, pues de hecho lo hace y a ello está destinado (cuando menos, en determinados casos), sino en determinar si, no obstante incidir sobre la propiedad, tal afectación es ilegítima por vulnerar el principio de no confiscatoriedad de los tributos, consagrado en el artículo 74 de la Constitución. Y es que, tal como lo ha sostenido el Tribunal Federal alemán, en posición que este Colegiado hace suya: '[...] *el derecho fundamental de propiedad solo despliega su vigor frente a los impuestos, en el caso de que estos tengan un efecto estrangulador (erdrosselnde Wirkung)*' [Cfr. BverfGE 93, 121 (53 y ss.)] (cursiva agregada).

Con relación a la carga probatoria con la finalidad de demostrar la confiscatoriedad de los tributos, el Tribunal Constitucional ha precisado, en la STC Exp. 2302-2003-AA/TC y en la STC Exp. 4247-2005-PA/TC, que para acreditar la confiscatoriedad en cada caso, es necesario probar la afectación real al patrimonio empresarial de la persona jurídica.

Otra cuestión relevante en esta materia es determinar si el principio de no confiscatoriedad es aplicable a impuestos que gravan el consumo. Spisso sostiene que no cabe descartar en el cuestionamiento por confiscatoriedad a ningún tipo de tributo, directo o indirecto. Así, los tributos que gravan el consumo pueden ser considerados confiscatorios cuando producen una reducción sustancial de la demanda que impida la obtención de utilidades razonables en función de los capitales invertidos.

Si la carga fiscal trasladada a los precios ha determinado un nivel de demanda que imposibilita obtener el rédito potencial teórico de cada actividad o explotación, se configura la confiscación de las legítimas utilidades que se podrían haber obtenido de una explotación racional de la actividad (Spisso, 2006, pp. 342-343).

Otro aspecto a considerar es si el desborde de la capacidad contributiva puede originarse no solo por el efecto de un tributo específico, sino por la presión que recae sobre el contribuyente del conjunto de tributos del sistema fiscal que lo afecten. Villegas sostiene que la aplicación sobre el contribuyente de múltiples gravámenes que afecten su capacidad contributiva puede generar una presión intolerable que puede estimarse globalmente como confiscatoria (Villegas, 1990, p. 9 ss.). En nuestro país, el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. 2302-2003-AA/TC (caso Inversiones Dreams S.A.), sobre la aplicación del impuesto a los juegos establecido en la Ley de Tributación Municipal y el impuesto selectivo al consumo que grava a los juegos de azar y apuestas, se ha pronunciado en ese sentido, en el fundamento 17: «Es cierto que se excede el límite de la capacidad contributiva y, por ende, un tributo se vuelve confiscatorio, sea a consecuencia de un solo tributo exorbitante, *o por vía de diversas cargas tributarias que siendo moderadas, en su conjunto traen el mismo efecto y presión sobre el contribuyente*. Sin embargo, esta es una situación que requerirá de un peritaje especial para su comprobación» (cursiva agregada).

Por último, con relación a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional como consecuencia de la trasgresión al principio de no confiscatoriedad, solo debe alcanzar a nulificar la porción del monto del tributo en que consiste el exceso y no el tributo en su integridad¹⁸⁹.

3.4. El principio de razonabilidad de las leyes y su aplicación en materia tributaria

En la doctrina y jurisprudencia argentina, se ha desarrollado el principio de razonabilidad de las leyes como manifestación de la denominada garantía del «debido proceso sustantivo». En la Constitución argentina, Linares Quintana la define como el estándar de razonabilidad de las leyes:

A nuestro juicio, la garantía del debido proceso sustantivo consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto (Linares Quintana, 2010, p. 31).

¹⁸⁹ En ese sentido se pronuncia la jurisprudencia de la Corte Suprema en Argentina, citada por Spisso, 2006, pp. 352-353.

En nuestra jurisprudencia constitucional, debemos destacar la aplicación del principio de razonabilidad de las leyes en el caso de la ley 28258 (Ley de Regalía Minera), STC Exp. 0048-2004-PI/TC. En ese proceso de inconstitucionalidad contra dicha ley, nuestro Supremo Tribunal declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad al calificar a la regalía minera como un concepto contraprestativo no tributario por el aprovechamiento de recursos naturales de origen mineral, establecido bajo parámetros de razonabilidad.

En el fundamento 49, señaló —al margen de la naturaleza no tributaria de la regalía minera— que la potestad de creación de tributos no solo debe respetar los principios rectores del artículo 74 de la Norma Suprema, sino también debe guardar estándares de razonabilidad:

Cuando el Estado interviene en materia económica a través de la creación de tributos, su actuación se encuentra sujeta al respeto de los principios constitucionales establecidos en el artículo 74 de nuestra constitución (principios de legalidad, igualdad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad y respeto a los derechos fundamentales). *Ello no quiere decir, claro está, que si una exigencia económica —como la regalía minera— no reviste cariz tributario, el legislador quede habilitado para establecerla sin ningún parámetro de objetividad y razonabilidad.*

La intervención del Estado se considera legítima y acorde con la Constitución, cuando es producto de una *medida razonable y adecuada a los fines de las políticas que se persiguen*. Es necesario, en consecuencia, que dicha medida no transgreda los derechos fundamentales de las personas o, en todo caso, que dicha afectación *se lleve a cabo bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad* (cursiva agregada).

En el fundamento 88, precisa la razonabilidad de la regalía minera en el hecho de que los recursos naturales son patrimonio de la Nación:

Finalmente, carece de fundamento la afirmación de los demandantes según la cual la regalía minera es una contraprestación de nada [...]. Tal argumento soslaya que los recursos naturales integran el patrimonio de la Nación; y que justamente, *sería irrazonable traspasarlos gratuitamente sin que su dueña sea debidamente compensada*. Es por el traspaso del dominio sobre productos extraídos no renovables y por la afectación al medio ambiente, por los cuales se cobra esta contraprestación.

Con relación al cálculo de la regalía sobre el valor del concentrado o componente minero, cuestionado por los demandantes con el argumento de que se trata de bienes distintos a los minerales en su fuente y que, en etapa de concentración, ya son propiedad del concesionario minero, el Supremo Tribunal, en los fundamentos 92 y 93, asumió que se trata de una opción legislativa razonable:

El cálculo de la regalía sobre el valor del concentrado permite al Estado ejercer una adecuada fiscalización respecto a los montos declarados por los titulares de la actividad minera; toda vez que, a este nivel, existen valores referenciales en el mercado internacional que hacen posible comparar los montos declarados; lo que no sucede en el caso del mineral inmediatamente extraído a boca de mina.

Para este Tribunal, esta opción legislativa, compatible con la Constitución, es razonable tomando en cuenta que, para establecer la base de referencia de la regalía, el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Regalía Minera ha previsto una serie de deducciones y ajustes que permiten descontar algunos gastos efectuados por la empresa para llegar a obtener el concentrado.

En el año 2011, el Poder Ejecutivo modificó la base de cálculo sobre la que se aplica la regalía minera al establecerse, en el reglamento, la definición de «recursos minerales metálicos y no metálicos en el estado en que se encuentren», desnaturalizando la ley reglamentada y determinando así que la regalía se calcule sobre el valor de los productos comerciales obtenidos por procesos de industrialización y manufactura y no sobre el valor del concentrado o componente minero, tal como se señaló en la sentencia del caso de la Ley de la Regalía Minera.

En la STC Exp. 0143-2013-PA (caso Cerámica San Lorenzo y otros), el Supremo Tribunal declaró fundada de amparo de las empresas accionantes, sosteniendo que la modificación reglamentaria no respetaba los estándares de razonabilidad reconocidos a la regalía minera en la precitada STC Exp. 0048-2004-PI/TC:

4.13 Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado tampoco considera que la adopción de un gravamen establecido en función al valor de venta de productos comerciales sea acorde con bloque de constitucionalidad antes desarrollado, ello en la medida que la razonabilidad de un concepto contraprestativo como lo es la regalía minera se verificará, a tenor de lo dispuesto en el antecedente jurisprudencial expuesto en la STC N 0048-2004-PI/TC, en aquellos casos en los que la base para el cálculo se determine bajo parámetros que, siendo fiables, recaigan sobre el valor del recurso natural debido al particular para su aprovechamiento como los son el concepto de concentrado, para minerales metálicos, o componente minero, para minerales no metálicos, y no cuando dicha base de cálculo tome en consideración otros conceptos que evidentemente escapan al concepto de recurso natural, como lo son los productos industriales. Aceptar ello, implicaría una grave afectación al patrimonio de los particulares, afectación que resulta más gravosa en el caso de las empresas integradas, y por ende se constituye en manifiesta vulneración al derecho a la propiedad de los recurrentes.

3.5. El principio de respeto de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito tributario

En rigor, el respeto de los derechos fundamentales de la persona no constituye un principio específico de la Constitución financiera, sino que es un mandato que surge directamente del título I de la Constitución («De la Persona y de la Sociedad») sin requerir especificaciones en otros títulos de la Norma Suprema. Sin perjuicio de ello, el respeto de los derechos fundamentales de la persona debe ser la piedra angular del derecho constitucional tributario, más aún cuando el artículo 1 de la Constitución afirma que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En ese sentido, se relaciona estrechamente con el principio de reserva de ley, pues este tiene como principal fundamento constituir una garantía de que, al establecerse el deber fiscal, se ha tenido en cuenta por el legislador los bienes jurídicos tutelados por la Norma Suprema como derechos fundamentales de la persona.

Uno de los rasgos que caracterizan al Estado constitucional es la plena vigencia de los derechos fundamentales que deben ser respetados en su «contenido esencial», de manera que el legislador debe respetar su núcleo, no pudiendo afectarlo al extremo de tornarlos en derechos irreconocibles. Así, en la doctrina prevalece la teoría absoluta del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, siguiendo a la doctrina alemana del «límite de los límites». En esa dirección, Aguallo señala que:

En la actualidad, dentro y fuera de nuestro país, es la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos la que tiene mayor acogida. Contenido esencial que ‘señala una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad’; contenido esencial que limita la actividad limitadora de los derechos, que actúa —empleamos la expresión que se recibe de la doctrina alemana—, como «límite de los límites» (Schranken-Schranken): «límite de los límites, porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Aunque, desde luego, para los defensores de la teoría absoluta en España el contenido esencial representa el último «límite de los límites» de los derechos fundamentales, no es sin embargo el único, sino que opera en yuxtaposición con el llamado «principio de proporcionalidad» (Aguallo Avilés, 2003, p. 18).

En esa dirección, la fuerza normativa de los derechos fundamentales en el ámbito tributario adquiere particular relevancia, en tanto constituyen límites constitucionales y cauces para el ejercicio del poder tributario y de las potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para la aplicación concreta de los tributos (inspección

y comprobación, recaudación y régimen sancionador) que se regulan en el Código Tributario. Así, toda restricción de los derechos fundamentales del contribuyente debe respetar el principio de proporcionalidad, asumido en reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que se convierte en un auténtico derecho subjetivo.

De acuerdo con la cuarta disposición transitoria y final de la Constitución: «Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». En consecuencia, entre la Carta Fundamental y los tratados internacionales de derechos humanos existe un vínculo indisoluble por cuanto estos constituyen un valiosísimo «canon interpretativo». En nuestro sistema jurídico, para precisar el contenido de los derechos fundamentales de la persona, es imperativo acudir a los tratados de derechos humanos¹⁹⁰.

Se debe destacar, dentro de estas fuentes normativas supranacionales, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la República del Perú integra el Sistema Interamericano de Protección Internacional de los Derechos Humanos. Es así que dicha convención protege, entre otros, a los derechos de toda persona: a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente o imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (artículo 8.1); de presunción de inocencia (artículo 8.2); a no declarar contra sí mismo ni declararse culpable (artículo 8.2.g); a la protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia (artículo 11); derecho a la propiedad privada (artículo 21); de circulación y residencia (artículo 22); a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la mencionada convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 25).

¹⁹⁰ En la doctrina nacional, Neves (1997, p. 71) señala que la vinculación intensa entre la Constitución y el tratado forma un bloque entre ellos para fines hermenéuticos, que equivale a una constitucionalización de dichos tratados. En ese sentido, sería viable interponer una demanda de inconstitucionalidad contra una ley que trasgreda la regulación de un derecho consagrado simultáneamente por la Constitución y un tratado ratificado, por infracción de aspectos no contenidos en la primera, pero sí en el segundo.

Resulta relevante citar el derecho a un recurso efectivo en la vía administrativa y judicial, que reconoce el numeral 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Cada uno de los Estados Parte se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial.
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Sin perjuicio del respeto de los derechos fundamentales de la persona como límites constitucionales al ejercicio del poder tributario del Estado, la posible colisión o conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos, en especial el deber constitucional de contribuir y los derechos fundamentales del contribuyente ha de resolverse mediante una adecuada ponderación, sin que, en lo posible, la prevalencia de uno vacíe de contenido al otro (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 63).

En nuestra jurisprudencia, en el mencionado caso Bancarización e Impuesto a las Transferencias Financieras, el Supremo Tribunal asumió, en el fundamento jurídico 7, que los derechos fundamentales pueden limitarse:

- a) Cuando no se afecte su contenido esencial; es decir, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales.
- b) Cuando la limitación del contenido «no esencial» del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad).

En el fundamento 9 de la precitada sentencia, el Supremo Tribunal asume la doctrina de que el deber de información del contribuyente es imprescindible para satisfacer el deber de contribuir, como manifestación del principio de solidaridad, que se constituye como un bien jurídico independiente de la capacidad contributiva:

El objetivo de la denominada «bancarización» es formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar

los sistemas de fiscalización y detección de fraude tributario. A tal propósito coadyuva la imposición del ITE, al que, a su vez, como todo tributo, les implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado social de derecho (artículo 43 de la Constitución). Se trata pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución) mediante la contribución equitativa al gasto social.

3.5.1. Derechos fundamentales protegidos

Así, además de los derechos fundamentales económicos de propiedad, libertad de empresa y libertad de trabajo, son derechos fundamentales de la persona que deben ser respetados por la Administración en el ámbito tributario¹⁹¹:

- a) Derecho a la intimidad económica, como manifestación del derecho a la intimidad personal o familiar (artículo 2, inciso 7, de la Constitución) (cfr. Ochoa Cardich, 2016, pp. 40-53)¹⁹². En la doctrina española, Bueno Gallardo destaca la relación entre la persona y la economía como fundamento del derecho a la intimidad económica de los ciudadanos:

Concretamente algunos han defendido la existencia —y, en consecuencia, la protección constitucional— de la intimidad económica recurriendo a un argumento antropológico, esto es, partiendo de que la vertiente patrimonial es consustancial a la naturaleza humana. El hombre —ha señalado a este aspecto Nogerole Peiró— no es un espíritu puro, sino un espíritu encarnado, por ello es también probable que la intimidad del hombre se plasme y objetive en el campo económico. No es la economía en sí lo que pertenece a la intimidad, sino que es la relación existente entre persona y economía la que determina que se pueda hablar de una intimidad económica (Bueno Gallardo, 2009, p. 167).

¹⁹¹ En la STC Exp. 4972-2006-PA/TC, se reconoce un listado de derechos fundamentales, no taxativo, de los que pueden ser titulares las personas jurídicas.

¹⁹² En la jurisprudencia constitucional: STC Exp. 00009-2007/PI, caso Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8438 ciudadanos y congresistas de la República c. Congreso de la República, fundamentos 41 y siguientes; STC Exp. 02838-2009-PHD/TC, caso Informa del Perú Información Económica, fundamentos 21 y 22; STC Exp. 01219-2003-HD/TC, fundamentos 8 y 9. Resulta muy relevante la STC Exp. 0009-2014-PI/TC, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley 29720, que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales.

- b) Derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar (artículo 2, inciso 6).
- c) Derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria, el cual puede levantarse a pedido del juez, del fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso de la República con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado (artículo 2, inciso 5, de la Constitución). En el fundamento 35 de la sentencia del caso Bancarización e Impuesto a las Transferencias Financieras, el Supremo Tribunal afirma que el secreto bancario y la reserva tributaria tutelan la biografía económica de la persona:

Así pues, mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar de algún modo, una especie de «biografía económica» del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no solo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad.

La doctrina distingue entre la delimitación de los derechos o sus límites intrínsecos de los límites externos o límites en sentido estricto. Así, en cuanto a la delimitación de los derechos, Aguallo señala:

Todos los derechos fundamentales son limitados —«llegan hasta algún sitio»— porque quedan circunscritos en la norma constitucional que determina su campo normativo y el tratamiento jurídico que se da a ese campo. Tales datos definen sus límites intrínsecos, necesarios, inmanentes, pero siempre que usemos estos conceptos como sinónimos de «fronteras» o contornos, y no de restricciones a su previo contenido definido constitucionalmente (Aguallo Avilés, 2003, p. 50).

Entonces, cuando la Constitución delimita los supuestos en los cuales el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse, está precisando los límites intrínsecos de estos derechos. En cambio, los límites externos están referidos al deber fundamental de contribuir. Cuando la legislación del impuesto a las transferencias financieras habilita a que la Administración tributaria acceda a la información bancaria de los ciudadanos, según el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 32 de la sentencia del caso Bancarización e Impuesto a las Transferencias Financieras, se dan al menos dos posibles interpretaciones:

De un lado, como una disposición que autoriza el levantamiento del secreto bancario, quebrando el núcleo duro del derecho a la intimidad personal de la que

es una manifestación concreta, y de otro, como una restricción de dicho secreto prolongándolo hacia la Administración tributaria, cuyo uso solo podrá tener finalidades institucionales de control de la tributación y de fiscalización conforme a las normas vigentes sobre la materia. Solo la primera de las interpretaciones resulta incompatible con la Carta Fundamental. Empero, respecto de la segunda, es necesario efectuar un juicio de proporcionalidad, a efectos de determinar su legitimidad o ilegitimidad. Y es que nos encontramos ante un conflicto entre el derecho al secreto bancario y los fines institucionales de la Administración tributaria, orientados a hacer efectivo el principio de solidaridad contributiva, sobre el que se asienta toda la teoría tributaria del Estado constitucional.

Más adelante, en el fundamento jurídico 40, el supremo intérprete de la Constitución precisa que la legislación del impuesto a las transferencias financieras prevé una intromisión legítima en la vida privada, en la medida en que facilita el cumplimiento de los fines de fiscalización tributaria, que son:

[...] los que se pretenden ser alcanzados por los numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3 del artículo 17 de la norma cuestionada, en tanto que, como consecuencia de la imposición del ITF, la Superintendencia Nacional de Administración tributaria (SUNAT) competente en la materia, tenga acceso a determinada información garantizada por el secreto bancario, con el propósito de que, manteniendo la información reserva, se avoque a la fiscalización y detección del fraude tributario.

Sin perjuicio de ello, calificó como intromisión ilegítima en el derecho a la privacidad el supuesto normativo previsto en el último párrafo del artículo 17 de la ley 28194, que obligó a las instituciones financieras que también proporcionen información respecto de las operaciones exoneradas del impuesto. En el fundamento jurídico 43, el Tribunal Constitucional considera que la intromisión a la privacidad solo es legítima en la medida que exista un nexo lógico relacional entre la aplicación del tributo y el acceso de información por la agencia tributaria nacional. Así, precisa que:

El último párrafo del artículo del artículo 187 de la ley 28194 es incompatible con el principio de razonabilidad, puesto que al franquear a la SUNAT el conocimiento de las operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, se quiebra el nexo lógico que auspiciaba la intervención de la entidad competente en materia tributaria, esto es, la existencia de una operación gravada. De otra parte, y fundamentalmente, este Colegiado considera que al quebrantarse el nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal (el ITF) y el traslado de información a la SUNAT a que tal aplicación da lugar,

el último párrafo del artículo 17 de la ley 28194 afecta el subprincipio de necesidad correspondiente a todo test de proporcionalidad, por cuanto ello implicaría que la posibilidad de que la SUNAT administre información protegida por el secreto bancario se extienda *sine die*.

- d) Derecho a la inviolabilidad del domicilio, por el cual nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial (artículo 2, inciso 9, de la Constitución).
- e) Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente de conformidad con la ley (en nuestro ordenamiento, el Código Tributario). Las acciones que al respecto se toman no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial (artículo 2, inciso 10, de la Constitución). En la doctrina europea, el derecho a la intimidad y privacidad del contribuyente está protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que prevé:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, *sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás* (cursiva agregada).

Sobre el particular, cabe citar la doctrina jurisprudencial en esta materia sentada en los casos Funke, Crémieux y Mialhe c. Francia, del 25 de febrero de 1993, en los que se analizó la compatibilidad con el precitado artículo 8 del Convenio Europeo del requerimiento a los recurrentes por la Administración aduanera francesa de diversa documentación económica: en el caso Funke, extractos de diversas cuentas bancarias y documentación relativa a la financiación de un departamento; en el caso Crémieux, documentación referida a determinadas transacciones comerciales, así como documentos personales; y en el caso Mialhe, correspondencia privada y diversa documentación. En estos tres casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró afectado el derecho a la vida privada (citados por Agualló Avilés, 2003, pp. 55-56).

Con relación al derecho a no autoinculparse reconocido en el artículo 8, numeral 2, literal g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, debe armonizarse en materia tributaria con el deber constitucional de colaborar con la autoridad competente, de modo que los libros, comprobantes, así como los documentos contables y administrativos, están sujetos a inspección o fiscalización, de conformidad con la ley. La potestad pública de inspección y fiscalización tributaria se deriva del «deber de contribuir a los gastos públicos», que tiene como consecuencia la detección de aquellas personas que no cumplan con la obligación social de tributar (STC Exp.03797-2006-AA, fundamento 6).

Sin perjuicio de ello, el derecho a no autoincriminarse es una garantía no solo en los procesos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos de fiscalización y en los procedimientos administrativos sancionadores, en la medida que los principios jurídicos penales informan al derecho administrativo sancionador, por ser este último una manifestación del *ius puniendi* del Estado como el derecho penal¹⁹³.

El derecho a no autoincriminarse en los procedimientos tributarios se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del caso J. B. contra Suiza, STEDH, del 3 de mayo de 2001 (citado por Aguillo Avilés, 2003, pp. 75-76). Así, en la doctrina se distingue y debate sobre aquella documentación que obligatoriamente se exige facilitar a la Administración inspectora por la normativa legal de la materia, frente a otro tipo de información y documentación que se requiriese al contribuyente. En el segundo caso, no existiría tal deber en la medida que pudiese suponer una autoinculpación (García Ureta, 2006, p. 177; Fernández Ramos, 2002, pp. 319-320).

¹⁹³ «Si la existencia de una potestad sancionadora de la Administración solo ha sido puesta en duda, entre nosotros de forma ocasional, su legitimidad en cambio ha sido siempre controvertida. Tradicionalmente venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado» (Nieto, 2005, p. 46). Sobre la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales sostienen que «desde el punto de vista de las líneas centrales que orientan el sistema, debe existir una coincidencia que, cuando menos tendencialmente, me atrevería a decir que debe ser plena» (2013, p.118).

- f) Derecho a la libertad de residencia y tránsito por el territorio nacional (artículo 2, inciso 11, de la Constitución) (Villegas, 1992, p. 213)¹⁹⁴.
- g) Derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139, inciso 3 de la Constitución), de donde se asegura el derecho de los contribuyentes a articular en resguardo de sus derechos, vinculados con la determinación de sus obligaciones fiscales. El requisito del *solve et repete*, como presupuesto procesal para la admisión del recurso administrativo o judicial, así como la exigencia de pago con anterioridad a que exista resolución judicial firme en la acción promovida por el contribuyente impugnando la pretensión fiscal, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho de acceso a la justicia. Son derechos fundamentales inherentes a la buena administración de justicia, incluso dentro del ámbito estrictamente administrativo (Billardi, 2006, p. 211).

En nuestra jurisprudencia, en la STC Exp. 3548-2003-AA/TC (caso Grupo Carsa Inc.), el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo y ordenó al Tribunal Fiscal admitir a trámite la demanda contencioso-administrativa presentada por el Grupo Carsa Inc. En el fundamento jurídico 7, sobre el *solve et repete*, sostuvo:

Pero ¿el *solve et repete* obstaculiza, impide o disuade irrazonablemente el acceso a un tribunal de justicia? La respuesta, a juicio del Tribunal, es afirmativa.

En primer lugar, su exigencia, es decir, que se condicione el pago de la obligación tributaria para que se admita una demanda cuyo objeto sea iniciar un proceso en el que se cuestione la validez de su imposición, es un obstáculo serio de orden material para que el contribuyente pueda acudir a un tribunal de justicia. Obstáculo desproporcionado si es que se tiene en cuenta que el deber de todos de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, incluso de aquellos que pretenden cuestionar judicialmente un acto administrativo tributario, puede alcanzarse a través de otros medios, como el de la ejecutividad de los actos y resoluciones de la Administración tributaria, incluso una vez presentada la demanda contencioso-administrativa [cf. última parte del segundo párrafo del artículo 157 del Código Tributario].

¹⁹⁴ Villegas sigue al constitucionalista argentino Néstor Sagüés, que distingue entre derechos constitucionales «imponibles» y «no imponibles». Así, los derechos constitucionales «no imponibles» son aquellos cuyo ejercicio se conecta directamente; por ejemplo, sería inconstitucional un impuesto al honor o uno a la libertad de expresión. En ese orden de ideas, Villegas sostiene que el impuesto de salida al exterior es contrario a la Constitución, «porque en un país libre ella reputa necesario garantizar a quien desee viajar, que lo haga. El derecho de locomoción es un derecho fundante, en el sentido de que posibilita la actuación de los demás derechos constitucionales. Si no hay plena libertad de circulación no hay libertad física completa, y, consiguientemente, tampoco hay posibilidad de un íntegro despliegue de otras libertades».

En otras palabras, es desproporcionado porque su finalidad constitucional —que el Estado cuente con los recursos necesarios para hacer frente sus cargas— es solo un pretexto que, alcanzándose a través de otros medios, en realidad, tiene el propósito de desalentar el cuestionamiento judicial de sus actos administrativos de contenido tributario.

En segundo lugar, se trata de una regla incompatible con el principio de igualdad jurídica, ya que, como ha sostenido la Corte Constitucional de Italia, con su exigencia se propicia un tratamiento diferenciado «[...] entre el contribuyente que está en grado de pagar inmediatamente el tributo en su totalidad, y el contribuyente que no tiene medios suficientes para hacer el pago, ni puede procurárselo prontamente recurriendo al crédito, entre otras cosas, porque aún en el caso de obtener la victoria en el proceso, no obtendría el reembolso de las sumas depositadas sino con retardo. Al primero le es consentido, en mérito de sus condiciones económicas, de solicitar justicia y de obtenerla, donde pueda probar tener la razón; al segundo esta facultad se le presenta difícil y tal vez imposible, no solo de hecho, sino también en base al derecho, a fuerza de un presupuesto procesal establecido por la ley y consistente en la carga de pagar una suma eventualmente ingente» [Sentencia 21/1961].

Derecho al debido proceso en sede administrativa o debido procedimiento (artículo 139, inciso 3, de la Constitución). A nivel supranacional, debe destacarse el artículo 2.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que cada uno de los Estados parte se compromete a garantizar que: «La autoridad competente, judicial, *administrativa* o legislativa, o cualquier otra actividad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial» (cursiva agregada). Asimismo, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, *fiscal* o de cualquier otro carácter (cursiva agregada).

Con relación al derecho al debido procedimiento, el artículo IV, numeral 1.2, del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, lo define en los siguientes términos:

Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo más no limitativo, los derechos a ser notificados, a acceder al expediente; a refutar

los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por la autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

Sobre la garantía del plazo razonable como elemento del derecho al debido procedimiento administrativo, el Tribunal Constitucional ha determinado que el plazo de un proceso será razonable «solo si es que aquel comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes» (STC Exp. 04532-2013-PA/TC, fundamento 32).

- h) Derecho a la presunción de inocencia (artículo 2, inciso 24, literal e, de la Constitución). Siendo aceptada la doctrina de la aplicación de los principios garantistas del derecho penal al derecho administrativo sancionador, se debe admitir la aplicación del derecho fundamental de presunción de inocencia, desde el procedimiento de inspección o fiscalización tributaria. Así, sostenemos que en derecho tributario las actas de inspección levantadas por la Administración tributaria carecen de presunción de certeza absoluta o de prueba fehaciente, puesto que esto supondría una inversión de la carga de la prueba a favor de la Administración y en contra del administrado. En aplicación del derecho fundamental de presunción de inocencia, las actas de inspección tienen un valor o eficacia que ha de medirse a la luz del principio procesal de libre valoración de la prueba, admitiendo prueba en contrario. Siempre corresponde a la Administración demostrar que se ha producido la conducta descrita en el supuesto de hecho como ilícito administrativo (Aguado I Cudolà, 1994, p. 174 ss.)¹⁹⁵.

3.6. El principio de seguridad jurídica tributaria

El principio de seguridad jurídica tiene origen en el liberalismo burgués de la revolución francesa, que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclamó, en su artículo 2, que: «El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, *la seguridad* y la resistencia a la opresión».

¹⁹⁵ Cabe señalar que las facultades de la administración tributaria no son ilimitadas en sus funciones de inspección y liquidación: «Antes al contrario, se trata de en todo caso de potestades tasadas en su contenido y finalidad, cuya correcta utilización es susceptible de control jurisdiccional ante los Tribunales de Justicia en garantía de los derechos de los contribuyentes» (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 66).

En la doctrina, se identifica a la seguridad jurídica como a un estado de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad (Ávila, 2012, p. 573).

Nuestro Supremo Tribunal ha reconocido expresamente el principio de seguridad jurídica en la STC Exp. 0016-2002-AI/TC (caso Colegio de Notarios de Junín), en el fundamento jurídico 3:

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/1991, FJ 5).

El principio de seguridad jurídica, según el argentino Bocchiardo (1993), comprendería los siguientes contenidos:

- a) Además de un valor jurídico¹⁹⁶, asume una dimensión subjetiva de un derecho fundamental del hombre, inalienable, imprescriptible, universalmente válido, anterior y superior al Estado y al ordenamiento normativo.
- b) Es aconsejable su reconocimiento explícito en los textos constitucionales; pero, con igual validez, su consagración puede surgir implícitamente del programa, de las declaraciones de derechos y garantías, del sistema democrático y republicano de gobierno y de la supremacía de la Constitución¹⁹⁷.
- c) Su consagración explícita o implícita en los textos constitucionales implica reconocer al hombre como sujeto activo de un «derecho público subjetivo», que le permite gozar de un estatus o situación jurídica, que el Estado, como sujeto pasivo, está obligado a respetar, asegurar y promover, no solo normativamente,

¹⁹⁶ Según el trialismo en el derecho constitucional, el mundo jurídico es una realidad que se compone de tres ámbitos: el de las conductas, el de las normas y el de los valores. Como señala Bidart Campos (1986, I, p. 32), «El valor más importante y excelso en el mundo jurídico es la justicia. El valor objetivo y trascendente, porque no es creado ni inventado por los hombres, sino únicamente descubierto y conocido por los hombres. Por este carácter direccional y relacional hacia el hombre, el valor vale o es valor para el hombre». A nuestro juicio, debe subrayarse en el derecho constitucional de la prevalencia del valor justicia sobre otros valores como el de la seguridad jurídica de un derecho injusto.

¹⁹⁷ En ese mismo orden de ideas, en el artículo 72 de la Constitución uruguaya se establece que: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno» Para Addy Mazz (1995, p. 219), «Algunas sentencias de la Suprema Corte reconocen el principio. Así este órgano declaró la inconstitucionalidad de una norma tributaria retroactiva, porque esta retroactividad colidía con los principios derivados de los derechos, deberes y garantías consagrados en los artículos 7, 32 y 72 de la Constitución (“La Justicia Uruguaya” caso 7015)».

sino mediante conductas que pueden consistir en prestaciones positivas o en abstenerse de realizar algún acto que lo pueda afectar¹⁹⁸.

- d) En el supuesto de que exista una colisión entre el derecho invocado por el Estado para ejercer su potestad tributaria, con algún «derecho público subjetivo» del hombre, este debe prevalecer sobre aquel, por ser ontológicamente anterior.

En este último punto discrepamos con la ponencia de Bocchiardo. Se requiere, en estos casos, de una adecuada ponderación de la seguridad jurídica con el valor superior de la justicia, previsto en el artículo 44 de la Norma Suprema¹⁹⁹. El principio de seguridad jurídica no puede prevalecer si se trata de un derecho injusto, como sostuvo Radbruch, «allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente hay nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia» (García Novoa, 2011, p. 140). En esa dirección, la doctrina alemana asume la construcción de la justicia tributaria como un desarrollo directo del Estado social de derecho. Para García Novoa, la seguridad jurídica abarca las siguientes manifestaciones (2011, pp. 132-133):

- a) Existencia de la norma jurídica, en el sentido de que las normas sean fruto de una actividad legislativa racional y acorde con la realidad de los hechos que se pretenden regular.
- b) Las normas positivas deben existir con carácter previo a la producción de los hechos que ellas mismas regulan.
- c) La existencia de los hechos regulados sea conocida por los destinatarios de las normas y los eventuales realizadores de los presupuestos de hecho previstos por la norma.
- d) La existencia previa y pública de la norma sea también una existencia regular, lo que quiere decir que la norma tenga pretensiones de definitividad temporal.

Siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú que asume el reconocimiento implícito del principio de seguridad jurídica en la Norma Suprema, dado que la garantía de previsibilidad «consolida la interdicción de la arbitrariedad»,

¹⁹⁸ En esa dirección, se sostendría la tesis de que constituye un derecho constitucional implícito, previsto en el artículo 3 de la Constitución, que declara: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a 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».

¹⁹⁹ El artículo 44 declara que es un deber primordial del Estado «promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

es jurídicamente viable desarrollar unas exigencias específicas de la seguridad jurídica en materia tributaria, que se derivan directamente de los imperativos del principio de reserva de ley, previsto expresamente en el artículo 74 de la Norma Suprema.

Puede ser conceptualizado como una suma de los principios de legalidad, jerarquía normativa, irretroactividad de las leyes y publicidad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene. Se trata de principios que, conectados entre sí, potencian la plenitud de su vigor jurídico. En esa dirección, se puede sostener que el principio de seguridad jurídica es la suma de todos ellos, pero no se agota en los mismos²⁰⁰. Empero, la seguridad jurídica —siguiendo a Radbruch— no puede entenderse al margen del valor superior de la justicia, que desarrolla la cláusula del Estado social.

Asimismo, en la doctrina y la jurisprudencia, se afirma la triple dimensión del principio de seguridad jurídica²⁰¹:

- a) Como conocimiento y certeza del derecho positivo²⁰², está íntimamente relacionado con los requisitos de claridad de la norma (García Novoa, 2011, p. 134)²⁰³.

²⁰⁰ Bayona de Perogordo y Soler Roch (1991, p. 78) sostienen que los enunciados recogidos en el artículo 9, inciso 3 (principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), se derivan del principio general de la seguridad jurídica.

²⁰¹ En esa dirección, puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional español STC 27/1981, fundamento jurídico 10 (citada por Rodríguez Bereijo, 1992, p. 35). Esta triple dimensión se encuentra conectada entre sí. En ese orden de ideas, Paulick (1980, p. 43) es citado por Gerado Ataliba (1992) en los siguientes términos: «[...] la previsibilidad de la actuación estatal es consecuencia del principio de seguridad jurídica. Y que se la valora tanto en Alemania, que a sus exigencias ceden los intereses recaudatorios e incluso los de “realización de una imposición igual”. Ese principio, instrumento del similar principio de protección de la confianza —cultivado también por la doctrina alemana y prestigiado por la jurisprudencia del mismo país— se traduce en el postulado de la “certeza pronta y definitiva acerca de la cuantía de la deuda tributaria”».

²⁰² La certeza tributaria es definida por Adam Smith en los siguientes términos: «La incertidumbre de la contribución da pábulo al abuso y favorece la corrupción de ciertas gentes que son impopulares por la naturaleza misma de sus cargos, aun cuando no incurran en corrupción y abuso. La certeza de lo que cada individuo tiene obligación de pagar es cuestión de tanta importancia, a nuestro modo de ver, que aún una desigualdad considerable en el modo de contribuir, no acarrea un mal tan grande —según la experiencia de muchas naciones— como la más incertidumbre en lo que se ha de pagar» (citado por Casás, 2001, p. 64). A nuestro juicio, al establecer la Norma Suprema, en el artículo 74, que las leyes relativas a tributos de periodicidad anual (o de ejercicio) rigen a partir del 1 de enero del año siguiente de su publicación, se está inspirando en el principio de certeza. En un inicio, si el hecho imponible no es instantáneo, sino que se configura en el curso de un ejercicio, entonces jurídicamente es viable que una ley tributaria surta efectos durante el lapso de ese ejercicio, puesto que no se ha terminado de consumir el hecho imponible. Empero, la seguridad jurídica, en la creación del tributo, fundamenta este régimen diferido de vigencia de la ley tributaria.

²⁰³ Sobre el requisito de la claridad de la norma tributaria, citamos al expresidente del Tribunal Constitucional, Ernesto Blume Fortini, en el fundamento de ratificación de voto (STC Exp. 02053-2013-PA/TC

- b) Como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social.
- c) Como previsibilidad de los efectos que se derivan de la aplicación de las normas y de las propias acciones o de las conductas de terceros.

Esta triple dimensión, según Casás (2001, p. 79), tiene las siguientes manifestaciones:

[...] vigencia institucional plena; realización concreta de los principios, derechos y garantías constitucionales; reserva de ley en materia tributaria; mínima flexibilización de la apuntada reserva; irretroactividad de las normas tributarias; sometimiento a la regla de jerarquía normativa; continuidad y estabilidad de las normas tributarias y transparencia, precisión y simplicidad en los preceptos; supresión de los conceptos jurídicos indeterminados; limitado uso de presunciones legales determinativas; y codificación sistemática —al menos de la parte general— del derecho tributario (Casás, 2001, p. 79).

La vigencia institucional plena supone, como condición necesaria previa, un marco jurídico adecuado en el cual se faciliten las transacciones entre los agentes económicos. Es fundamental en el proceso de desarrollo económico al reducir los costos de transacción y promover la especialización en el trabajo. Se asume la importancia económica de las instituciones en la medida que determinan lo costoso que en una sociedad resultan las transacciones (cfr. North, 1993).

Ese marco institucional requiere la vigencia efectiva de la Constitución y especialmente de una administración de justicia independiente, imparcial y eficiente.

caso Universidad Privada de Ciencias Aplicadas y otro): «Así, la posición a la que me adhiero asume dos premisas esenciales. La primera está referida al rol que cumple el principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico, incluido desde luego el tributario, como una de las garantías de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos frente a los administrados, y que en el caso de los tributos cautela y fortalece la confianza de los administrados en la certeza del Derecho vigente. En tal tenor, resulta de inexorable importancia que el legislador elabora una regulación abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida, y que no implique cambios normativos no razonablemente previsibles. La segunda está vinculada con la finalidad perseguida por el beneficio de crédito por reinversión: la mejora en la calidad de la prestación del servicio público de educación superior. A partir de ello, sostengo que en el presente caso la situación de incertidumbre jurídica generada por la deficiente técnica legislativa empleada por el legislador tributario y ratificada por incluso por la propia Administración Tributaria (sobre el término de vigencia del aludido beneficio tributario) resulta a todas luces lesiva del principio de seguridad jurídica, porque socava la certeza y predictibilidad del Derecho y la confianza de los ciudadanos en él. Pregunto yo: ¿será posible exigir a cualquier ciudadano que arregle su conducta a la autoridad de normas o modificaciones normativas oscuras o ambiguas? Y si así fuere. ¿no se le impondría, por el imperio de protección frente a la norma de incierto sentido, una interpretación indubio pro contribuyente? Obvio que me decanto por esta última opción».

Como sabemos, nuestro Estado-Nación en proceso de formación aún no ha cumplido con estos prerequisites de la seguridad jurídica. Dentro de ese marco institucional, debe incluirse, en materia tributaria, una eficaz administración fiscal que tenga como contrapeso institucional un órgano de justicia administrativa independiente, como es el caso del Tribunal Fiscal.

Con relación a la irretroactividad de las normas tributarias, las XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, que tuvieron lugar en Lima en 1993, sostuvieron, en el punto 5 de sus recomendaciones, que el principio de irretroactividad resulta indispensable para evitar la incertidumbre en los contribuyentes, sin perjuicio de la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables.

Coincidimos a este respecto con lo señalado por Rodríguez Bereijo, quien sostiene que:

Aquellas normas tributarias que graven supuestos de hecho realizados antes de la entrada en vigor de la norma —construyendo así la esfera jurídico patrimonial del contribuyente con efectos retroactivos— pueden lesionar el principio de seguridad jurídica (y el de capacidad económica) sí y en la medida en que por su grado de retroactividad comporten una intervención del instrumento fiscal grave e imprevista respecto de situaciones consolidadas en las cuales los sujetos pasivos podían razonablemente depositar su confianza (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 38).

A nuestro juicio, sin embargo, es preciso matizar el principio de irretroactividad, por cuanto una protección constitucional plena y sin matices de los derechos adquiridos es incompatible con un Estado social de derecho, inspirado en la solidaridad como valor cimero. El principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un supraprincipio que petrifique el ordenamiento jurídico existente. Así, no puede invocarse dicho principio ni los derechos adquiridos, para levantar un muro de formalismo garantista, cuando se esté en la necesidad perentoria de atender a valores y fines del ordenamiento constitucional de mayor rango (Parejo Alfonso, 1990, p. 139).

En esa dirección, consideramos que el principio de irretroactividad admite graduaciones y modulaciones que deben aplicarse en materia fiscal. Es así que en derecho civil (Díez-Picazo & Gullón, 1994, p. 114) se consideran los siguientes tipos de retroactividad:

- a) *Retroactividad de grado máximo*. La ley nueva se aplica a la relación o situación básica, creada bajo el imperio de la ley antigua y, en cuanto a todos sus efectos, lo mismo consumados que no consumados (por ejemplo, intereses ya pagados).

- b) *Retroactividad de grado medio*. La nueva ley se aplica a las situaciones creadas bajo el imperio de la antigua, pero solo en cuanto a los efectos nacidos con anterioridad, que no se hayan agotado o consumado (por ejemplo, intereses devengados, pero aún no pagados).
- c) *Retroactividad de grado mínimo*. La ley nueva se aplica a las situaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la antigua, pero solo respecto de los efectos que se produzcan con posterioridad a su vigencia (por ejemplo, intereses devengados después de su publicación). En rigor, se trata de una retroactividad impropia.

Es evidente que otorgarle efectos hacia el pasado a la norma que crea tributos afecta la seguridad jurídica²⁰⁴. Empero, lo primordial estará en determinar en cada caso el grado de retroactividad²⁰⁵.

Un tema estrechamente vinculado con esta materia es la supresión de exoneraciones y beneficios fiscales o su reducción. Resulta que la facultad de dejar sin efecto una exoneración podría colisionar con el principio de seguridad jurídica si se otorgan exoneraciones o beneficios en el marco de un plan determinado de desarrollo y este es modificado sorpresivamente, sin respetar los plazos legales, de modo que los agentes económicos que realizaron inversiones o adquirieron bienes al amparo de dichos beneficios se ven afectados en sus legítimas expectativas por un cambio radical de las reglas de juego (Mazz, 1995, pp. 221-222)²⁰⁶.

Sin perjuicio de ello, consideramos que la constitucionalidad o inconstitucionalidad resulta de la adecuada ponderación de bienes jurídicos, apreciada en el caso concreto, teniendo en cuenta de una parte a la seguridad jurídica y, de otra, a diversos imperativos socioeconómicos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento fiscal.

²⁰⁴ En esa dirección, ver la jurisprudencia constitucional uruguaya en los fallos de la Suprema Corte del 13/4/1977 y 8/12/1968, citados en Mazz, 1995, p. 226.

²⁰⁵ En ese orden de ideas, la sentencia del Tribunal Constitucional español 150/1990 señala que: «Serán, en definitiva, las circunstancias específicas que concurran en cada caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes que permitan enjuiciar su pretendida inconstitucionalidad (STC 1286/1987, FJ 11). Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretendan anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas. En el primer supuesto —retroactividad auténtica— la prohibición de la retroactividad operaría plenamente, y solo exigencias cuantificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo —retroactividad impropia—, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica, y de otra, los diversos imperativos que deben conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso (STC 126/1987, FJ 11)».

²⁰⁶ Para Mazz, el cese antes del plazo pactado de las normas de exoneración puede generar responsabilidad del Estado.

Cabe señalar que las exoneraciones y beneficios fiscales inciden en el ámbito de la relación jurídico-tributaria, que es de naturaleza obligacional, por tratarse de una obligación tributaria que debe una persona pagar al Estado. Esta relación obligacional es jurídicamente diferente a las relaciones jurídicas reales que, por ejemplo, inciden sobre la titularidad de bienes. Cuando un derecho se incorpora al patrimonio de la persona, se afirma que estamos ante una esfera del derecho de propiedad. Empero, un beneficio tributario que se integra en una relación obligacional no se incorpora al patrimonio de la persona del deudor tributario como una esfera del derecho de propiedad.

Con relación a las leyes interpretativas de normas tributarias, debe admitirse su efecto retroactivo, pero debe armonizarse con el principio de seguridad jurídica y con el principio de buena fe de los contribuyentes, de modo que se pueda diferenciar los casos de retroactividad favorable a los mismos, de la retroactividad gravosa para el contribuyente (Morón, 2006a, p. 381).

En la STC Exp. 0002-2006-PI/TC (caso Colegio de Abogados de Arequipa contra el Congreso de la República), el Tribunal Constitucional fijó su posición doctrinal sobre la diferencia entre norma interpretativa y norma innovativa. Para ello, se basó en la sentencia C-245/02 de la Corte Constitucional de Colombia, que establece tres requisitos que deben satisfacer las normas interpretativas:

Primero, debe referirse expresamente a una norma legal anterior. Segundo, debe fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada, el cual pasa, por decisión del propio legislador, a ser el significado auténtico de la norma interpretada que excluye las demás interpretaciones de la norma anterior. Tercero, no debe agregarse a la norma interpretada un contenido que no estuviera contenido en su ámbito material. Evidentemente cuando una norma cumple estos requisitos es interpretativa y se integra a la norma interpretada pero cuando no los cumple debe ser entendida como norma innovativa.

Con relación al principio de jerarquía normativa, en primer lugar, se debe considerar al artículo 51 de la Norma Suprema que declara que: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente»²⁰⁷. Este precepto debe interpretarse sistemáticamente con la cuarta

²⁰⁷ Caller Ferreyros y Dinorath Torpoco precisan correctamente que: «El Tribunal Fiscal siendo una entidad creada por ley para revisar en última instancia administrativa la actuación de la Administración Tributaria [...] no cuenta con la atribución de inaplicar una ley, cuando esta no supere un examen de constitucionalidad (control de constitucionalidad de las leyes), solo podría al amparo del 102 del Código Tributario, dispositivo que le ordena aplicar la norma de mayor jerarquía, realizar un control de legalidad de las actuaciones de las Administraciones Tributarias, dentro de la Administración Pública y en la vía de un procedimiento administrativo» (2006, p. 711).

disposición transitoria y final de la Constitución que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos constituyen un parámetro interpretativo de la Norma Suprema. Por otra parte, la superioridad de la ley sobre el reglamento se sustenta en el inciso 8 del artículo 118 de la Norma Suprema que establece que la potestad reglamentaria se ejerce sin transgredir ni desnaturalizar a la ley.

En cuanto a la continuidad, estabilidad, transparencia, precisión y simplicidad de las normas tributarias, debemos remitirnos a Neumark, para quien el principio de continuidad sostiene la exigencia de que las normas jurídico-tributarias cuya variación a corto plazo no resulte imperativa por razones derivadas de los objetivos perseguidos con los principios de capacidad de adaptación y de flexibilidad activa de la imposición no se modifiquen más que después de grandes intervalos de tiempo y, en lo posible, en el marco de reformas generales y sistemáticas (Neumark, 1974, p. 103).

Con relación a la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados, sabemos que aluden a una esfera de la realidad susceptible de interpretación jurídica, siendo su utilización muy amplia e inevitable no solo en derecho tributario, sino en el conjunto del sistema jurídico²⁰⁸.

Coincidimos con la doctrina tributaria en el sentido que debe restringirse la utilización de presunciones legales determinativas de la base imponible y las que tengan carácter sancionador deben admitir siempre prueba en contrario²⁰⁹.

Sobre la necesidad de la codificación —al menos de la parte general— del derecho tributario, evidentemente constituye un instrumento para la certeza en el conocimiento de esta disciplina jurídica.

Por último, respecto a la seguridad jurídica en la aplicación del tributo, debemos referirnos a la interpretación de la norma tributaria²¹⁰. En esta materia, debe desestimarse

²⁰⁸ Así, en derecho constitucional, tenemos los conceptos de bien común, interés social, justa indemnización, interés nacional y emergencia económica. En derecho administrativo, el ampliamente conocido interés público. En otras especialidades jurídicas, tenemos, por ejemplo, buena fe, buen padre de familia, consumidor razonable, etc. Es el caso del concepto de capacidad contributiva. No son discrecionales, puesto que obedecen estrictamente a criterios técnico-jurídicos con un solo significado correcto. En consecuencia, su aplicación por el poder público está sujeta a control y revisión judicial en el caso concreto. Es inevitable su utilización en el mundo del derecho, aun en la tipicidad de infracciones.

²⁰⁹ Como señala Casás, se debería «revisar la legislación tributaria de los países suprimiendo muchas de las presunciones legales existentes que, en los hechos, se han convertido en ficciones irrazonables que contravienen la seguridad jurídica en punto a la exigencia de una imposición justa que reconozca como sustento la efectiva capacidad contributiva del obligado» (2002, p. 108).

²¹⁰ Chiri Gutiérrez & Olano Silva (2006, p. 356) sostienen desde un enfoque crítico al principio de seguridad jurídica que: «Para quienes siguen este enfoque, lo fundamental en el análisis constitucional de las normas tributarias, es la certeza de la “univocidad de resultados”, en procura de que el comportamiento de los aplicadores del derecho siga una regla objetiva fijada legalmente, regla que en tanto condiciona los resultados de la aplicación de la norma, limitará la actuación tanto de la administración como de los Tribunales».

los criterios apriorísticos de interpretación tanto a favor del fisco (*indubio pro fisco*) como a favor del contribuyente²¹¹.

4. LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA

La parte final del artículo 74 de la Constitución de 1993 establece que no surten efectos las normas dictadas en transgresión a los límites a la potestad tributaria del Estado fijados por ese mismo artículo. Esta disposición no está exenta de problemas de interpretación y de aplicación.

Cabe precisar que, si la ley reúne los requisitos formales de aprobación parlamentaria, promulgación y publicación, entonces la norma adquiere existencia y goza de un carácter positivo en el mundo jurídico. En aplicación del principio de presunción de validez de la ley, si esta contraviniese el artículo 74 de la Norma Suprema, seguirá desplegando efectos jurídicos hasta que se declare su inconstitucionalidad por sentencia firme en un proceso constitucional, ya sea de acción de inconstitucionalidad o de acción popular, según sea el caso.

La vigencia positiva de la norma legal determina que pueda tener vigor jurídico y ser a su vez contraria a la Norma Suprema. En otras palabras, es vigente en la medida que pertenece al sistema normativo, aunque constitucionalmente es inválida (Díez-Picazo, 1990, p. 165).

En nuestro sistema jurídico, el conocimiento del proceso de inconstitucionalidad es competencia del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución. La regla general es que las sentencias del Tribunal que declaren la inconstitucionalidad de una norma —en todo o en parte— no tienen efectos retroactivos, conforme al artículo 204 de la Constitución.

Con relación a la acción popular, cuyo conocimiento es competencia del Poder Judicial, la Carta Fundamental no precisa específicamente los efectos en el tiempo de la sentencia, remitiendo el artículo 200 de la Norma Suprema a la ley orgánica

²¹¹ Tal como lo precisaron las II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en México en 1958 (citado por Casás, 2002, p. 119). Con respecto a la interpretación de la norma tributaria, cabe señalar el criterio doctrinario de la interpretación económica, sustentado por Jarach, quien sostiene que: «La autonomía dogmática del derecho impositivo tiene por consecuencia que el impuesto debe ser aplicado a la relación económica prescindiendo de las formas jurídicas, toda vez que estas sean inadecuadas para aquella, exista o no la intención de evadir el impuesto y sea este criterio favorable al Fisco o al Contribuyente» (1985, citado por Mazz, 2006, p. 224). Se trata de un criterio muy opinable que puede entrar en conflicto con la seguridad jurídica: se afirma que encuentra su justificación técnica en la especial característica del derecho tributario, pues trata de captar la capacidad contributiva del individuo donde se encuentra y combate la evasión.

reguladora del ejercicio de las acciones de garantía determinar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas; es decir, al Código Procesal Constitucional.

Por consiguiente, la disposición contenida en la parte final del artículo 74 de la Constitución, que declara que no surten efectos las normas tributarias dictadas en violación a los principios que desarrolla ese mismo artículo, está estableciendo una excepción a la regla general de la declaración de inconstitucionalidad conforme a la cual, en nuestro sistema jurídico, las declaraciones de inconstitucionalidad surten efectos *ex nunc* o solo para el futuro.

En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de las normas tributarias trasgresoras del artículo 74 de la Norma Suprema debería tener valor de nulidad o efectos *ex tunc*, desde la entrada en vigor de la norma tributaria inconstitucional.

El único título que constitucionalmente justifica el tributo es la ley. En consecuencia, los efectos tributarios ya producidos de una ley nula no constituyen tributo, no son exigibles al contribuyente y deberían ser plenamente revisables con arreglo a la normatividad tributaria. Como afirma Ruiz Zapatero, los efectos tributarios ya producidos de una ley nula no constituyen tributo, dado que el único título que constitucionalmente justifica es la ley (2006, p. 150).

El artículo 81 del Código Procesal Constitucional establece que, cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Prevé asimismo que resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia. Con relación a las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular, dispone que estas podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, las sentencias determinarán sus alcances en el tiempo y tienen efectos generales.

El Supremo Tribunal, al decidir si la sentencia que declare la inconstitucionalidad en todo o en parte de una norma tributaria tiene efectos retroactivos o hacia futuro, según el caso, deberá tener en cuenta el marco jurídico de los principios y valores superiores que la Constitución contempla en su techo ideológico. Asimismo, como señala Sagüés, el Tribunal Constitucional deberá efectuar una interpretación previosa y no temeraria, auscultando las consecuencias y resultados en la sociedad de su interpretación al fijar los efectos en el tiempo de la sentencia (1991, pp. 150-151).

En la STC 009-2001-AI/TC, el Supremo Tribunal ejerció la atribución de modular los efectos en el tiempo de su sentencia que se pronunció y declaró la inconstitucionalidad de dos artículos de la ley 27153. Esta decisión, a su vez, fue cuestionada por violación al principio de irretroactividad de las normas, lo que dio

lugar a que el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. 4227-2005-PA/TC (caso Royal Gaming S.A.C.), declare en el fundamento 10 que:

Asimismo, importa señalar que, de acuerdo al artículo 204 de la Constitución, la norma declarada inconstitucional queda sin efecto a partir del día siguiente de su publicación, permitiéndose la declaratoria con efecto retroactivo, en concordancia con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 74° de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional se *encuentra habilitado para modular los efectos de sus sentencias en el tiempo, conforme los dispuso en la STC 009-2001-AI/TC, de manera que carece de sustento el cuestionamiento hecho por la recurrente respecto al ejercicio de tal facultad* (cursiva agregada).

Un criterio distinto asumió el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 0041-2004-AI/TC. Así, determinó que la sentencia surtía sus efectos a partir del día siguiente de su publicación y, en consecuencia, no facultaba la devolución o compensación de los pagos realizados por los contribuyentes en aplicación de las ordenanzas declaradas inconstitucionales. Sin perjuicio de ello, dispuso que la entidad demandada se abstenga de iniciar o continuar el cobro de los arbitrios relacionados con las ordenanzas municipales declaradas inconstitucionales.

Asimismo, en la STC Exp. 0053-2004-PI/TC, con motivo del control de la constitucionalidad de diversas ordenanzas sobre arbitrios establecidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores, el Tribunal Constitucional dejó establecido que no se otorgaría retroactividad a los efectos de su sentencia.

Cabe señalar que, en la jurisprudencia estadounidense, desde la sentencia dictada en el caso Bacchus (1984) en materia de leyes tributarias inconstitucionales, se reconoció la obligación constitucional derivada del principio del debido proceso de proporcionar una reparación adecuada por la exigencia de tributos inconstitucionales (citado por Ruiz Zapatero, 2006, p. 151).

Por otra parte, la declaración de nulidad de una norma tributaria debería permitir, en principio, con los límites de los plazos de la prescripción, revisar cualquier procedimiento administrativo en los que la norma haya sido aplicada, los procesos en los que dicha norma haya sido asimismo aplicada todavía no concluidos mediante sentencia firme e incluso cualquier proceso penal o contencioso administrativo, hasta los ya concluidos con sentencia firme, siempre que la nulidad de la norma tributaria declarada por el Supremo Tribunal como inconstitucional genere como consecuencia una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad penal o administrativa en su caso apreciada (Sánchez Serrano, 1997, p. 558).

CAPÍTULO 22

EL RÉGIMEN DE LA HACIENDA PÚBLICA

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Como señalamos en el capítulo 21, el régimen hacendístico y presupuestario integra la Constitución financiera, expresión que proviene de la doctrina alemana (*Finanzverfassung*) y está conformada por toda la regulación constitucional de la actividad recaudatoria y erogatoria del Estado por razones y fines que se derivan de su propia organización constitucional (Corti, 2011, pp. 1-2). En este capítulo, desarrollaremos los principios rectores en materia presupuestaria y del crédito y la deuda pública.

Una de las funciones de control sobre el Poder Ejecutivo por parte de los parlamentos democráticos es su participación protagónica en el proceso de creación de los instrumentos rectores de política económica. En ese orden de ideas, al Parlamento no solo le compete establecer los tributos necesarios para el financiamiento del gasto público, sino también definir la magnitud y condiciones de los rubros específicos de gasto, así como la evaluación de la exactitud de las erogaciones realizadas y su eficiencia para el cumplimiento de fines específicos. Sin embargo, es preciso anotar que la complejidad y tamaño que ha adquirido la administración económica y financiera del Estado ha traído como consecuencia que el rol del Poder Ejecutivo sea cada vez más preeminente.

En esa dirección, la función presupuestal del Parlamento es de naturaleza ambivalente: es, al mismo tiempo, un acto de legislación, por su producción de normas que orientan y dimensionan las políticas públicas; y un acto de control, en la medida en la que acota el poder que ostentan otros órganos del Estado —en particular del Ejecutivo— al definir su ámbito material de actuación (Padilla, Nolasco & Gil, 2002, p. 2).

El derecho presupuestario, desde sus orígenes, en la sociedad estamental de la Edad Media y el primer constitucionalismo inglés (*no taxation without representation*), ha constituido el fundamento de los derechos de representación popular (Rodríguez Bereijo, 2010, p. 267). Al ser un acto de control, se habla del presupuesto como una criatura de la democracia porque, si hay un derecho que surge con el desarrollo de aquella en el siglo XIX en América Latina, es el derecho presupuestario que es una institución eminentemente democrática desde su origen (Palacio Rudas, 1996, p. 285). Así, en nuestro ordenamiento, fue en el régimen del mariscal Ramón Castilla que el Congreso aprobó el primer presupuesto para el bienio 1848-1849.

Como es fácil de apreciar, los fines de la política económica de los Estados pueden ser muy variados: la eficiente asignación de los recursos, la estabilidad de los precios, la redistribución del ingreso, la generación del empleo, el crecimiento económico, la promoción de la calidad de vida, etc. El presupuesto es un instrumento central a través del cual se cumple una parte de los objetivos de la política económica, fundamentalmente los relacionados a la asignación y distribución de recursos y la estabilización fiscal (Pretei, 1997, p. 17).

Con la finalidad de tutelar la vigencia y efectividad de los derechos sociales fundamentales, debe asumirse el «vínculo presupuestario» con estos derechos, siguiendo a Ferrajoli, quien sostiene la obligación de los gobiernos de destinar cuotas mínimas del gasto público a su satisfacción, en particular el derecho a la salud y a la educación (2014, p. 206).

En la jurisprudencia constitucional peruana, se debe destacar la STC Exp. 2945-2003-AA/TC, en el caso Azanca Alhelí Meza García, que considera a la ejecución presupuestal en materia de derechos sociales, económicos y culturales como inversión estatal en políticas públicas.

35. Al respecto, este tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, *pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia como el caso de autos.*

Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos.

[...]

43. Es importante que, a colación en el presente caso, el Tribunal deje sentada su posición respecto de la ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran y, en ese sentido, considera que es responsabilidad del Estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes.

44. Es importante que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país

45. La inversión social en casos como el de autos no se restringe a la atención de la persona ya infectada con el VIH-sida, buscando paliar los efectos de la enfermedad, de modo tal que dicho individuo continúe aportando socialmente a través de sus capacidades, sino que se debe contar con un enfoque mayor en la etapa de prevención de la enfermedad, mediante programas de educación sexual e información pública sobre las consecuencias que genera la enfermedad tanto en la persona como en la sociedad.

STC Exp. 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García

En el ámbito político, se genera una fuerte demanda para que haya una correspondencia más clara entre los programas que los gobiernos implementan y las expectativas de los electores, al tiempo que se plantea el problema de cómo tratar a los grupos de presión y atender a las demandas de los grupos organizados de la sociedad civil. En el procesamiento de estas disputas, es fundamental el diseño del marco institucional.

Así, el derecho constitucional define este marco institucional en el cual es una piedra angular la división y equilibrio de poderes y se asigna un rol fundamental al control político del Poder Ejecutivo por el Parlamento.

En el proceso de control de ingresos-gastos del Estado, se requiere políticas públicas —en su sentido más lato— tendentes a la consecución de objetivos de eficacia, eficiencia y legitimidad política que fortalezcan a la institución parlamentaria (Padilla, Nolasco & Gil, 2002, p. 1).

En esa dirección, la constitucionalización de los principios presupuestarios no solo sirve para ejercer el control político del Congreso sobre el Poder Ejecutivo, sino que habilita a la jurisdicción constitucional para revisar y pronunciarse sobre el cumplimiento de la Norma Suprema por parte del Congreso y de las autoridades de la hacienda pública, sin perjuicio del control de la ejecución presupuestaria por la Contraloría General de la República (Morón, 1999, p. 159).

En esta parte introductoria, nos referiremos a la naturaleza jurídica del presupuesto. Históricamente, se sostuvo que la Ley de Presupuesto era una ley en sentido

formal (solo con forma de ley), un simple instrumento para aprobar un presupuesto diseñado como un acto administrativo propio del Poder Ejecutivo. Es la tesis del jurista alemán Paul Laband, construida a raíz del conflicto constitucional en el Estado prusiano (1862-1866) que enfrentó al Parlamento con el rey y su gobierno con motivo de la aprobación del presupuesto (Rodríguez Bereijo, 1992, p. 266 ss.).

Sáinz de Bujanda negaba que el presupuesto haya sido una ley en sentido material, «porque ni en el estado de ingresos ni en el estado de gastos tienen cabida normas jurídicas; tampoco puede considerarse como acto administrativo, porque la ordenación del ciclo de gastos e ingresos no constituye una actividad gestora, sino una manifestación de soberanía del Estado» (1955, p. 327).

Martínez Lago afirma que la ley presupuestaria es plena, a la vez que singular, porque su diseño constitucional se ha operado con importantes especificaciones (2010, II, p. 777). En esa dirección, sostenemos que, en el ordenamiento constitucional peruano, la Ley de Presupuesto es plena y no un acto administrativo del Congreso o una directiva para los funcionarios públicos.

En nuestro sistema jurídico, el presupuesto es una materia intrínsecamente parlamentaria. Así, los artículos 101 y 104 de la Constitución peruana de 1993 establecen que la Ley de Presupuesto es una materia indelegable del Congreso, ya sea a la Comisión Permanente o al Poder Ejecutivo, por cuanto la autorización de gasto público es una función esencial del control parlamentario.

El presupuesto está integrado dentro de un sistema normativo de desarrollo constitucional conformado por el decreto legislativo 1436 (marco de administración financiera del sector público) y el decreto legislativo 1440 (del Sistema Nacional de Presupuesto Público). Así, estos decretos corresponden a leyes de desarrollo constitucional de la administración financiera del Estado. Esta distinción conceptual implica una ordenación jerárquica entre ambos tipos de leyes; pues, si no se exigiera que las leyes presupuestales anuales sean acordes con las reglas generales de desarrollo constitucional, la diferencia entre unas y otras sería irrelevante jurídicamente.

A nuestro juicio, la regulación del proceso presupuestario debe ser materia propia de una ley orgánica, teniendo en consideración que el artículo 106 de la Norma Suprema prevé que, mediante leyes orgánicas, se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado, previstas en la Constitución²¹². En esa dirección, el funcionamiento de dichas entidades está vinculado directamente con las normas de ejecución presupuestaria.

²¹² Así fue la ley 4598 del 23 de diciembre de 1922, durante el régimen de Leguía (1919-1930), denominada «Ley Orgánica de Presupuesto» y derogada en 1964 por la ley 14816 (Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República), complementada por la ley 16360.

Es por ello que la Norma Suprema debería haber incluido una norma expresa —como el artículo 349 de la Constitución colombiana de 1991— que obligue al órgano parlamentario a aprobar la Ley Anual de Presupuesto de acuerdo a los lineamientos normativos de la ley orgánica presupuestaria²¹³. En ese sentido, la ley orgánica y la Norma Suprema conformarían un bloque de constitucionalidad, de tal modo que la trasgresión de la ley orgánica implica, como consecuencia, una trasgresión a la Constitución. De esta manera, al analizar los principios informadores del régimen presupuestario, debemos referirnos tanto a aquellos contenidos en las disposiciones de la Constitución financiera como en las precitadas leyes de desarrollo constitucional.

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL ESTADO

Artículo 77. La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas.

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

Artículo 78. El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.

En la misma fecha, envía también los proyectos de ley de endeudamiento y de equilibrio financiero.

El proyecto de presupuesto debe estar efectivamente equilibrado.

Los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal.

No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente.

No puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública.

Artículo 79. Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

²¹³ Como señala la jurisprudencia constitucional colombiana: «La Constitución le atribuye a la ley orgánica del presupuesto, por su propia naturaleza la categoría de norma superior jerárquica, de naturaleza ordenadora, casi constitucional, según expresión de algunos constituyentes, y con la virtud de imponer limitaciones a la facultad legislativa ordinaria en materia presupuestal» (sentencia de la Corte Constitucional 206, junio 2/9; citada por Ballén, 1995, p. 492).

El Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo.

En cualquier otro caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas.

Solo 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 80. El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso de la República, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector; previamente sustentan los resultados y metas de la ejecución del presupuesto del año anterior y los avances en la ejecución del presupuesto del año fiscal correspondiente. El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.

Si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre, entra en vigencia el proyecto de este, que es promulgado por decreto legislativo.

Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso de la República tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario, se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros.

2.1. El principio de legalidad presupuestaria

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

El presupuesto, desde el punto de vista jurídico, constituye un acto de autorización de gastos, en cuanto limita jurídicamente la ejecución en un triple sentido: cuantitativo, temporal y cualitativo. En ese sentido, desde la perspectiva de los ingresos, el presupuesto consistiría en una mera previsión; con relación a los gastos, contiene una verdadera autorización capaz de generar efectos jurídicos que limita la exigibilidad e incluso la validez de las obligaciones del Estado para con terceros²¹⁴.

²¹⁴ En consecuencia, surge toda una problemática jurídica respecto a los efectos en torno a los contratos estatales celebrados cuando falta crédito o consignación presupuestaria previa. Sobre el particular,

El principio de legalidad presupuestaria implica, para el gasto público, dos efectos principales: sirve de fuente de gasto y como condición para su regularidad. En consecuencia, son nulos los actos administrativos que inobserven las prohibiciones legales de la ley de presupuesto.

Así, este principio es un factor determinante para la eficacia de los actos y contratos de la Administración, de modo que devienen nulos los actos administrativos cuyo importe exceda las autorizaciones presupuestarias (Morón, 1999, p. 173)²¹⁵. En esa dirección, en derecho administrativo, Baca Oneto señala que la falta de consignación presupuestaria constituye una causa de nulidad referida al momento de la adjudicación del contrato público (2001, p. 239).

Cabe señalar que, en el ámbito financiero —y específicamente en el presupuestario—, debe considerarse a la constitucionalidad el componente más importante de la «legalidad», entendida esta última en su más amplio sentido (Sánchez Serrano, 1997, p. 262). Mejor aún, asumimos el principio de legalidad como principio de juridicidad.

En ese sentido, el principio de legalidad ha sido interpretado por el Supremo Tribunal en unidad y concordancia práctica con el principio de progresividad, en el fundamento 35 de la citada STC Exp. 2945-2003-AA/TC.

Una de las consecuencias prácticas de la aplicación del principio de legalidad presupuestaria ha sido que la Administración Pública sostenga un exorbitante privilegio

en un trabajo basado en una exhaustiva revisión de la doctrina española, el destacado administrativista Víctor Baca Oneto sostiene: «No parece plantear ninguna duda el hecho de que no existirá consignación presupuestaria cuando no se haya previsto en el Presupuesto una cantidad de dinero suficiente como para cubrir el importe del contrato que ha pretendido celebrar la Administración, lo que se conoce como límite cuantitativo, expresión del principio de preclusión presupuestaria. Sin embargo, esto no basta, pues ha de interpretarse en relación con el llamado límite cualitativo, consecuencia del principio de especialidad presupuestaria, según el cual el Presupuesto no prevé los gastos únicamente con carácter genérico, atribuyéndole una total libertad de asignación a la Administración, sino que establece en qué debe gastar y en qué proporción. Por tanto, no existirá consignación presupuestaria cuando se haya excedido del monto previsto en la partida específica, aun cuando existan sobrantes en otras partidas. Por último, el tercer límite que ha de tenerse en cuenta al momento de determinar si existe consignación presupuestaria es el carácter temporal del Presupuesto, pues este ha de ser aprobado anualmente. En consecuencia, solo existirá consignación presupuestaria cuando los gastos hayan sido previstos en el Presupuesto del ejercicio en que se contraen» (2001, p. 200).

²¹⁵ Sin embargo, hay que matizar esta afirmación, como lo hace Baca Oneto (2001, pp. 238-239), quien sostiene que, de acuerdo al artículo 34 de la entonces vigente Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, únicamente son nulos los compromisos presupuestarios de gasto (realizados como consecuencia de una obligación válida) sin consignación presupuestaria y no así las obligaciones administrativas que los generaron. Empero, en materia de contratación pública, el mismo autor concluye del análisis del artículo 11 de la entonces vigente ley 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), que los contratos públicos adjudicados sin previa asignación presupuestaria son inválidos.

de inembargabilidad de los bienes del Estado (*privilegium fisci*)²¹⁶. El fundamento que se invoca es que todo gasto público, por muy obligado que sea, ha de sujetarse al marco legal presupuestario²¹⁷.

En la jurisprudencia constitucional peruana, marcó una nueva dirección en esta materia la STC Exp. 006-1996-AI/TC, correspondiente a la acción de inconstitucionalidad contra la ley 26559, que modificó el artículo 648 del Código Procesal Civil e incluye, dentro del privilegio de la inembargabilidad, a los bienes del Estado. El supremo intérprete de la Constitución, al amparar los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, declaró que: «¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia? No sería un debido proceso, pues sería inconcluso hasta que sea atendida con la partida nuevamente presupuestada del sector al que corresponde el organismo estatal enjuiciado. De ser así, sería una sentencia meramente declarativa; pero paradójicamente si se podría ejecutar de inmediato, de ser el caso, si se tratase de un litigante común corriente el vencido». De este modo, el Supremo Tribunal corrigió una verdadera injusticia, una violación al principio de igualdad de tratamiento y una negación del derecho a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, a partir de esta jurisprudencia constitucional, se precisó que solo los bienes de dominio público son inembargables, debiendo acatar el Estado

²¹⁶ Cabe citar, en la jurisprudencia constitucional española, la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1988, del 15 de julio, que constituye el primer enjuiciamiento directo del privilegio administrativo de inembargabilidad (*privilegium fisci*) por parte del Tribunal Constitucional español. Ballesteros Bofia (2000, p. 363) distingue dos partes en la sentencia: una en la que se ratifica la anterior doctrina de constitucionalidad del privilegio y la anterior doctrina de constitucionalidad del privilegio; y otra en la que se excepciona de la misma aquellos supuestos referidos a bienes desvinculados de facto de finalidades públicas. Así, en su fundamento jurídico duodécimo, declara que «la inembargabilidad establecida en el art. 154,2 de la Ley de Haciendas locales, en la medida que se extiende a los bienes en general de la Hacienda local y comprende los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público, no puede considerarse razonable desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que el art. 24.1 de la Constitución reconoce y garantiza. Pues no está justificada en atención al principio de eficacia de la Administración Pública ni con base en el de la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Ni tampoco puede considerarse proporcionada en atención a la generalidad con que se ha configurado este obstáculo o limitación al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, excediendo notoriamente las finalidades que la justifican».

²¹⁷ Morón conceptúa el principio de legalidad presupuestaria en los siguientes términos: «De lo expuesto tenemos un doble cariz de la legalidad presupuestaria, ya que para los ingresos se trata de una legalidad que exige que los entes recaudadores organicen sus actividades hacia ese objetivo anual: obtener aquello que ha sido autorizado y que es necesario para que el Estado alcance las metas previstas [...] Por el lado de los egresos, esta legalidad se torna meramente habilitante de gastos dentro de cuyos límites puede actuar el Poder Administrador, según el plan presentado o reducido sobre la base de economías internas. Las autoridades administrativas pueden apreciar objetivamente la necesidad y conveniencia de efectuar un gasto ya autorizado, mas no es un compromiso para efectuarlo indefectiblemente. Siendo el presupuesto un límite para la acción de los Poderes Públicos, el Ejecutivo no puede sobrepasarlo, pero sí reducirlo. Es la naturaleza autorizante del presupuesto» (1999, p. 172).

las resoluciones judiciales firmes de contenido patrimonial, teniendo a su disposición el Poder Judicial los medios procesales para poder ejecutar la sentencia, de modo que se evite la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, que es un principio y derecho amparado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La tensión entre el principio de legalidad presupuestaria y la ejecución de las sentencias judiciales ha dado lugar a jurisprudencia constitucional de protección al derecho de tutela judicial efectiva en España (STC 32/1982):

Es preciso reconocer que esta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del artículo 24.1 de la Constitución. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los tribunales de justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.

2.2. El principio de anualidad

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

Históricamente, la noción de presupuesto y su carácter anual tuvo su origen en Inglaterra en 1689, como consecuencia de la denominada «Revolución Gloriosa» del año anterior (Casás, 2001, I, p. 602).

En nuestro régimen presupuestario, el párrafo 11 del numeral 2.1 del artículo 2 del decreto legislativo 1440 prevé que la Ley de Presupuesto tiene vigencia anual y coincide con el año calendario. Asimismo, establece que durante dicho periodo se afectan los ingresos que se recaudan o perciban dentro del año fiscal, cualquiera sea la fecha en los que se hayan generado, y se realizan las gestiones orientadas a la ejecución del gasto con cargo a los respectivos créditos presupuestarios durante el año fiscal.

El periodo presupuestal varía según las legislaciones nacionales. Así, Perú, España, Suecia y muchos países inician su año fiscal el 1 de enero; en Estados Unidos, se inicia el 1 de octubre; en Reino Unido y Canadá, empieza el 1 de abril; mientras que en Australia y Nueva Zelanda tiene como fecha de arranque el 1 de julio (Pretei, 1997, p. 381).

La temporalidad anual del presupuesto tiene como fin macroeconómico contar con un claro ordenamiento temporal para la ejecución presupuestaria que permita determinar concretamente la previsibilidad y limitación temporal del otorgamiento de la autorización financiera, vencida la cual se impida al funcionario responsable continuar con el proceso de captación o de ejecución financiera, con cargo a dicha habilitación (Morón, 1999, p. 163).

Sin perjuicio de ello, los países desarrollados incluyen en sus presupuestos marcos macroeconómicos multianuales como proyecciones que van de tres a cinco años. Estas proyecciones obedecen a exigencias legales o, en otros casos, a la práctica, normalmente de carácter indicativo²¹⁸.

Cabe señalar que el principal efecto jurídico del principio de anualidad presupuestaria es el cese inmediato de su vigencia sin necesidad de derogatoria formal expresa (Morón, 1999, p. 163)²¹⁹. Sobre el particular, ahondaremos al analizar el principio de exclusividad presupuestaria con relación a la inclusión en la Ley de Presupuesto de normas ajenas a la materia estrictamente presupuestaria y a su vigencia temporal.

2.3. El principio de competencia

Como destacó Pedro Planas, un problema central sobre la naturaleza de la Ley de Presupuesto es determinar si su aprobación por el Congreso es «una simple pila bautismal del proyecto presentado por el Ejecutivo o si la determinación y autorización de los ingresos y gastos constituyen facetas de un mismo acto, facetas inherentes a una decisión política sustantiva que debe adoptar el Congreso en función del proyecto remitido» (1998a, p. XXIII).

Sobre el particular, coincidimos con la doctrina que sostiene que se trata de un ejercicio de coparticipación del poder; es decir, de necesaria e indefectible colaboración e intervención de ambos órganos del Estado (Escribano, 1997, pp. 103-123).

²¹⁸ Sobre los marcos macroeconómicos multianuales en los países desarrollados, Pretei señala que estos países «les dan gran importancia y han logrado un grado satisfactorio de precisión, continúan haciendo esfuerzos por mejorarlas. La mayoría utiliza estimaciones propias. Canadá, en cambio, descansa en un promedio de proyecciones hechas por distintas instituciones o grupos de estudio del sector privado dentro del sector privado. En el Reino Unido, las proyecciones y el pronóstico de la economía son sometidos al examen de un panel de expertos que actúan como evaluadores independientes. En Australia se incluye en el presupuesto un ejercicio de conciliación entre proyecciones del ejercicio anterior y datos observados con una explicación sobre el origen de las diferencias» (1997, p. 211).

²¹⁹ Morón cita, respecto a la importancia del principio de anualidad, una ejecutoria de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, con motivo de una norma incluida en la Ley de Presupuesto de 1996 que disponía efectuar el pago del aguinaldo de 1995 gasto con cargo a las partidas de gasto del año fiscal de 1996. La Sala declaró a la norma en cuestión como violatoria del principio de anualidad presupuestaria (Sentencia 7598-94).

En la dinámica entre estos órganos constitucionales en el proceso presupuestario, se distinguen cuatro fases: dos —aprobación y control— son de competencia del Parlamento; y otras dos —elaboración y ejecución— son de competencia del Poder Ejecutivo (García Belaunde Saldías, 1998, p. 158).

Así, conforme al inciso 4 del artículo 102 de la Constitución, es atribución del Congreso aprobar el presupuesto y la cuenta general; mientras que, como contrapartida, se prevé, en el inciso 17 del artículo 118, que es atribución del presidente de la República la administración de la hacienda pública. Cabe citar al Tribunal Constitucional, que afirma que la Ley de Presupuesto «es la fuente esencial que orienta la política económica del Poder Ejecutivo, durante su periodo de vigencia, constituyendo en tal sentido, una ley de *indirizzo político*» (STC Exp. 0007-2012-PI/TC, fundamento 25). La rectoría en materia hacendística está a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a su ley orgánica.

El artículo 102 de la Constitución Política del Perú establece, como atribución del Congreso de la República, la aprobación del presupuesto y la cuenta general, como instrumento de control de parte del Poder Legislativo que es característico de los parlamentos en el sistema republicano de balance de poderes.

En la historia peruana, se debe destacar el conflicto entre el presidente Guillermo Billinghurst (1912-1914) —que encabezó un breve régimen populista y democratizador— y el Congreso, dominado por la oligarquía civilista, que no aprobó el Proyecto de Ley de Presupuesto para 1914 propuesto por el Ejecutivo. Así, por decreto del 29 de diciembre de 1913, el Poder Ejecutivo puso en vigencia su proyecto²²⁰. Esa confrontación —que casi desencadena una guerra civil— culminó con el golpe de estado del 15 de mayo de 1914, dirigido por el coronel Oscar R. Benavides.

En nuestro ordenamiento jurídico, la iniciativa legislativa para los proyectos de ley en materia presupuestal corresponde al Poder Ejecutivo, como lo establece el artículo 76 del Reglamento del Congreso, que goza de rango de ley orgánica (STC Exp. 022-2004-AI/TC, fundamento jurídico 23) y que regula los requisitos de las proposiciones de ley.

²²⁰ Según Basadre: «La última sesión en la que se trató el Presupuesto fue la del 23 de setiembre y la legislatura fue clausurada el 25 de octubre. Asombra que el presidente de la República no hiciera gestión alguna durante este periodo de un mes. Hubo gran desorden entonces en la labor del Parlamento con predominio como se ha dicho ya, de asuntos de interés local y particular. Billinghurst se negó a convocar la legislatura extraordinaria, ni aun con la finalidad exclusiva de sancionar el Presupuesto para 1914» (1999, XI, p. 2716).

Para solucionar la crisis, Billinghurst propuso catorce reformas constitucionales entre ellas: la supresión de la iniciativa parlamentaria en los gastos públicos con el fin de que se limitase el Congreso a aprobar, desaprobado o modificar las partidas presupuestarias; y la prórroga automática de la legislatura si el Congreso no aprobara en octubre la Ley de Presupuesto (p. 2718).

Morón sostiene que en nuestro ordenamiento constitucional, basado en la democracia representativa, corresponde a la ciudadanía, a través de sus representantes electos —y no directamente—, conferir carácter legal a las acciones de recaudación de ingresos y de aplicación de recursos públicos, así como asumir la vigilancia, control y aprobación final de las operaciones autorizadas (1999, p. 169)²²¹.

En este sentido, es el Congreso, de acuerdo a nuestra Norma Suprema —en sus artículos 56, inciso 4; 77; 79; 80; 81 y 102, inciso 4—, el órgano constitucionalmente habilitado para aprobar la Ley de Presupuesto, sus modificaciones, la cuenta general y las obligaciones financieras que se encuentran acordadas en tratados internacionales.

En la doctrina, la modificación de la Ley de Presupuesto solo es viable en supuestos excepcionales, cuando se trate de un gasto inaplazable derivado de una circunstancia sobrevenida y es competencia parlamentaria (Moreno Fernández, 2010, I, p. 302).

Así, el artículo 80 de la Carta Fundamental establece que los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario, se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de miembros.

La función presupuestaria del Congreso no es delegable en la Comisión Permanente ni en el Poder Ejecutivo, conforme a los artículos 101, inciso 4, y 104 de la Norma Suprema. La única excepción es que el presupuesto no se apruebe dentro del plazo constitucional. En ese supuesto, si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el 30 de noviembre, entra en vigencia el proyecto de este, que es promulgado por decreto legislativo, conforme al artículo 80 de la Norma Suprema.

Morón afirma que se trata de un control interórganos; pues, como contrapartida, se establece una interdicción a los congresistas en materia de iniciativa de gasto: es una excepción a la iniciativa legislativa que gozan los parlamentarios, prevista en el artículo 79 de la Constitución, conforme a la cual se encuentran inhabilitados para

²²¹ Para sustentar su punto de vista, que niega la participación popular en el proceso presupuestario, se basa en el último párrafo del artículo 32 de la Norma Suprema, que establece que no pueden someterse a referéndum las normas tributarias ni las de carácter presupuestal, reservándose solo el derecho de demandar rendición de cuentas, conforme al artículo 31. A la luz de la teoría del *Public Choice*, el impedimento para someter a referéndum las normas de carácter presupuestal es contrario al consenso constitucional que plantea. En ese orden de ideas, Siegan señala: «En los Estados Unidos se han emprendido serios esfuerzos durante muchos años para limitar los impuestos a nivel de los estados. Probablemente el esfuerzo más serio fue el de los electores de Oklahoma en 1992, pidiendo que la aprobación de las medidas tributarias requiriera el voto de las tres cuartas partes de cada cámara legislativa. De otra manera, estas deberían someterse a la aprobación pública de los votantes» (1993, p. 84). Por otra parte, se debe destacar, a nivel municipal, la experiencia del presupuesto participativo que garantiza la participación popular en la distribución de recursos y delineamiento de prioridades de inversión (cfr. Sousa Santos, 2010, II, pp. 959-992).

proponer la generación de un nuevo egreso presupuestal no previsto o el incremento en un monto menor (1999, p. 169)²²².

La iniciativa parlamentaria de gasto es fuertemente criticada en la doctrina nacional, salvo Planas (1998a, p. XXII) y Villarán²²³. Con la Constitución de 1979, se aprobó esta interdicción a la iniciativa parlamentaria de gasto, aun cuando se refiere, en el texto de la Norma Suprema, a los congresistas, pero no así al Congreso. Sin embargo, se sostiene que a partir de ese texto fundamental la iniciativa de gasto solo puede surgir del Poder Ejecutivo, limitando al Congreso a poder rechazar, modificar la estructura de gasto o de su financiamiento dentro del proyecto global o disminuir el proyecto de presupuesto, pero nunca incrementarlo (Morón, 1999, p. 171).

El fundamento de esta división de funciones presupuestarias es el principio constitucional de separación de poderes y es una institución fundamental de la forma republicana de gobierno²²⁴. De esta forma lo asume el Tribunal Constitucional del Perú en el fundamento 6 de la STC Exp. 0004-2004-CC, pronunciada el 31 de diciembre de 2004 (caso Poder Judicial), citando al administrativista argentino Dromi:

6. Al respecto, José Roberto Dromi [Constitución, Gobierno y Control: En Presupuesto y cuenta de inversión, instrumentos de gobierno y control. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 200] expresa que: «el presupuesto es una manifestación más de control jurídico-político del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo. Como corolario del sometimiento de la actividad financiera del Estado al imperio

²²² Esta interdicción tiene como antecedente, en el derecho comparado, al artículo 40 de la Constitución de la V República francesa (1958), que prevé que: «Las propuestas y enmiendas formuladas por los miembros del Parlamento no serán admisibles cuando su adopción tenga por consecuencia, bien una disminución de recursos públicos, bien la creación o el aumento de una carga pública».

²²³ En esa misma dirección, Manuel Vicente Villarán, en el texto que inspiró parcialmente la Constitución de 1933, *Anteproyecto de Constitución de 1931. Exposición de Motivos y Texto*, dice que: «No es recomendable entre nosotros en esa forma rígida, la limitación de la iniciativa parlamentaria. El proyecto gubernativo puede omitir partidas de gasto que el Congreso considera necesarias o dedicar exceso de dinero a ciertos servicios y demasiado poco a otros. Es verdad que la tendencia de los Congresos es en el sentido de la prodigalidad y el desorden en los gastos; pero chocaría demasiado con nuestros hábitos que el presupuesto fuese, como en la Cámara inglesa, una mera oportunidad para hablar de política y criticar al gobierno» (citado por Morón, 1999, p. 170). En la doctrina, se ha afirmado que la iniciativa parlamentaria de gasto público es demagógica y con fines clientelistas. Así, Roberto Ramírez del Villar sostuvo: «El derecho de iniciativa en los gastos públicos, [...] genera una demagogia de mucha fuerza. El representante que consigue más partidas presupuestarias a favor de su departamento es considerado como más eficiente. Sus posibilidades de reelección aumentan. Por lo tanto, hay que estar lo más cerca posible del Presupuesto para lograrlo y eso se obtiene con facilidad si se es miembro de la Comisión, que a su libre arbitrio, enmienda el proyecto remitido por el Gobierno» (Planas, 1996, p. 236).

²²⁴ El principio de separación de poderes está previsto en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú. El artículo 3, que desarrolla la denominada cláusula de derechos implícitos, menciona a los «principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

de la ley, propio de todo estado de derecho, y como expresión de la Teoría de la separación de poderes». Por su parte, Licciardo Cayetano [La función del presupuesto en el Estado Moderno. Argentina: Departamento de Ciencias Económicas, Jurídicas y Social de la Universidad de Salta, 1980, pág. 103] expone que: «El presupuesto es una institución fundamental para la forma republicana de gobierno, porque nace junto con el derecho del pueblo a saber lo que el gobierno hace».

En el fundamento jurídico 26 de la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional precisa la división de las competencias presupuestarias entre el Poder Ejecutivo y el Congreso:

26. Como puede advertirse, amparado en la colaboración de poderes es que se desarrolla el proceso de elaboración y aprobación de la Ley de Presupuesto. Al respecto, comprobamos que, por un lado, la iniciativa legal corresponde al Poder Ejecutivo y al Ministro de Economía y Finanzas la sustentación ante el pleno del pliego de ingresos del presupuesto; y, por otro, que corresponde al Congreso de la República su aprobación.

Así, las competencias presupuestarias se reparten entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en armonía con el equilibrio de poderes. A mayor abundamiento, la STC Exp. 004-2004-CC, en su fundamento jurídico 9, asume que las competencias presupuestarias son atribuciones excluyentes (Morón, 1999, p. 157).

En la jurisprudencia constitucional española, destaca la STC 3/2003, sobre la importancia de la división de poderes en la técnica presupuestaria:

Así, la conexión esencial entre presupuesto y democracia parlamentaria debe ser destacada como clave para la resolución de este recurso de inconstitucionalidad. El presupuesto es, como hemos visto, la clave del parlamentarismo ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (cortes, parlamentos o asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos.

En la jurisprudencia constitucional colombiana, destaca la C-821/04 de la Corte Constitucional de Colombia, la cual afirma que la división de funciones presupuestarias asigna al Gobierno el ejercicio de la iniciativa legislativa y la sanción de la ley; mientras que, al Congreso, el debate y aprobación de la ley:

Por consiguiente, el constitucionalismo moderno incorpora la prerrogativa del parlamento referida a la aprobación de los impuestos y adiciona, igualmente, dicha anuencia al presupuesto del Estado.

En muchos países, como por ejemplo en Estados Unidos de América, es necesario que el Congreso apruebe el presupuesto; de modo que mientras el Congreso no apruebe el presupuesto, no existe el presupuesto y el Gobierno no puede expedir ningún otro presupuesto, debiendo esperar que el Congreso lo apruebe; así este se demora un largo tiempo en su aprobación. Este sistema tiene la dificultad de que el ejecutivo puede quedarse sin presupuesto para ejecutar y se puede paralizar la Administración Pública.

En términos actuales, dichas instituciones son conocidas como la «*Dictadura Fiscal*» del Parlamento o Congreso.

No obstante lo mencionado, nuestro Estado no adoptó de manera radical la regla general establecida con anterioridad. Por ende, el esquema planteado si bien parte de la base de la regla general —la aprobación del Congreso del presupuesto— permite compartir competencias en materia del presupuesto, entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, el presupuesto general de la Nación lo expediría el Congreso de acuerdo con el proyecto de ley que al respecto formulara el Gobierno Nacional cada año, tal y como en efecto ha venido ocurriendo hasta nuestros días. Quedando igualmente claro que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República concurrirían armónicamente al proceso de formación y expedición de la ley anual de presupuesto en los siguientes términos: el Gobierno, ejerciendo la iniciativa legislativa y sancionado la ley, el Congreso, debatiendo y haciendo la ley.

En la doctrina argentina, Corti asume la coparticipación en el proceso presupuestario, con división de competencias entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo:

Dado que, como veremos y como consecuencia del régimen presidencialista de la Constitución, hay un complejo proceso de creación del presupuesto, de carácter colegislativo y donde participan los poderes Ejecutivo y Legislativo, el dictado de la Ley de Presupuesto es la ocasión de una deliberación pública sobre la política de gobierno que propone el Poder Ejecutivo. La deliberación pública que debe transcurrir en el Poder Legislativo sobre el proyecto de Ley de Presupuesto es (o debe ser), a la vez, un debate sobre el plan de gobierno que le subyace y que expresa los objetivos políticos de la mayoría que se encuentra representada en el Poder Ejecutivo (Corti, 2011, pp. 38-39).

En el derecho comparado, prevalece la opción «ejecutivista». Así, el Parlamento puede cambiar el destino de los fondos, pero no incrementar el monto total (Reino Unido²²⁵,

²²⁵ Pretei (1997, p. 101) señala que en Reino Unido el presupuesto puede ser aprobado o rechazado. El presupuesto de 1995 no fue aprobado conforme a su primera presentación y tres días más tarde el Ejecutivo volvió al Parlamento con una nueva propuesta que sí fue aprobada. Una vez que la ley ha sido

Australia y Nueva Zelanda) o requiere la conformidad del Poder Ejecutivo para modificar el total (España) y en algunos (Estados Unidos y Suecia) puede enmendar su composición y el total²²⁶.

En Chile, el presidente de la República goza de iniciativa exclusiva para proponer el Proyecto de Ley de Presupuesto, conforme al artículo 65.3 de la Constitución de 1980²²⁷. Conforme al artículo 64 de la Constitución, el Congreso no puede aprobar nuevos gastos sin que se indiquen las fuentes de recursos necesarios. Si esta fuente fuere insuficiente, el presidente de la República, al promulgar la ley, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea naturaleza.

La Constitución uruguaya de 1967, en su artículo 215, establece que el Poder Legislativo se pronunciará exclusivamente sobre montos globales por inciso, programas, objetivos de los mismos, escalafones, número de funcionarios y recursos, no pudiendo efectuar modificaciones que signifiquen mayores gastos que los propuestos.

La Constitución colombiana de 1991 prevé, en su artículo 351, que el Congreso no puede aumentar partidas de gastos ni incluir una nueva sin autorización del

aprobada en la Cámara de los Comunes, va a la Cámara de los Lores, la cual debate la ley, pero no la modifica. Sin embargo, para las leyes de gastos e impuestos, rige un régimen especial: una iniciativa cursada a través de la Cámara de los Comunes y que, luego de su aprobación, pasa a ser ley después de treinta días, haya o no dado su conformidad la Cámara de los Lores.

²²⁶ El modelo estadounidense en esta materia es particularmente peculiar. Cabe señalar que, recién en 1921, con la Ley de Presupuesto y Contabilidad (*Budget and Accounting Act*), en Estados Unidos, se centraliza en el presidente la iniciativa presupuestal (Petrei, 1997, p. 26). Sin embargo, como señala Planas, el debate presupuestal estadounidense es una función esencialmente legislativa: «En sus primeros años, el Congreso estadounidense —pese a su estricto esquema de separación de poderes— aceptó la presencia del poderoso Secretario del Tesoro, Alexander Hamilton, quien además fue el principal artífice de la Constitución de 1787. Hamilton expuso personalmente los planes e informes del gobierno en materia económica y financiera. En 1790 presentó un plan para emitir crédito público y crear un Banco Nacional, y en 1791 presentó su célebre plan de fomento industrial, intitulado “Informe sobre el asunto de las manufacturas”. Si bien ambos fueron aprobados, los miembros del Congreso se sintieron cohibidos, reducidos en su facultad deliberativa, al tener al frente no solo a un importante miembro del Gobierno, sino al líder del partido federalista, el más influyente de la época. Desde entonces, no solo la elaboración del presupuesto, al igual que toda otra ley, quedó como iniciativa exclusiva del Congreso, sino que estableció una práctica —ya que la Constitución no lo prohíbe— respecto a que los ministros no debían acudir a exponer al hemiciclo del Congreso. Tal restricción, concebida como garantía para la independencia y la libre decisión del Legislativo, se conserva hasta hoy y es un indudable factor de su poderío institucional. Ni siquiera la reforma de 1921, que introdujo la iniciativa del presidente en materia presupuestal, aceptó el ingreso del secretario del Tesoro en el Congreso para exponer y debatir el plan presupuestal. La presentación del presupuesto la haría el presidente a través de un mensaje escrito, que contendría un conjunto de estimaciones económicas muy precisas. El resto, sería tarea *exclusiva* del Congreso» (1998, p. XXV).

²²⁷ La guerra civil de 1891, bajo el régimen de Balmaceda (1886-1891), se originó en una controversia sobre la Ley de Presupuesto (cfr. Endress, 2010, I, p. 411, n. 65).

ministro del ramo. Asimismo, que el Congreso puede eliminar o disminuir gastos, con excepción de los correspondientes al servicio de la deuda, obligaciones contractuales, servicios de administración e inversiones.

La Constitución venezolana de 1999, en su artículo 311, estableció que la Asamblea Nacional podrá alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizará medidas conducentes a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto.

En dirección distinta, en México, la reforma a la fracción IV del artículo 74 de la Constitución, en 2004, precisó que la Cámara de Diputados no solo podía examinar y discutir el presupuesto, sino también modificarlo.

A nuestro juicio, si se adoptase una reforma constitucional en el Perú en el sentido de permitir una modificación presupuestaria por el Congreso, solo podría plantearse como una modificación parcial del presupuesto con la finalidad de garantizar derechos sociales fundamentales.

Dentro del estudio de este principio, nos referiremos a la viabilidad dentro de nuestro ordenamiento de la observación de la Ley de Presupuesto, así como su promulgación parcial por el presidente de la República. A este respecto, no cabe duda que la Ley de Presupuesto no es inobservable. Puede ser constitucionalmente observada puesto que, siendo una ley ordinaria, es aplicable el artículo 108 de la Norma Suprema que prevé la atribución constitucional del presidente de la República de observación total o parcial de las leyes aprobadas por el Congreso de la República, las que debe presentar a este en el término de quince días.

Consideramos que el *impasse* constitucional se produciría en la hipótesis de no contar con una Ley de Presupuesto en vigor al 1 de enero, fecha de inicio del año fiscal en nuestro ordenamiento. Esta posibilidad no es una especulación teórica, sino un asunto que ha ocurrido en nuestra práctica constitucional con motivo de la observación y promulgación parcial de la Ley de Presupuesto de 1991, durante el régimen de Fujimori, en su etapa constitucional; es decir, durante la vigencia de la Constitución de 1979.

A nuestro juicio, es inconstitucional la promulgación parcial de una ley por el presidente de la República, pues puede desnaturalizarla gravemente. No cabe duda, de otro lado, que la ley promulgada parcialmente por el Poder Ejecutivo no es la aprobada por el Congreso, sino «otra ley». En principio, la Ley de Presupuesto debería entenderse como una unidad inescindible debido a las singularidades de la que está revestida su aprobación. Así, la promulgación parcial de dicha ley el año 1991 fue un acto inequívocamente contrario al equilibrio de poderes dentro de nuestro ordenamiento constitucional.

Sin perjuicio de ello, en materia presupuestaria, es viable proponer una reforma constitucional que excepcionalmente habilite al presidente de la República a la promulgación parcial de la Ley de Presupuesto, como lo prevé el artículo 80 de la Constitución argentina²²⁸. En este orden de ideas, en los Estados Unidos, en 1997, tras un largo debate y cuestionamientos judiciales donde se revisaron a fondo las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo y del Congreso, se aprobó una nueva reforma en aras de la flexibilidad presupuestaria, con la finalidad de reducir el déficit y ordenar el proceso presupuestario. De esta forma, se permite al presidente de Estados Unidos vetar ciertas partidas del presupuesto sin vetarlo en su integridad (Pretei, 1997, p. 40)²²⁹.

Una alternativa jurídicamente viable en nuestro ordenamiento sería la observación por el Poder Ejecutivo de la Ley de Presupuesto con la presentación inmediata de una cuestión de confianza por el presidente del Consejo de Ministros, al amparo del artículo 133 de la Constitución²³⁰.

2.4. El principio de anticipación

Está referido a la necesidad de tener un marco legal aprobado para su vigencia al inicio del año fiscal, con la finalidad de que todos los gastos e ingresos que sean realizados por la Administración cuenten con una autorización parlamentaria previa y con cobertura legal que los valide, evitándose regularizaciones posteriores (Morón, 1999, p. 165).

La Constitución peruana encuadra los plazos de aprobación de la Ley de Presupuesto en forma muy estricta. El artículo 78 de la Norma Suprema prevé que el presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. Esta norma es complementada con la disposición del artículo 80 de la Constitución que establece un drástico «proceso de reconducción presupuestal» que claramente favorece al Ejecutivo. Si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo

²²⁸ Según el artículo 80 de la Constitución argentina: «Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente serán podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia».

²²⁹ Schugart y Mainwaring (2002, p. 53) señalan que varias constituciones estatales en Estados Unidos, así como las constituciones de Filipinas (1935 y 1987), permiten, en forma explícita, el veto parcial y la promulgación al menos parcial en leyes que impliquen gastos.

²³⁰ El mencionado artículo faculta al presidente del Consejo de Ministros a presentar una cuestión de confianza a nombre de dicho consejo. Si la confianza es rehusada, se produce la crisis total del gabinete.

hasta el 30 de noviembre, entra en vigencia el proyecto de este, que es promulgado por decreto legislativo²³¹.

En el derecho comparado, la presentación formal del presupuesto está precedida de una presentación preliminar sobre los grandes lineamientos que habrá de contener (Canadá y Suecia), donde el Parlamento recibe las proyecciones preliminares con cuatro y siete meses de anticipación a la entrega del proyecto final. En otros países, el Poder Legislativo recibe una versión final, con plazos que van de ocho meses (Estados Unidos) hasta un mes y medio (Australia) antes del cierre del ejercicio. De este modo, el tiempo que el Parlamento tiene para discutir el presupuesto varía desde nueve meses (Suecia) hasta un mes y medio (Australia) (Pretei, 1997, p. 208).

En el Perú, en lo referido al proceso de revisión y debate en sede parlamentaria, según Padilla, Nolasco y Gil, se distinguen tres fases:

- a) La primera de sustentación del proyecto a cargo del presidente del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas, que se desarrolla en sesión pública del pleno del Congreso. Este primer encuentro se ha caracterizado, en la práctica peruana, por un ambiente de polarización política y confrontación antes que de cooperación y negociación.
- b) La segunda fase se desarrolla en la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República. Se inicia una vez agotada la precitada sesión y concluye el 15 de noviembre. La fase de discusión en la comisión dura aproximadamente 73 días. Ante ella comparecen, a invitación de esta, los ministros de Estado y titulares de las diferentes entidades públicas, a fin de sustentar los supuestos macroeconómicos de referencia, así como los ingresos y gastos programados. En esta etapa, se elabora el dictamen a ser debatido en el pleno del Congreso.
- c) La tercera etapa del proceso de debate parlamentario en el pleno tiene una duración máxima de quince días, entre el 15 y 30 de noviembre.

²³¹ En el derecho comparado, la mayoría de las constituciones y legislaciones contienen disposiciones que prevén mecanismos de reconducción presupuestal. Así, destacan el artículo 111 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que prevé una autorización para determinados gastos esenciales, en tanto se apruebe el proyecto que corresponda en el Congreso; el artículo 348 de la Constitución colombiana de 1991, que establece que si el proyecto de presupuesto no fuese votado por el Poder Legislativo, se entenderá aprobado el proyecto original, pero si al contrario fuese desaprobado por el Legislativo o simplemente el Ejecutivo no lo presentase dentro del plazo previsto, se entenderá prorrogado el presupuesto del año anterior. Un caso singular es el estadounidense, donde el Congreso puede dejar al Ejecutivo sin provisión de fondos y, en consecuencia, provocar el cese de los servicios de la administración (*shutdown*).

Sobre este proceso, es interesante la opinión de Padilla, Nolasco y Gil en el sentido de que:

No es de esperarse que el Congreso pueda controvertir, por ejemplo, las proyecciones macroeconómicas de referencia que formula el Ejecutivo, en tanto que no cuenta con órganos internos especializados en producir y sistematizar de forma oportuna la información necesaria para construir escenarios económicos alternativos y, por otro lado, no se allega de forma sistemática de información utilizando otras fuentes externas (Padilla, Nolasco & Gil, 2002, pp. 8-10).

En suma, se requiere un órgano técnico especializado que brinde al Congreso asesoría en materia presupuestaria para que dicha función de control sea efectiva.

2.5. El principio de unicidad y universalidad presupuestaria

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

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

El principio de unicidad y universalidad está explícito en el numeral 7 del párrafo 2.1 del artículo 2 del decreto legislativo 1440, que declara que «todos los ingresos y gastos del sector público, así como todos los Presupuestos de las Entidades que lo comprenden, se sujetan a la Ley de Presupuesto del sector público»²³².

Como se señala en la doctrina, supone proscribir cualquier supuesto de administración de recursos ingresados sin el correspondiente paso presupuestario (cuentas o ingresos extrapresupuestarios) entre las entidades públicas (Morón, 1999, p. 183).

Con relación a los gobiernos regionales y locales, en la Ley de Presupuesto se consiguran transferencias provenientes del sector público, dejando de incluir recursos propios, donaciones y empréstitos que administran directamente dichas entidades territoriales descentralizadas (Morón, 1999, p. 184). A estos niveles de gobierno y administración les corresponde aprobar su propio presupuesto, conforme a los artículos 192, inciso 1, y 195, inciso 1, de la Constitución de 1993, reformada por ley 27680.

En suma, son ventajas del principio de unicidad apreciar si el presupuesto está equilibrado, facilitar la claridad y orden en las cuentas y, por ende, el control parlamentario. Asimismo, evidencia la magnitud del presupuesto y el volumen del gasto público (García Belaunde Saldías, 1998, p. 184).

²³² En esa dirección, ver la STC Exp. 004-2004/CC, fundamento jurídico 9.5.

Cabe señalar que en nuestra constitución financiera el principio de unicidad debe concordarse con la autonomía presupuestaria de determinados entes de esencia constitucional para presentar su presupuesto por separado²³³: Poder Judicial (artículo 145), Ministerio Público (artículo 160) y Defensoría del Pueblo (artículo 162). De igual forma, la autonomía presupuestaria del Congreso es singular por cuanto el mismo cuerpo legislativo sanciona su presupuesto.

El principio de unicidad puede entrar en conflicto con la autonomía presupuestaria de las entidades de esencia constitucional. Sobre el particular, en el caso de la demanda de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, STC Exp. 004-2004-CC/TC del Tribunal Constitucional pronunciada el 31 de diciembre de 2004, declaró fundada la demanda del Poder Judicial e interpretó que es competencia suya presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que este último lo modifique, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República. En el fundamento jurídico 41, sostuvo que:

Por lo expuesto, este Colegiado considera que cuando el artículo 145° de la Constitución dispone que el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso, la Constitución está habilitando al Poder Judicial para que participe en el proceso presupuestario presentando su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo sin que este último lo modifique, para su integración al proyecto general de presupuesto y posterior sustentación ante el Congreso de la república, puesto que, dada su condición de Poder del Estado y atendiendo a las funciones que debe cumplir y al lugar que ocupa en la configuración de nuestro sistema democrático, le corresponde, al igual que el Poder ejecutivo, sustentar directamente su presupuesto ante el Congreso de la República para su aprobación o modificación, dentro de los límites que la propia Constitución impone, ya que esta competencia es garantía de su independencia; de no ser así, tal garantía se convertiría en ilusoria.

De surgir un conflicto, en todo caso, debe ser resuelto evitando afectar el núcleo duro de la autonomía presupuestaria al extremo de que se vacíe su contenido. En ese sentido, seguimos a Sánchez Serrano, quien sostiene que asumir una concepción maximalista, bien de la unicidad o bien de la autonomía, no solo sería contradictorio,

²³³ García Belaunde distingue entre órganos de esencia constitucional y órganos de relevancia constitucional: «[...] órganos que se califican de autónomos, y que gozan, unos más, otros menos, de esta autonomía, para atender determinados servicios [...] o la vigilancia del gasto público (Contraloría General) o de la economía del país (Banco Central de Reserva); o de la educación en sus altos niveles (universidades) que por no participar en el manejo del Estado, sino solo en la atención, cautela o vigilancia de bienes o servicios, pueden calificarse como *de connotación o relieve constitucional*, pues la Constitución así lo consagra y respeta, pero no lo son de *esencia o naturaleza constitucional*» (1992, p. 703; cursiva nuestra).

sino también incompatible. La unicidad a ultranza ahogaría toda posibilidad de autonomía, la cual, llevada a su extremo, acabaría en disolución o destrucción de la unidad. Por ello, está claro que ambos maximalismos, tanto el unitarista como el autonomista, son ajenos a nuestra constitución, en la que son respaldadas y garantizadas tanto la unidad como la autonomía (Sánchez Serrano, 1997, pp. 265-266).

De otro lado, tenemos el principio de integralidad o universalidad del presupuesto. Para cumplir su función de reflejo de la situación del sector público, es necesario que informe sobre todos los ingresos, gastos y riesgos financieros que conforman la hacienda pública. Como lo define Martínez Lago, la universalidad «significa que todos los ingresos y todos los gastos deben figurar explícita o expresamente en el presupuesto sin compensaciones o minoraciones entre ambos, es decir: en el presupuesto no deben figurar el neto entre dichos estados de ingresos y gastos (por deducir unos de otros), pues ello hurtaría determinadas partidas del conocimiento del Parlamento (lo que no está en el presupuesto no está en el mundo)» (1992, p. 115).

Sin perjuicio de ello, los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas, previstos en el artículo 80 de la Constitución, al tratarse de eminentemente presupuestales, constituyen una excepción al principio de universalidad presupuestal (STC Exp. 0007-2012-PI/TC, fundamento 27).

En la doctrina, se discute si las «contribuciones parafiscales», en virtud del principio de universalidad presupuestal, deben figurar en el presupuesto nacional²³⁴. Compartimos el criterio de que en la ejecución de tales partidas no se les someta a las normas generales de ejecución presupuestal, lo que sería impropio, pues los entes receptores de las contribuciones parafiscales deben gozar de flexibilidad para ordenar el gasto conforme a su ley de creación y a sus propias regulaciones internas (Restrepo, 1996, p. 240).

2.6. El principio de equilibrio presupuestario

Como señala Pretei, las normas de presupuesto equilibrado pueden tener distintos grados de exigencia. Se puede disponer que el Ejecutivo presente un proyecto de presupuesto equilibrado, o bien que el legislativo apruebe un presupuesto equilibrado, o bien que el presupuesto cierre equilibrado (Pretei, 1997, p. 401).

Este principio está reconocido expresamente en el segundo párrafo del artículo 78 de la Constitución de 1993, que dispone que el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado. En esa dirección, el párrafo 1 del numeral 2.1 del artículo 2 del decreto legislativo 1440 declara que el equilibrio presupuestario considera que

²³⁴ La contribución parafiscal es una figura de raigambre francesa que se identifica con los impuestos en su obligatoriedad y en que, a diferencia de las tasas, no constituye una retribución por un servicio recibido del Estado. Las contribuciones parafiscales se crean para nutrir a una entidad específica; por ejemplo, a la seguridad social.

«el presupuesto del sector público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente»²³⁵.

Así, la Norma Suprema solo prevé la obligación del Poder Ejecutivo de presentar un proyecto presupuestal efectivamente equilibrado. La obligación de que el presupuesto finalmente aprobado sea así surge de la precitada disposición del decreto legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

La doctrina del presupuesto equilibrado es una idea-fuerza de la ortodoxia fiscal que se inspira en las doctrinas del *Public Choice* que propone la fijación de límites a la capacidad de decisión política en materia fiscal y presupuestaria. Así, por ejemplo, se debate la necesidad de una enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que establezca el principio de equilibrio presupuestal no solo contable, sino económico (Restrepo, 1996, p. 247)²³⁶.

Como consecuencia de la crisis económica-financiera internacional iniciada en 2007-2008, en marzo de 2012 se aprobó el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TEGG) a nivel de la Unión Europea. Este tratado impone el compromiso de que la situación presupuestaria de sus administraciones públicas sea de equilibrio y superávit, mediante la incorporación a nivel del derecho interno de «disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente constitucional, o cuyo respeto o cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios» (Arroyo Gil & Giménez Sánchez, 2014, p. 151). En esa dirección, se han introducido cláusulas de estabilidad presupuestaria en Alemania (2009), Italia (2012) y Francia (2012).

²³⁵ Morón señala que «para darle contenido a este principio convergen dos perspectivas: la contable y la económica. Por la primera, se postula que el presupuesto se encuentra equilibrado cuando los gastos han de contar con la financiación de algún recurso; mientras que para la perspectiva económica, solo se puede cumplir con este principio cuando los ingresos ordinarios sean iguales a los gastos ordinarios» (1999, p. 175).

²³⁶ Pretei (1997, p. 400) señala que en Estados Unidos un buen número de estados tienen normas constitucionales que limitan el déficit y, de acuerdo a la evidencia empírica, tales normas favorecen la consecución de presupuestos equilibrados. El equilibrio presupuestario es parte de las propuestas de reforma constitucional de Buchanan (1987). Sobre ellas, Galbraith afirmó que: «En el invierno de 1995 la recién elegida mayoría republicana del Congreso estadounidense, con algún apoyo demócrata, por un par de votos no presentó a los estados de la Unión una enmienda constitucional que exigía el equilibrio presupuestario, salvo en tiempo de guerra. Esta podría haber sido la propuesta legislativa económicamente más regresiva de los últimos años, concurso nada fácil de ganar. Hubiera exigido aumentos fiscales y reducción de los gastos de la administración central cuando el flujo normal de entradas estatales ya estaba reducido por la recesión o depresión. Y hubiera permitido mayor gasto público y mayor reducción de impuestos cuando los tiempos fueran buenos, sumándose por lo tanto al ánimo en general especulador e inflacionista. No habría habido mejor forma de aumentar la inestabilidad económica» (1997, p. 59).

La política fiscal debería constituir un instrumento de la política económica del Poder Ejecutivo. El déficit fiscal puede ser buscado por el gobierno como un instrumento «anticíclico» cuando se afrontan crisis de recesión económica. Asimismo, la utilización del crédito público como instrumento de financiamiento presupuestal ha puesto en cuestión el ortodoxo principio de equilibrio presupuestal.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento, este principio en términos financieros es reforzado en el artículo 78, que establece que los préstamos procedentes del BCR o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal. En consecuencia, proponer un presupuesto deficitario es inconstitucional (Morón, 1999, p. 176).

Siguiendo a Casás, consideramos que debemos independizarnos del paradigma presupuestario del equilibrio financiero anual y sustituirlo por el del equilibrio económico, complementado con el presupuestario de equilibrio financiero, cíclico y plurianual (Casás, 2010, p. 615). Así, se podría orientar la política económica dentro de un equilibrio presupuestario en perspectiva de mediano plazo, admitiendo el déficit fiscal como un instrumento de política económica anticíclico para combatir o prevenir la recesión económica.

2.7. El principio de exclusividad presupuestaria

El desarrollo de este principio es legislativo antes que constitucional. Así, el párrafo 14 del numeral 2.14 del artículo 2 del decreto legislativo 1440 preceptúa que la Ley de Presupuesto contiene, con exclusividad, disposiciones de orden presupuestal y con vigencia anual.

En su dimensión constitucional, se trazó una línea divisoria entre la materia estrictamente presupuestaria y la tributaria. En esa dirección, el artículo 74 de la Norma Suprema establece que las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

El problema de aplicación del principio resulta complejo cuando se trata de otras normas —no tributarias— ajenas a la materia estrictamente presupuestaria. De hecho, ha sido práctica frecuente incluir preceptos de la más diversa índole, entre ellos algunos que suponen modificaciones y derogaciones de normas jurídicas. Así, se incorporó en la Ley de Presupuesto, como una práctica viciosa, disposiciones que no constituyen desarrollo o instrumentación necesaria para que puedan realizarse las previsiones económicas contenidas en los estados de gastos e ingresos que fundamentalmente constituyen la naturaleza nuclear e intrínseca de los presupuestos²³⁷.

²³⁷ En esa línea, ver Garrido Falla, 1991, p. 38. Es importante asumir un sentido restrictivo de lo que constituye materia presupuestaria en la medida en que el inciso 4 del artículo 32 de la Constitución de 1993 prohíbe someter a referéndum las normas de carácter presupuestal. No consideramos, por ejemplo,

En esa dirección, se distingue en la Doctrina tres tipos de normas en las leyes de presupuesto: de contenido mínimo o indisponible, de contenido probable o eventual y de contenido impropio o ajeno. El contenido mínimo está constituido por las previsiones contables de ingresos y autorizaciones de gastos —la mencionada naturaleza intrínseca—. El contenido eventual o probable está conformado por aquellas disposiciones que colaboran en el entendimiento del aspecto contable, las cuales son disposiciones de procedimiento, que forman parte de la política económica del gobierno, las mismas que están estrechamente ligadas al presupuesto y ayudan a su mejor gestión. El contenido impropio está integrado por aquellas normas que suponen gastos y economías, pero que no tienen relación directa con la materia presupuestaria (García Belaunde Saldías, 1998, p. 154).

Así, fue una mala práctica legislativa incorporar en las Leyes de Presupuesto disposiciones sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos, régimen de pensiones del Estado, contratación pública, creación y supresión de entidades públicas, entre otras materias²³⁸. A nuestro juicio, se trata de normas de contenido impropio. El Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido que la Ley de Presupuesto también puede incluir disposiciones que guarden directa relación con la implementación de la política económico-financiera en general y la ejecución del presupuesto público en especial; esto último, en la medida que tienen incidencia directa en el presupuesto público (STC Exp. 0012-2014-PI/TC, fundamento 11).

De ahí surge un problema de aplicación para determinar la vigencia temporal de las disposiciones propias de leyes ordinarias incorporadas en el contenido de las Leyes Anuales de Presupuesto y que la convirtieron en «leyes ómnibus» o, como las denomina Lorenzo Martín-Retortillo, «ley carro de supermercado» (citado por Bermejo Vera, 1994, p. 765).

Estimamos que tratándose de estas disposiciones lo más técnico y conforme a la Constitución es establecer que —en principio— su vigencia se limita al año correspondiente a la vigencia de Ley de Presupuesto y que aquellas a las que se pretende dar vigencia indefinida o permanente se deben calificar explícitamente con ese carácter (Bermejo Vera, 1994, pp. 767-768).

que una decisión de privatización de servicios públicos sea materia presupuestaria. En todo caso, se trata de una materia con relación directa con los contenidos económicos del presupuesto.

²³⁸ En España, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional amparó este tipo de normas dentro del contenido de la Ley de Presupuesto, bajo el argumento de que guardan relación directa con su contenido. Así, la criticada sentencia del Tribunal Constitucional 65/1987 declaró que «la obligación de incluir en los Presupuestos Generales del Estado la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal no impide que, junto a la configuración de las correspondientes partidas, la Ley que aprueba dichos presupuestos establezca *otras disposiciones de carácter general en materia propias de Ley ordinaria [...] que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan*» (cursiva nuestra).

2.8. El principio de justicia financiera

La conexión entre el derecho financiero y fines del Estado social fue muy acusada en el siglo XX y consideramos que esta relación se mantiene vigente en la actualidad. Se recauda para gastar y el gasto debe guardar relación con las necesidades de la sociedad en un momento histórico determinado. En ese sentido, cabe citar al maestro español Sáinz de Bujanda, quien en 1972 sostenía que:

Todas las normas del derecho financiero, de índole jurídico-público, nacen y viven a impulso de una exigencias político-sociales y económicas, bien definidas e identificables, que aspiran a encauzar con sujeción a criterios de justicia vigentes en cada momento histórico; los principios inspiradores de esas normas no pueden ser otros que los que guíen la acción política en punto a la distribución y empleo de la riqueza para el logro de ciertos objetivos comunitarios; los fines, por último, prestan, si cabe, mayor cohesión aún al conjunto institucional que examinamos, por cuanto que la aplicación de las normas tributarias y presupuestarias genera una serie de relaciones jurídicas que, en cadena, vienen a integrarse en una actividad pública única, de índole instrumental: la actividad financiera. Obsérvese, en efecto, que esta última, claramente diversificada de las restantes que los entes públicos realizan, ni se reduce a la gestión tributaria, ni se limita a la ejecución presupuestaria —ni es solo exacción de ingresos, ni solo realización de gastos— sino que consiste precisamente recaudar para gastar. Ingreso y gasto aparecen, así como partes inescindibles de un todo, que es justamente el que confiere fundamento y unidad objetiva y teleológica a la realidad que nuestra ciencia encauza (Sáinz de Bujanda, 1972)²³⁹.

A nuestro juicio, el principio de justicia presupuestaria está previsto en el artículo 77 de la Constitución Política del Perú, que preceptúa: «El presupuesto *asigna equitativamente los recursos públicos*, su programación y ejecución responden a los *criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas* y de descentralización. Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una *participación adecuada* del total de ingresos y rentas del Estado en la explotación de los recursos naturales en

²³⁹ Sobre la relación entre ingreso y gasto público, Rodríguez Bereijo (citado por Sánchez Serrano, 1997, p. 252), sostuvo en 1976, comentando el anteproyecto de la Constitución española, que: «La definición de los principios constitucionales que delimitan los cauces normativos por los que ha de discurrir la ordenación jurídica de la Hacienda Pública, no pueden limitarse, como en gran medida hace el Anteproyecto de Constitución, a proyectar los principios básicos de legalidad, justicia y seguridad jurídica al campo de los tributos, olvidando que la justicia en los ingresos públicos (justicia tributaria o equidad fiscal) no puede realizarse completamente si no va acompañada de la justicia en el gasto público) y, por consiguiente, que únicamente un examen conjunto de los ingresos y de los gastos públicos puede darnos la orientación político-social».

cada zona en calidad de canon» (cursiva agregada). Sin embargo, en la doctrina, se reconoce que el principio de justicia presupuestaria es aún impreciso, especialmente respecto a determinar los criterios orientadores del gasto público, sus alcances y sus destinatarios. Así, en la doctrina española, Casado Ollero, comentando este principio, sostiene que:

Pese al art.31.2, C, «los principios orientadores del gasto público —afirma Martín Delgado— están lejos de una positivación constitucional, al menos de un modo específico. Con ser importante la referencia al gasto público que en dicho precepto se contiene, no se ofrecen criterios suficientes, fuera de los casos espectaculares o de laboratorio, para un verdadero control del mismo por el Tribunal Constitucional».

Por lo que se refiere al contenido del art. 31.2, CE, las dificultades surgen tanto a la hora de concretar el principio básico rector de la justicia en el gasto público («asignación equitativa de los recursos públicos») como el sentido de los criterios instrumentales de eficacia y economía, que complementan, en este precepto, la regulación constitucional del gasto. Por último, falta por precisar el alcance material, la extensión y los destinatarios del deber que en dicho precepto constitucional se contienen (Casado Ollero, 2010, I, p. 626).

De esta manera, la justicia en el gasto público es entendida, más que como un principio general, como un valor superior del ordenamiento jurídico. En palabras de Sánchez Serrano, «los valores están en el límite de lo jurídico y constituyen, por así decir, una especie de puertas abiertas o vías de comunicación del ordenamiento jurídico con esas otras realidades humanas y sociales —tan reales, humanas y sociales al menos como el propio derecho— que son el espíritu humano, la ética, la política y la propia sociedad» (1997, p. 256).

Nuestro texto constitucional contiene una diversidad de mandatos referidos a fines sociales del Estado, que no pueden ser considerados meramente programáticos, sino que suponen obligaciones y exigencias derivadas del valor justicia financiera:

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

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

Con el desarrollo del Estado social y democrático de derecho, la actividad financiera tiene como intención finalista hacer efectivos los procedimientos democráticos y los derechos sociales fundamentales (Corti, 1997, p. 126); obviamente, también hacer efectivos los fines sociales del Estado que la Constitución le ha encomendado en materia fiscal.

El profesor argentino Bidart Campos postuló el control de constitucionalidad del presupuesto, de acuerdo a los criterios de justicia presupuestaria previstos en el texto constitucional: «[...] para ordenarlas jerárquicamente, el Ejecutivo [...] y el Congreso [...] deben tomar en cuenta cuáles son las necesidades sociales más apremiantes en el año en curso, según los lugares y situaciones. De ahí en más, como en gradación jerárquicamente ordenada, habrá que ir colocando las prelación que vengán demandadas por las urgencias sociales» (2000, p. 45).

En la doctrina peruana, García Cobián resalta que la constitucionalización del derecho presupuestario implica la legitimidad del rol del juez constitucional para garantizar la protección de los derechos sociales fundamentales en caso de conflicto con los principios presupuestarios (2015, p. 164 ss.).

A nuestro juicio, el presupuesto es el instrumento financiero para la realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de derechos humanos. Se trata de derechos sociales fundamentales a acciones positivas del Estado.

Reiteramos aquí que los tratados de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales aluden a los recursos disponibles cuando obligan a maximizar su aplicación progresiva. En esa dirección, el numeral 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que entró en vigor para el Perú desde el 28 de julio de 1978, declara que:

Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Esta declaración, que precisa la aplicación del máximo de recursos disponibles, debe servir de pauta para interpretar la undécima disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, que declara que: «Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente».

Asimismo, el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) declara que:

Los Estados Parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

En la doctrina, se sostiene que estas disposiciones de los tratados de derechos humanos establecen cierta sujeción del mandato constitucional a una aplicación gradual en la medida que lo permitan las finanzas públicas, tolerando el libre arbitrio de la política financiera del poder constituido (Morón, 1999, p. 180). Disentimos de esta interpretación por cuanto, de acuerdo al PIDESC, se trata del máximo posible, lo que significa que el Estado no cuenta con una amplia discrecionalidad política para fijar el monto de recursos a criterio de su voluntad, sino que justamente —al contrario— está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria mediante la cual, al distribuir los ingresos y los gastos de la hacienda pública, confiera prioridad a la atención de los derechos sociales fundamentales (Bidart Campos, 2000, p. 8).

Los derechos constitucionales reconocidos y garantizados no deben ser anulados, mediatizados o minimizados por las leyes de presupuesto. En ese mismo orden de ideas, los fines sociales que en materia de gasto público la Constitución asigna al Estado atender deben ser prioritarios. La previsión presupuestaria de los recursos, gastos e inversiones no es discrecional porque tiene prioridades fijadas en la Norma Suprema.

De ahí que debe ser viable el control de constitucionalidad sobre la Ley de Presupuesto, cuando sea manifiesta la vulneración a los derechos económicos, sociales y culturales, así como a los fines sociales del Estado en materia de la hacienda pública.

Respecto al gasto público social, debe destacarse, en el derecho comparado, el artículo 350 de la Constitución colombiana de 1991 que declara que «la ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupar a las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación».

En el análisis costo-beneficio, el objetivo es alcanzar una correcta asignación de recursos. Para tal efecto, deben identificarse las áreas donde la tasa de rendimiento sea más alta. En ese sentido, cada componente del gasto público debe someterse a un test

de rentabilidad. Este análisis se orienta al cumplimiento del fin de la eficiencia dentro de la política económica²⁴⁰. Pero existen otros fines de política económica, como la redistribución del ingreso y la calidad de vida, que deben guiar la acción del Estado en concordancia con la tutela de los derechos sociales fundamentales.

De ahí que —en palabras que suscribimos— Bidart sostuvo que «una escueta reflexión sobre la eficiencia económica nos lleva a decir que es menester su búsqueda, pero no como un fin en sí mismo, porque la finalidad del sistema económico —que por supuesto debe ser eficaz— estira su horizonte hacia lo ya tan insistido: hacer efectivos los derechos y las instituciones de la Constitución» (2000, p. 9).

2.9. El principio de administración común de recursos públicos

No es propiamente un principio de la Norma Suprema; sino uno preconizado en la doctrina presupuestaria y plasmado explícitamente en el párrafo 8 del numeral 2.8 del artículo 2 del decreto legislativo 1440, que establece como principio la no afectación predeterminada, que consiste en que «los ingresos públicos de cada una de las entidades públicas deben destinarse a financiar el conjunto de gastos presupuestarios previstos en los presupuestos del sector público».

Así, los recursos públicos que ingresan al tesoro, cualquiera sea su origen, se administran en forma común (la llamada «unidad de caja»), por cuanto se destinan a financiar el conjunto de gastos públicos previstos en los presupuestos del sector.

Se concibe a este principio como la manifestación de una necesaria flexibilidad presupuestaria que contempla que los ingresos públicos deben converger en un fondo de cobertura potencial para todos los egresos previstos y que su asignación debe hacerse indistintamente sobre la base de prioridades y competencias.

Supone que no existan ingresos destinados o cualquier otra circunstancia que afecte al administrador financiero central en su capacidad de gestión común de todos los ingresos y gastos (Morón, 1999, p. 161). En esa dirección, Jarach sostiene que la afectación de recursos supone el aislamiento de una actividad del Estado y su sustracción del cálculo económico de la actividad financiera en su conjunto (1985, p. 82).

²⁴⁰ Cabe citar al modelo monetarista de gestión pública en el Reino Unido, bajo Margaret Thatcher, y los cambios modernizadores durante el gobierno laborista de Tony Blair. Particularmente, la introducción de políticas de mercado en la gestión de los servicios de salud y asistencia social y la introducción de organizaciones de nuevo tipo como las fundaciones hospitalarias —es decir, hospitales públicos— con todos los atributos de organizaciones comerciales (consejos de administración, gerencia general, estructura y objetivos financieros) y las organizaciones de servicio directo, entes similares a las fundaciones hospitalarias a nivel de los gobiernos locales; y la introducción de la Iniciativa de Financiación Privada en 1992, que promovía la financiación del sector privado a los organismos estatales para facilitar las inversiones en la infraestructura del sector público (cfr. Lanspley, 2002, p. 243-264).

Con relación a los recursos públicos con afectación específica o una proporción de los ingresos a determinados gastos da lugar a un debate sobre sus ventajas y desventajas. Por ejemplo, un incremento de un impuesto que grava los combustibles puede establecerse para financiar un aumento de remuneraciones a la policía o al magisterio público. En este sentido, la teoría del *Public Choice* resalta que en algunas circunstancias la asignación específica de recursos es conveniente para asegurar que determinados gastos van a tener un financiamiento adecuado en ejercicios presupuestarios sucesivos y así preservarlos de vaivenes políticos o del cambiante criterio de legisladores y administradores (Pretei, 1997, p. 383). Más aún, esta teoría considera que es un apropiado instrumento que permite poner de manifiesto las preferencias de los contribuyentes sobre su disposición a pagar por un servicio deseado.

De manera implícita, está recogido el principio de no afectación específica de recursos públicos de origen tributario en el artículo 79 de la Constitución, que establece que el Congreso no puede aprobar tributos predeterminados, salvo por solicitud del Ejecutivo, quien centraliza esta competencia normativa²⁴¹.

Sin perjuicio de ello, la Norma Suprema, por la parte de los egresos, establece rentas de afectación específica:

- a) El denominado «canon», previsto en la parte final del artículo 77 de la Norma Suprema, que establece que corresponden a las circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona.
- b) El Fondo de Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley, de acuerdo al inciso 5 del artículo 193 de la Constitución.

2.10. El principio de publicidad y transparencia fiscal

La publicidad es un principio fundamental del estado de derecho y constituye a su vez una garantía para la seguridad jurídica. Invalida el secreto de Estado, salvo en circunstancias de excepción y sobre la base de una estricta regulación y control (Corti, 1997, p. 383). Solo los regímenes autoritarios niegan la transparencia de sus actos legislativos y de sus decisiones de gobierno. Con el pretexto de la «seguridad nacional», no se puede justificar poderes sin control o la existencia de funcionarios

²⁴¹ En el derecho comparado, cabe citar el artículo 359 de la Constitución colombiana de 1991, que como principio general estableció que no habrá rentas nacionales de destinación específica. Se exceptúan: las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios; las destinadas para inversión social; y las que, sobre la base de las leyes anteriores, la nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.

que no se sometan a la fiscalización del Congreso, la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General, así como la vigilancia de la sociedad civil.

En materia fiscal, la publicidad y transparencia es el ambiente para la fiscalización de las finanzas públicas como instrumento de la mayoría de los cuerpos legislativos del mundo para influir en el diseño de las políticas públicas, vigilar su implementación, así como frenar y combatir la corrupción y mala administración gubernamentales (Ugalde, 2000, p. 33).

En ese orden de ideas, el párrafo 13 del numeral 2.13 del artículo 2 del decreto legislativo 1440 establece que el proceso de asignación y ejecución de los fondos públicos sigue los criterios de transparencia en la gestión presupuestal, brindando a la población acceso a los datos del presupuesto, conforme a la normatividad vigente.

El debate presupuestario debe ser entonces público en todas sus fases: presentación del proyecto a cargo del presidente del Consejo de Ministros y del ministro de Economía y Finanzas en sesión pública del pleno del Congreso; debate en la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República; y debate en el pleno del Congreso.

En la fase de dicho debate, se requiere la mayor transparencia informativa en el sentido de que los documentos presupuestarios deben ser menos detallados en cifras y más explícitos en cuanto a los impactos que se generan sobre la política económica (Pretei, 1997, p. 446).

La participación temprana del Congreso en el debate —efecto del principio de anticipación— incrementa las posibilidades de exposición ante la opinión pública de los grandes lineamientos de política económica que procura el Ejecutivo.

Asimismo, la publicidad del texto de la ley aprobada o, en su defecto, del decreto legislativo presupuestario está garantizada por la Constitución, como la de cualquier otra norma jurídica. En su artículo 51, la Norma Suprema establece que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

En esa dirección, en principio no debe admitirse partidas secretas en la Ley de Presupuesto. Sobre el particular, es aplicable la definición de las leyes secretas: son aquellas que no solamente no se publican, sino que además reciben expresamente el carácter de «secretas» o reservadas para que no sean conocidas de manera alguna (Bidart Campos, 1986, II, p. 235). Las normas secretas en materia presupuestaria contravienen el estado de derecho, pues la opacidad constituye el ambiente propicio para la corrupción gubernamental²⁴².

²⁴² «El método para comprar armas a través de las empresas relacionadas con Montesinos —y presumiblemente con Fujimori, aunque eso está por demostrarse— consistió en la emisión de decretos secretos de emergencia. En principio estos solo se utilizan en casos extremos, pero entre 1995 y 1998 se recurrió a ellos con liberalidad» (Ugarteche, 2004, p. 140). Cfr. Diez Canseco Cisneros, 2002.

De igual forma, la publicidad es un principio aplicable para la fiscalización de la debida ejecución del gasto público también en la etapa de revisión de la cuenta general de la República, a la que nos referiremos en el capítulo siguiente.

A un nivel promedio anual estimado de alrededor de entre 30 y 40 por ciento de los gastos del presupuesto, y de entre 3 y 4 por ciento del PBI en el largo plazo (años de 1820 a 2000), el costo de la corrupción para el desarrollo económico y social peruano en su historia republicana ha sido estructural y consistentemente alto o muy alto, pese a las variaciones cíclicas. Considerando que para alcanzar un crecimiento autosostenido se requiere de una tasa de crecimiento media anual del PBI de entre 5 y 8 por ciento en el largo plazo, debido a la corrupción sistemática y descontrolada, el Perú perdió o distribuyó mal el equivalente de aproximadamente el 40 a 50 por ciento de sus posibilidades de desarrollo.

Historia de la corrupción en el Perú
Alfonso W. Quiroz Norris

La publicidad es, sin duda alguna, condición necesaria para la transparencia presupuestaria. Además, se conecta con el principio de finanzas públicas sanas al que nos referiremos en el acápite siguiente.

2.11. El principio de sanidad de las finanzas públicas

Se trata de un principio reconocido en el derecho comparado en las constituciones financieras o, en su caso, en las legislaciones de desarrollo constitucional en materia financiera.

A nuestro juicio, es fundamental la aplicación de este principio para garantizar la vigencia del Estado social y democrático de derecho. Si la Norma Suprema le asigna a este el cumplimiento de fines sociales, es condición necesaria para ello que se trate de un Estado financieramente sano, lo cual supone que se constituya en un eficiente Estado recaudador de ingresos y prudente en el manejo del gasto público. Resulta obvio que un Estado deficitario, inflacionario y con una deuda externa impagable colapsará financieramente. En consecuencia, quedará impotente para cumplir los fines sociales del Estado y se descarrilará en la ingobernabilidad, abriendo las puertas para el surgimiento de los autoritarismos de nuevo cuño y para el sometimiento de la República al yugo financiero de poderes foráneos. Será otra vez más un inmaduro Estado populista —como muchas veces en América Latina—, pero no uno social. De ahí que quienes postulamos un Estado social de derecho debemos proponer la incorporación del principio de finanzas públicas sanas en la constitución económica o, en su defecto, en la ley de desarrollo constitucional en materia presupuestaria, pero como un instrumento para la consecución de la equidad fiscal y del gasto público social.

En la misma dirección, se debe incrementar la presión tributaria, como destaca el economista y presidente del Consejo Fiscal, Waldo Mendoza: «Una presión tributaria bajísima, conduce a un gasto público también bajo, que conduce a que el Estado peruano no pueda cumplir con sus necesidades fundamentales»²⁴³.

En el derecho comparado, cabe destacar el artículo 104 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, el cual dispuso la obligación de los Estados miembros de evitar el déficit público excesivo y establece los parámetros que definen como excesivos tales déficits (relación entre el déficit público y la deuda pública con el PBI. Asimismo, regula un complejo de control y vigilancia, incluso de sanción en caso de no respetar la disciplina fiscal. El derecho comunitario derivado especifica este régimen a partir del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado en Ámsterdam en noviembre de 1997 (Corti, 1997, p. 398 ss.).

En esa dirección, se aprobó el Pacto Fiscal Europeo, con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TEGG), el 2 de marzo de 2012. Este tratado impone a cada Estado parte el compromiso de que la situación presupuestaria de sus administraciones públicas sea de equilibrio o superávit, mediante la incorporación a su derecho interno de «disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios» (Arroyo Gil & Giménez Sánchez, 2013, p. 151).

Un país que para los organismos multilaterales es un paradigma en esta materia es Nueva Zelanda, a partir de 1989, con su Ley de Finanzas Públicas, dentro de un proceso de liberalización económica, privatización y ajuste estructural. Esta norma se basó en introducir mecanismos de mercado en el manejo presupuestario para la eficiente aplicación del gasto público (Pretei, 1997, p. 164)²⁴⁴.

En el Perú, el decreto legislativo 1276, que aprueba el Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal, precisa en su artículo 1 que su objeto es establecer un marco fiscal prudente, responsable, transparente y predecible que facilite el seguimiento y rendición de cuentas de la gestión de las finanzas públicas y permita una adecuada gestión de activos y pasivos bajo un enfoque de riesgos fiscales. Asimismo, las reglas fiscales que se dicten para los gobiernos regionales y locales deben guardar concordancia con

²⁴³ Ver: <https://semanaeconomica.com/articulo/economia/politica/fiscal/311128-waldo-mendoza-un-pais-como-este-es-un-pais-que-no-tiene-futuro/>

²⁴⁴ Pretei señala como ejemplo que «el ministro de Salud se compromete a disminuir la incidencia de una enfermedad en un determinado porcentaje. Probablemente tenga varias opciones: control de alimentos, educación en materia de alimentación, campañas de vacunación, etc. Puede elegir asignar más recursos en una dirección que en otra y ése es el precio que va a pagar por 'comprar' determinados productos. [...] *El enfoque no puede ignorar la característica esencial de la actividad del Estado en su papel de proveedor de las necesidades sociales*» (1997, p. 164; cursivas nuestras).

el principio general y el objeto de la norma. En su párrafo 2.1 del artículo 2, declara que el Estado busca asegurar permanentemente la sostenibilidad fiscal, la predictibilidad del gasto público y el manejo transparente de las finanzas públicas, que permita la evaluación constante y la adopción oportuna de medidas correctivas. Para ello, debe acumular superávits fiscales en los periodos favorables y permitir solo déficits fiscales moderados y transitorios en periodos de menor crecimiento.

Se debe destacar al Consejo Fiscal, creado por la ley 30099. El párrafo 15.1 del artículo 15 del decreto legislativo 1276 establece que es una comisión autónoma, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, cuyo objeto es contribuir con el análisis técnico independiente de la política fiscal, mediante la emisión de opinión no vinculante a través de informes, en las siguientes materias:

- a) La modificación y el cumplimiento de las reglas macrofiscales y reglas fiscales de los gobiernos regionales y locales.
- b) Las proyecciones macroeconómicas contempladas en el marco multianual.
- c) La evolución de las finanzas públicas de corto, mediano y largo plazo.
- d) La metodología para el cálculo del resultado fiscal estructural a la que se refiere el artículo 10 de la norma.

Un instrumento de responsabilidad fiscal es el Fondo de Estabilización Fiscal, creado por la ley 27245 (*Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal*). Así, debe constituirse en un autoseguro destinado a aminorar el impacto de fluctuaciones cíclicas en la economía (Pretei, 1997, p. 410). De este modo, se puede garantizar la viabilidad y sostenibilidad de las políticas públicas del Estado social de derecho.

El artículo 17 del decreto legislativo 1276 prevé, sobre el Fondo de Estabilización Fiscal:

17.1 El Fondo de Estabilización Fiscal, se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas y es administrado por un directorio compuesto por el Ministro de Economía y Finanzas, quien lo preside, por el Presidente del Banco Central de Reserva del Perú y por un representante designado por el Presidente del Consejo de Ministros.

17.2 Los recursos del Fondo de Estabilización Fiscal se invierten, directamente o a través de un fideicomiso, en el Banco Central de Reserva del Perú o en el exterior, y se administran bajo los lineamientos de inversión aprobados por el Directorio, a propuesta de su Secretaría Técnica, que recae en la Dirección General de Endeudamiento y tesoro público del Ministerio de Economía y Finanzas.

17.3 Los lineamientos de inversión y sus modificaciones deben encontrarse bajo el marco de la estrategia de gestión global de activos y pasivos del tesoro público

y se publican en el portal institucional del Ministerio de Economía y Finanzas, dentro de los dos (2) días hábiles de aprobados.

17.4 Los recursos del Fondo de Estabilización Fiscal son intangibles, excluyendo los ingresos que se generen por intereses, los cuales son recursos de libre disponibilidad del tesoro público. Bajo ninguna circunstancia los recursos del Fondo de Estabilización Fiscal pueden constituirse en garantía o aval sobre préstamos u otro tipo de operaciones financieras.

17.5 El Ministerio de Economía y Finanzas, dentro del primer trimestre de cada año, publica en su portal institucional el detalle de los ingresos y egresos, y los saldos resultantes, del Fondo de Estabilización Fiscal.

A nuestro juicio, se debe evaluar una reforma más ambiciosa: el Pacto Fiscal, basado en cinco elementos fundamentales: (i) establecer reglas claras de disciplina fiscal, pero también una estructura tributaria adecuada para las funciones que la sociedad le encomienda al Estado; (ii) transparencia del gasto público, lo cual implica la inclusión de todas las partidas de gasto dentro de los presupuestos públicos, así como el conocimiento público de tales presupuestos, de su cumplimiento y su evaluación; (iii) introducir criterios de eficiencia en la gestión del Estado; (iv) reconocer el papel central que desempeña en la provisión de bienes de valor social y, más en general, en la distribución del ingreso; y (v) fomentar instituciones fiscales equilibradas y participativas (Ocampo, 2005, pp. 121-122).

3. EL RÉGIMEN DEL CRÉDITO Y LA DEUDA PÚBLICA

Artículo 75. El Estado solo garantiza el pago de la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley.

Las operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado se aprueban conforme a ley.

Los municipios pueden celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, sin requerir autorización legal.

Las disposiciones rectoras en la Constitución peruana de 1993 en materia de endeudamiento público son las siguientes:

- a) *Solo se garantiza el pago de la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales, de acuerdo a la Constitución y la ley.* Esta declaración está prevista en el artículo 75 de la Norma Suprema que supone la aplicación del principio de supremacía de la Constitución en materia de endeudamiento público. El antecedente histórico más antiguo de esta disposición se encuentra en el artículo 9 de la Constitución liberal de 1867.

- b) *El endeudamiento público está regulado por ley.* Así, el artículo 75 establece que las operaciones de endeudamiento interno y externo se aprueban «conforme a ley»; es decir, solo bajo normas previas especiales. En esa dirección, el artículo 78 de la Constitución prevé que la ley especial de la materia es la Ley de Endeudamiento, disposición legal separada de la Ley de Presupuesto. Cabe señalar que, en el derecho comparado, o se requiere de una ley para aprobar una nueva deuda pública o esta solo es viable dentro de los límites de leyes especiales. Es el caso, entre otros países, de Suecia, Australia, Nueva Zelanda, España y Colombia (cfr. Pretei, 1997, pp. 404-405)²⁴⁵.
- c) *La obligación de que el presupuesto garantice la deuda pública.* En ese sentido, la Constitución financiera reconoce su prioridad dentro del presupuesto. El artículo 78 de la Constitución declara que: «No puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública». Se trata de una disposición que busca dar señales a los potenciales prestatarios que el flujo de asignaciones para el repago será continuado, sin posibilidad de desconocimientos unilaterales (Morón, 1999, p. 186).

En nuestro ordenamiento financiero, la ley de desarrollo constitucional que regula el Sistema Nacional de Endeudamiento Público es el decreto legislativo 1437.

Cabe citar a Carrillo sobre la reforma del artículo 135.3, párrafo segundo, de la Constitución española, que establece una regla de garantía del pago de la deuda pública: «No obstante, esta nueva regla presupuestaria ha sido vista como una forma de tranquilizar a los mercados, pues se entiende que sin una sólida garantía de pago, la financiación a cargo de la deuda se hace imposible por la escasa credibilidad económica de un Estado incapaz de presentar una hacienda saneada que permita hacer frente a las obligaciones financieras que haya contraído» (2014, p. 29).

A nuestro juicio, más relevante es que la Norma Suprema, en el marco de la dimensión social del Estado democrático de derecho, garantice el pago de la deuda pública interna, incluida en esta última los recursos intangibles destinados a la seguridad social, dentro de un principio de proporcionalidad, de justicia y

²⁴⁵ Cabe citar, en el derecho constitucional comparado, el artículo 135 de la Constitución española de 1978, que establece que el Gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Esto significa la aplicación del principio de legalidad en relación de la deuda pública (González Sánchez, 2002, p. 593), que señala que la ley de emisión de la deuda pública deberá contener la cuantía máxima, las condiciones esenciales, el tipo de interés, la clase de deuda, su duración y las formas de extinción. En esa dirección, el numeral II del artículo 163 de la Constitución brasileña de 1988 establece que una ley complementaria regulará la deuda externa e interna, incluida la de los organismos autónomos, fundaciones y demás entidades controladas por el poder público.

de igualdad de trato no reconocido en las últimas décadas en el pago de la deuda pública, tanto interna como externa (Kresalja & Ochoa, 1999, pp. 761-762)²⁴⁶.

Sobre el pago de la deuda externa por los países en desarrollo, Delgado Barreto propone un Código Financiero Internacional que asegure la equidad que debe basarse en dos principios: (i) el pago de la deuda no puede ser una amenaza para el desarrollo humano y el equilibrio ambiental y financiero; y (ii) la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales debe ser la base para cualquier arreglo (cfr. Delgado Barreto, 1995)²⁴⁷.

Sobre la relación de la deuda externa con la vigencia y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, es pertinente citar las palabras de Bidart, a raíz de la gravísima crisis argentina de la deuda en los años 2001-2002.

«¿Qué ostenta más valor: la deuda externa o la vigencia de los derechos sociales? El sistema constitucional de valores nos hace decir con plena certeza que, comparados los salarios y los haberes de la seguridad social con el derecho crediticio de los acreedores internacionales, una política económica y financiera acorde con la Constitución ha de afectar primero el pago de la deuda, porque las políticas sociales en materia alimentaria tienen que anteponer el gasto social ‘hasta el máximo de los recursos disponibles’ (como rezan muchos tratados de jerarquía constitucional). Aprendan entonces los gobiernos de turno por dónde han de canalizar los ‘ahorros’. Y aprendan que cuando sentencias de la Corte como esta descalifican por inconstitucionalidad un régimen normativo en materia socioeconómica, es insolente difundir el slogan de que no hay fondos en el erario público para pagar lo debido. ¿Los hay para pagar la deuda externa? El ‘pago’ de la deuda se debe ‘arreglar’ (art. 75, inc.7) otorgando prelación a los gastos sociales ‘internos’. Se trata de una ‘deuda’ más valiosa».

La Corte enseña que la política económica está por debajo de la Constitución
Germán Bidart Campos

Similares conceptos podemos suscribir en el Perú sobre la deuda pública interna que fue relegada frente a las exigencias del poder financiero internacional.

²⁴⁶ Propusimos en ese documento el siguiente texto de reforma constitucional: «La deuda pública del Estado tiene el carácter de externa, lo que incluye cualquier tipo de obligación a organismos internacionales, gobiernos y empresas extranjeras, y de interna, debiéndose determinar el porcentaje de cada una sobre la deuda total en el proyecto de ley de presupuesto que envía el Poder Ejecutivo al Congreso. Para el pago anual de la deuda pública, tanto interna como externa, de deberá guardar proporcionalidad, sin más excepción que en el caso de guerra exterior. En la Ley de Presupuesto no podrá consignarse suma destinada al pago de la deuda pública externa que supere el porcentaje que esta guarda con relación a la deuda pública interna, incluyéndose en esta última los recursos destinados a la Seguridad, bajo responsabilidad política y legal del Ministro de Economía y Finanzas».

²⁴⁷ En esa dirección, Ugarteche y Acosta —citados por Delgado Barreto (1995)— proponen la creación de un Tribunal Internacional de Arbitraje de la Deuda Soberana.

El tratamiento discriminatorio e inequitativo a acreedores con iguales derechos constituye un acto injusto, carente de ética y profundamente antidemocrático. Sobre el particular, en la STC Exp. 0015-2001-AI/TC y otros acumulados, correspondiente a las demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo contra el decreto de urgencia 055-2001, así como la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la ley 27684, en el fundamento 66, se declaró:

La deuda pública externa en franco incremento, es más o menos de conocimiento del país a través de la información que, periódica y oficialmente, proporciona el Banco Central de Reserva del Perú. El pago de esa deuda se programa en el Presupuesto de la República. Sin embargo, no hay ningún registro de la deuda interna, ni se conoce a cuánto asciende la devengada y exigible, ni la que pueda tener tal naturaleza en el futuro inmediato o mediato.

La historia no debe repetirse, sobre todo cuando ha causado inmenso daño a la población. Por ello, se insiste en que resulta imperativo e inexcusable que se abra un registro de tal deuda, en el que conste el origen, la preferencia legal para la amortización y el pago, así como todos los otros datos que permitan conocer con claridad las obligaciones asumidas por el tesoro público.

Este Colegiado recomienda, en consecuencia, la creación de un registro de la deuda pública interna, así como de los plazos y condiciones para su amortización paulatina y su cancelación, dentro de las posibilidades fiscales; y sin desmedro de los servicios básicos que debe cumplir el Estado en cuanto a salud, educación, vivienda saneamiento y seguridad.

Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional resaltó la relevancia de que se reconozca un trato equitativo y no discriminatorio a la deuda pública interna respecto de la deuda pública externa.

- d) *Se prohíbe recurrir al BCR o al Banco de la Nación para el financiamiento del presupuesto.* Así, el artículo 78 de la Norma Suprema establece que los préstamos procedentes de estas entidades no se contabilizan como ingreso fiscal. En esa misma dirección, el artículo 84 de la Constitución (dentro del capítulo «De la Moneda y la Banca») prevé que el BCR está prohibido de conceder financiamiento al erario, salvo la compra, en el mercado secundario, de valores emitidos por el tesoro público, dentro del límite que señala su ley orgánica²⁴⁸.

²⁴⁸ En el derecho comparado, podemos citar al artículo 109 de la Constitución chilena de 1980, que establece que: «Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central».

- e) *No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente.* Esta rígida prohibición está contenida en el artículo 78 de la Constitución de 1993. Es una razonable restricción al endeudamiento público que lo limita a gastos de inversión o de capital; por ejemplo, en obras reproductivas.

Finalmente, en materia de endeudamiento los organismos multilaterales, que son acreedores o están dominados por los países acreedores, discuten sobre la conveniencia de que los países latinoamericanos constituyan el Consejo Fiscal Nacional, un organismo con autonomía constitucional similar al banco central, cuyo principal cometido sería velar por el mantenimiento de una determinada tasa de aumento o reducción de la deuda²⁴⁹. Se trataría de una reforma constitucional sobre la que se debe debatir para encarar los retos de la globalización financiera, en el marco del principio de coordinación y armonización de la deuda pública (González Sánchez, 2002, pp. 599-600). De implantarse, hay que evitar que se constituya en un superpoder. En una democracia, no deben existir superpoderes sin responsabilidad directa con la ciudadanía. Debería ser transparente, sujeto a la vigilancia de la sociedad civil y al control del Congreso, el cual debe estar facultado para remover a sus miembros por falta grave.

²⁴⁹ «Este consejo fijaría en cada año límites al aumento de la deuda compatibles con una visión de largo plazo y un análisis de las circunstancias particulares prevalecientes en cada año. Gozaría además de una independencia similar a la del banco central en algunos países de América Latina, estaría formado por personas de alta capacidad técnica y un alto prestigio profesional, tendría suficiente estabilidad como para operar con independencia y daría a la política fiscal la debida continuidad aumentando de esa manera la credibilidad del sistema» (Pretei, 1997, p. 408).

CAPÍTULO 23

EL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO

1. INTRODUCCIÓN

Los antecedentes en materia de revisión del gasto público se remontan al periodo colonial. El rey español Felipe III dispuso, por Real Cédula de 1605, la creación de tres tribunales mayores de cuentas, cuyas oficinas principales se ubicaron en Lima, Ciudad de México y Santa Fe (Colombia). Estos tribunales de cuentas devinieron en instrumentos para el control político y económico de las colonias americanas durante los siguientes dos siglos sobre los recursos financieros recaudados en nombre de la corona.

Iniciado el periodo republicano, en nuestra primera Carta Constitucional (de 1823), en el inciso 13 del artículo 60, se estableció como una de las atribuciones exclusivas del Congreso: «Examinar y aprobar la inversión de los caudales públicos».

En la Constitución de 1834, se previó, en el numeral 8 del artículo 101, entre las atribuciones del Consejo de Estado: «Examinar la cuenta de los gastos hechos en el año anterior y los presupuestos de los gastos del año entrante, que tres meses antes de abrir el Congreso su sesión anual, debe presentarle el ministro de Hacienda, y con sus observaciones pasar uno y otro a la Cámara de Diputados». Se trató del primer antecedente constitucional de la cuenta general de la República.

Durante el siglo XIX, siguió vigente el modelo español de Tribunal Mayor de Cuentas, dependiente del Ministerio de Hacienda. Durante el régimen del presidente José Pardo y Barreda (1904-1908), se introducen reformas al Tribunal de Cuentas mediante el reglamento orgánico expedido por decreto del 30 de abril de 1908 (Basadre, 1999, X, p. 2479).

Cabe señalar que, en materia de fiscalización de las finanzas públicas, constituyó un avance relevante la Ley Orgánica del Presupuesto General de la República (ley 4598), promulgada en 1922, durante el régimen de Leguía (1919-1930), que rigió hasta 1964²⁵⁰.

²⁵⁰ Como señala Basadre: «En su memoria de 1923 el ministro Abraham Rodríguez Dulanto dejó constancia de las graves deficiencias que representaba la Cuenta General de la República dentro del régimen

Una de las reformas más importantes en materia de control de las finanzas públicas se produce durante ese régimen con la creación de la Contraloría General de la República por decreto de 26 de setiembre de 1929. Basadre señala que la Contraloría General seguía el modelo de las entidades creadas por propuesta del economista norteamericano Edwin Kemmerer, que funcionaban con éxito en diversos países de América del Sur. Se procuró lograr con este organismo la centralización en el movimiento de las direcciones del Tesoro, Contabilidad y Crédito Público, así como vigilar que no fueran contraídas por los distintos departamentos de la Administración estatal, obligaciones por sumas mayores a los recursos legalmente disponibles, ciñendo los gastos a las cifras consignadas en el presupuesto, con el objetivo que la ejecución presupuestal se efectuara rigurosamente, de acuerdo con las leyes y resoluciones pertinentes (Basadre, 1999, XII, p. 2976).

Es así que la Constitución de 1933, en su artículo 10, estableció que un departamento especial, cuyo funcionamiento estará sujeto a la ley, controlará la ejecución del Presupuesto General de la República y la gestión de las entidades que recauden o administren rentas o bienes del Estado. Se previó que el jefe de este departamento sea nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros. El Anteproyecto de Constitución de la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, «el Anteproyecto Villarán», entregado en 1931 a la Junta Nacional de Gobierno, presidida por David Samanez Ocampo, proponía que fuese designado por el Senado.

En la década de 1970, la Contraloría General de la República fue especialmente fortalecida en sus atribuciones durante el periodo del denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980), con el decreto ley 19039²⁵¹.

La Contraloría General de la República es reconocida por primera vez en la Constitución peruana de 1979 como un organismo constitucionalmente autónomo en el artículo 146 que establecía que:

presupuestal que había estado vigente hasta entonces. Se trataba, dijo, de un documento oscuro e impreciso, en el que faltaban elementos básicos del activo y del pasivo tales como los saldos por cobrar y los ingresos y egresos adicionales que aparecían englobados y confundidos. Con ello vetó las cifras que habían sido oficialmente publicadas sobre la historia de los Presupuestos en el país» (Basadre, 1999, XII, pp. 2973-2974). Recién con la ley 4598, se introdujo reformas para evitar estos vicios.

²⁵¹ En 1971, con el decreto ley 19039 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control), se fortaleció institucionalmente a la Contraloría General, de modo que la norma sirvió como modelo para leyes y reformas similares en otros países de América Latina. Cabe señalar que creó las inspectorías como órganos de control de las entidades públicas a cargo de la ejecución de las auditorías internas. El artículo 10 estableció que los inspectores no podían ser separados de sus cargos sino por causa justificada y comprobada, previo informe de la Contraloría General de la República. Antes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de 1971 se aplicaban sistemas de control sobre la base de cuentas, que eran revisadas por personal empírico que seguía las prácticas de los tribunales de cuentas, que continuaron funcionando aún después de la Misión Kemmerer, hasta los años setenta.

La Contraloría General, como organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control, supervigila la ejecución de los presupuestos del sector público, de las operaciones de la deuda pública y de la gestión y utilización de bienes y recursos públicos.

El Contralor General es designado por el Senado, a propuesta del Presidente de la República, por el término de siete años. El Senado puede removerlo por falta grave.

La ley establece la organización, atribuciones y responsabilidades del Sistema Nacional de Control.

En un Estado constitucional, el control de las finanzas públicas es una de las manifestaciones más relevantes del balance de poderes. Asimismo, la fiscalización de las finanzas públicas influye en el diseño de las políticas públicas, para vigilar su implementación y combatir la mala administración estatal y la corrupción (Ugalde, 2000, p. 33). Como la define González Pérez, la corrupción consiste, precisamente, en la utilización de potestades públicas para servir intereses particulares, cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero o del partido político; sea por razón de amistad o por dinero o por otras prestaciones (González Pérez, 2000, p. 64). Quiroz la define en los siguientes términos:

La corruptela comprende el ofrecimiento y la recepción de sobornos, la malversación y la mala asignación de fondos y gastos públicos, la interesada aplicación errada de programas y políticas, los escándalos financieros y políticos, el fraude electoral y otras transgresiones administrativas (como el financiamiento ilegal de partidos políticos en busca de extraer favores indebidos) que despiertan una posición reactiva en el público (Quiroz, 2013, pp. 38-39).

El combate contra la corrupción debe ser una de las políticas permanentes del Estado constitucional, más aún en un contexto de globalización en el que se aprueban iniciativas supranacionales de combate contra la corrupción para la persecución de estas prácticas de depredación de recursos públicos y privados, dadas las características internacionales de los delitos en esta materia por el desplazamiento del dinero mal habido hacia paraísos financieros.

La corrupción pervierte el régimen político y corroe sus instituciones al extremo de convertirse en un cáncer terminal para nuestros Estados Nación, aún en formación y en crisis de desarrollo dentro del proceso mundial de globalización. Como declara la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), firmada por 22 países miembros de la Organización de Estados Americanos en 1996, ratificada por el Perú en 1997, la corrupción «socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos». En esa misma dirección, el Perú ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en diciembre de 2005.

La corrupción y sus consecuencias en la década de 1990 dan un salto cualitativo en América Latina: el «Caracazo» y la caída del régimen de Carlos Andrés Pérez en Venezuela, el *impeachment* de Collor de Melo en Brasil, los enjuiciamientos a Salinas de Gortari en México, el derrocamiento de Bucaram y Mahuad en Ecuador y el derrumbe del régimen de Fujimori-Montesinos en el Perú (Saltos Galarza, 2002, p. 134).

En este último caso, se llegó al extremo de constituir una red mafiosa que puso en peligro la seguridad nacional por su relación con el tráfico de drogas y de armas²⁵². Fue la sociedad civil organizada —y no el Estado ni sus instituciones totalmente copadas por la red de corrupción—, como ciudadanía democrática, la que internamente reaccionó y generó la resistencia que erosionó y finalmente desencadenó la caída del régimen autoritario.

En el siglo XXI, un nuevo ciclo de corrupción se inicia con el caso Lava Jato, originado por el lavado de activos y los sobornos de la transnacional brasileña Odebrecht y su proyección en el Perú al ejecutar sus proyectos más grandes durante varios gobiernos: Alejandro Toledo Manrique (2001-2006), Alan García Pérez (2006-2011) y Ollanta Humala Tasso (2011-2016). A la fecha de la edición de esta publicación, había ocasionado la dimisión del presidente Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018), entre otros hechos, debido a actos de corrupción durante su gestión como presidente del Consejo de Ministros (2005-2006) del presidente Toledo (Durand, 2018).

Sobre este ciclo de corrupción bajo regímenes democráticos, acudimos a Nieto: «Corrupción y democracia son hasta tal punto incompatibles que, en rigor, no puede hablarse (aunque así se haga por comodidad) de democracia corrupta porque si es corrupta, deja de ser democracia y pasa a ser un desgobierno» (2012, p. 194).

La corrupción distorsiona los incentivos económicos de la economía de mercado, genera costos políticos por el debilitamiento de las instituciones y redistribuye la riqueza y el poder a los nuevos ricos y privilegiados, con el consecuente retroceso del desarrollo político y económico de estos países. De ahí la importancia de fortalecer el rol de la sociedad civil, de las organizaciones no gubernamentales²⁵³ y de las instituciones públicas de vigilancia al Poder Ejecutivo en el manejo del gasto público.

²⁵² «Fujimori creció a la sombra del poder transnacional, mientras le fue funcional. El golpe de 1992 fue legitimado por los organismos internacionales. Montesinos ha sido reconocido como agente de la Central de Inteligencia Americana y fue el hombre fuerte en el régimen. Ahora todos denuncian la corrupción: aparecen las pruebas de los vínculos de Montesinos con el narcotráfico. La pregunta necesaria: ¿El Gobierno de Estados Unidos no sabía antes de estos vínculos?» (Saltos Galarza, 2002, p. 135).

²⁵³ En muchos países la sociedad civil participa directamente en las investigaciones contra la corrupción. En los países de habla inglesa se denominan comisiones *blue ribbon* (expresión que alude personas de alta estima, sabiduría y honradez). Han funcionado también por la influencia estadounidense en Puerto Rico. Otro modelo frecuentemente citado es el de Hong Kong. En América Latina, debe destacarse que la Constitución ecuatoriana de 2008 prevé en su artículo 204 «la función de transparencia

Fujimori y Montesinos, Amat y Salas, Gamarra y Gutiérrez de la Fuente, Echenique y Torrico, Piérola y Dreyfus, Leguía y Ego-Aguirre, son duplas que en distintas y sucesivas coyunturas históricas de alta corrupción se complementan en la formación de redes para la apropiación de recursos públicos en beneficio económico o político particular. Estas redes articulan ambiciones políticas dispuestas a alcanzar y mantener el poder por medios lícitos o ilícitos, alimentando ambiciones particulares, hambrientas de favores y recompensas venales [...] Las redes de corrupción constituyen un obstáculo importante para la implementación de reformas institucionales favorables al desarrollo económico y administrativo antitético al predominio de la alta corrupción que tergiversa las reglas o estructuras de incentivos. Las redes de corrupción y su liderazgo político se heredan de una generación a otra: los agentes corruptos aprenden de sus mayores. Una educación política tradicional en el Perú ha implicado conocer y transmitir los mecanismos de corrupción que en el pasado permitieron el poder político a algunos de los líderes más notables. Si el ingenio perverso que se puso en la formación de estas redes y sus mecanismos de corrupción se hubiese dedicado a la construcción de instituciones eficientes, otra hubiese sido la historia peruana. Como aquello no sucedió, no nos queda sino reconocer una realidad histórica en la que la corrupción ha tenido una influencia decisiva en épocas claves.

Redes de alta corrupción en el Perú: Poder y venalidad desde el virrey Amat a Montesinos
Alfonso W. Quiroz

A un nivel promedio anual estimado de alrededor de entre 30 y 40 por ciento de los gastos del presupuesto, y de entre 3 y 4 por ciento del PBI en el largo plazo (años de 1820 a 2000), el costo de la corrupción para el desarrollo económico y social peruano en su historia republicana ha sido estructural y consistentemente alto o muy alto, pese a las variaciones cíclicas. Considerando que para alcanzar un crecimiento autosostenido se requiere una tasa de crecimiento media anual del PBI de entre 5 y 8 por ciento en el largo plazo, debido a la corrupción sistémica y descontrolada, el Perú perdió o distribuyó mal el equivalente de aproximadamente el 40 a 50 por ciento de sus posibilidades de desarrollo.

Historia de la corrupción en el Perú
Alfonso W. Quiroz

y control social», que estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Se establece que estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa. El órgano más importante es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, integrado por siete consejeros principales y siete suplentes (artículo 207), con un conjunto amplio de atribuciones en materia de combate contra la corrupción, transparencia y rendición de cuentas, previstas en el artículo 208. La selección de las consejeras y los consejeros se realizará entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley.

Si bien la corrupción estructural y sistémica —como la define Quiroz— ha estado presente en la historia del Perú desde la época colonial, al igual que en otros países latinoamericanos, la magnitud que alcanzó durante el régimen de Fujimori (1990-2001) no tuvo precedentes. A su caída, el régimen provisional de Valentín Paniagua, a través del Ministerio de Justicia, creó un grupo de trabajo denominado «Iniciativa Nacional Anticorrupción» (INA), el cual, al hacer uso de informes anteriores preparados por instituciones internacionales, algunos de ellos de aplicación directa al Perú, determinó el monto aproximado que habían alcanzado los numerosos actos ilegales, preparó un ambicioso diagnóstico e hizo un conjunto de recomendaciones basadas en experiencias internacionales exitosas, con la finalidad de que se creara en el Perú un organismo ad-hoc para combatirla. Este documento, que fue alcanzado a las líderes de los partidos políticos más importantes, no tuvo la divulgación adecuada. Las oficinas y mecanismos creados después para combatir la corrupción no han tenido el apoyo político ni las facultades y medios para el cumplimiento exitoso de su misión. Se trata, sin duda, de una tarea pendiente.

2. LA CUENTA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Artículo 81. La Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General de la República, es remitida por el Presidente de la República al Congreso de la República en un plazo que vence el quince de agosto del año siguiente al de ejecución del presupuesto.

La Cuenta General de la República es examinada y dictaminada por una comisión revisora hasta el quince de octubre. El Congreso de la República se pronuncia en un plazo que vence el treinta de octubre. Si no hay pronunciamiento del Congreso de la República en el plazo señalado, se eleva el dictamen de la comisión revisora al Poder Ejecutivo para que este promulgue un decreto legislativo que contiene la Cuenta General de la República.

El proceso de revisión del gasto público se desarrolla a través de la Cuenta General de la República, que es definida en la doctrina como un anuario oficial que contiene los estados contables de las operaciones de la aplicación de la Ley de Presupuesto (Ugalde, 2000, p. 37). El párrafo 20.1 del artículo 20 del decreto legislativo 1438 (del Sistema Nacional de Contabilidad), la define como un instrumento de gestión que contiene información y análisis de los resultados presupuestarios, financieros, económicos, patrimoniales y de cumplimiento de metas e indicadores de gestión financiera, en la actuación de las entidades del sector público, sin excepción durante un ejercicio fiscal.

En el ordenamiento peruano, el párrafo 5.4 del artículo 5 del decreto legislativo 1438 (del Sistema Nacional de Contabilidad), establece que la Dirección General de Contabilidad Pública del Ministerio de Economía y Finanzas es el órgano rector del Sistema Nacional de Contabilidad a cargo de elaborar la Cuenta General de la República, que procesa las rendiciones de cuenta remitidas por las entidades del sector público, de acuerdo a los estándares internacionales vigentes.

La Contraloría General de la República, órgano rector del Sistema Nacional de Control, es el organismo constitucionalmente autónomo que tiene como atribución presentar anualmente al Congreso de la República el Informe de Evaluación a la Cuenta General de la República, conforme al artículo 22.f de la ley 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República).

Conforme al artículo 81 de la Norma Suprema, reformado por la ley 29401, publicada el 8 de setiembre de 2009, el Presidente de la República remite al Congreso la Cuenta General de la República en un plazo que vence el quince de agosto del año siguiente al de ejecución del presupuesto.

De acuerdo al texto constitucional, la Cuenta General es examinada y dictaminada por una comisión revisora hasta el 15 de octubre²⁵⁴. Sobre la anticipación en que se produce en el Perú este procedimiento de revisión de la Cuenta General de la República y su proyección respecto con el siguiente proceso presupuestario, se considera que la revisión de la cuenta pública anual puede arrojar luces sobre la forma en la que las distintas agencias gubernamentales hacen uso de los recursos públicos. Pueden también ofrecer datos sobre la implementación de las políticas públicas, su diseño y sus alcances, así como su eficacia para atacar un problema social o económico determinado. Se trata de información que debe estar presente en la discusión anual de los instrumentos de política económica. Por ello es importante que el proceso de revisión de la cuenta pública empate con el proceso de aprobación de los ingresos y gastos anuales. Esto significa que la revisión financiera y legal del gasto debe realizarse de forma previa al inicio de la fase parlamentaria del proceso presupuestario, de tal suerte que sus resultados incidan en la discusión de asignación. Si a esta incorporación de resultados orientadores se le agrega los resultados del control de evaluación a cargo de las comisiones, se obtiene un sistema eficiente y comprensivo de control sobre la ejecución del gasto en general y de implementación de políticas públicas en lo particular (Padilla, Nolasco & Gil, 2002, p. 2)²⁵⁵.

²⁵⁴ En nuestra práctica parlamentaria ha sido la Comisión de Presupuesto y Cuenta General.

²⁵⁵ Según el informe de los consultores, en la práctica la Cuenta General era conocida por el pleno del Congreso recién diecisiete meses después de la conclusión del periodo de ejecución presupuestal.

En el derecho comparado, debe destacarse al artículo 74, fracción VI, de la Constitución mexicana, reformado el año 2015, que prevé como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la revisión de la Cuenta Pública del año anterior a través de la Auditoría Superior de la Federación. La Constitución mexicana establece que la revisión de la Cuenta Pública tendrá por objeto conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas. Si del examen que realice la entidad de fiscalización superior del Estado aparecieran discrepancias entre las cantidades gastadas y las partidas respectivas del presupuesto o no existiera exactitud o justificación en los gastos hechos, se determinarán las responsabilidades de acuerdo con la ley. La Constitución mexicana dispone que la cuenta pública del ejercicio fiscal correspondiente deberá ser presentada a la Cámara de Diputados a más tardar el 30 de abril del año siguiente. Excepcionalmente se prevé una prórroga que no excederá de treinta días naturales y, en tal supuesto, la auditoría superior de la federación contará con el mismo tiempo adicional para la presentación del informe general ejecutivo del resultado de la fiscalización superior de la Cuenta Pública.

De ahí que siguiendo este criterio de anticipación para la consecución eficaz de los fines de control del gasto público, como hemos indicado líneas arriba, se reformó el artículo 81 de la Constitución para que la Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General de la República, sea remitida por el presidente al Congreso de la República en un plazo que vence el 15 de agosto del año siguiente a la ejecución del presupuesto²⁵⁶.

El artículo 22 del decreto legislativo del Sistema Nacional de Contabilidad señala las fases del proceso de la Cuenta General de la República: (i) presentación de la rendición de cuentas; (ii) análisis y procesamiento de la información; (iii) elaboración; (iv) informe de auditoría; (v) presentación; (vi) examen y dictamen; (vii) aprobación y (viii) difusión.

²⁵⁶ El texto original establecía que la Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General de la República, es remitida por el presidente de la República al Congreso en un plazo que vence el *15 de noviembre* del año siguiente al de ejecución del presupuesto. En el derecho comparado, cabe resaltar en esta materia al artículo 90 de la Constitución del Japón, que prevé que las cuentas definitivas de los gastos e ingresos del Estado serán objeto de una censura contable anual, realizada por el consejo auditor, y serán presentadas por el Consejo de Ministros a la Dieta, con el informe de esa censura de cuentas, durante el ejercicio económico inmediatamente posterior al período examinado. En América Latina, cabe destacar al artículo 282 de la Constitución paraguaya de 1992, que prevé que el presidente de la República, en su carácter de titular de la administración del Estado, enviará a la Contraloría la liquidación del presupuesto del año anterior, dentro de los cuatro meses del año siguiente. En los cuatro meses posteriores, la Contraloría deberá elevar informe y dictamen al Congreso, para que los considere cada una de las Cámaras.

El párrafo 29.1 del artículo 29 del decreto legislativo del Sistema Nacional de Contabilidad prevé que la aprobación de la Cuenta General de la República no implica la aprobación de la gestión ni de los actos administrativos de las autoridades del sector público, quienes son objetos de control y pasibles de sanción por la autoridad competente.

El párrafo 29.2 del artículo 29 del decreto legislativo del Sistema Nacional de Contabilidad establece la siguiente secuencia en la aprobación de la Cuenta General de la República:

1. El Pleno del Congreso de la República se pronuncia en un plazo que vence el 30 de octubre.
2. Si el Congreso de la República no se pronuncia en el plazo señalado, el dictamen de la Comisión Revisora se remite al Poder Ejecutivo dentro de los quince días calendario siguientes para que la promulgue por decreto legislativo.
3. El plazo para la promulgación por el Poder Ejecutivo es dentro de los quince días calendario siguientes de recibido el dictamen.

3. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Artículo 82. La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

La Constitución de 1979 fue la primera en establecer al organismo de control con su denominación de Contraloría General de la República, en su artículo 146:

Artículo 146. La Contraloría General, como organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control, supervigila la ejecución de los presupuestos del sector público, de las operaciones de la deuda pública y de la gestión y utilización de bienes y recursos públicos. El Contralor General es designado por el Senado, a propuesta del Presidente de la República por el término de siete años. El Senado puede removerlo por falta grave. La ley establece la organización atribuciones y responsabilidades del Sistema Nacional de Control.

La Constitución peruana de 1993 define a la Contraloría General de la República como una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Se le asigna como competencias constitucionales: supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. Su titular es el Contralor General, designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Solo puede ser removido por el Congreso por falta grave²⁵⁷.

Sobre el órgano de control del gasto público en el derecho comparado, se ha extendido el modelo de una entidad de auditoría especializada y técnica, superando al modelo español del Tribunal Mayor de Cuentas²⁵⁸.

Así, el modelo que inspira a nuestra Contraloría General de la República y la de muchos países latinoamericanos es el estadounidense de la GAO (*General Accounting Office*),

²⁵⁷ Consideramos que tales faltas, en tanto no estén debidamente tipificadas, no pueden sino interpretarse como conductas punibles apreciables por el Congreso. Pueden considerarse como tales la falta de honestidad, el abandono notable de sus deberes, la ineficiencia manifiesta, la irregularidad en el desempeño de sus funciones. A nuestro juicio, la Constitución debería, adicionalmente, prever como causas de remoción la incapacidad física o mental.

²⁵⁸ En el artículo 136 de la Constitución española de 1978 lo prevé y establece que las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por este. Asimismo, se prevé que el Tribunal de Cuentas remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que a su juicio se hubiere incurrido. Se reconoce a sus miembros las garantías de independencia e inamovilidad de los magistrados judiciales. Cabe señalar que actualmente el control de la actividad económico-financiera del Estado español ya no está centralizado en el Tribunal de Cuentas, el cual colabora con el Tribunal de Cuentas Europeo, institucionalizado por el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea. En América Latina, cabe destacar en la dirección del modelo de Tribunal de Cuentas a la Constitución uruguaya de 1967, que prevé en su artículo 208 un Tribunal de Cuentas de siete miembros, designados por la Asamblea General, por dos tercios de votos del total de sus miembros. Se reconoce en el artículo 210 que el Tribunal de Cuentas actuará con autonomía funcional. En el artículo 211 prevé las siguientes atribuciones del Tribunal de Cuentas: a) Dictaminar e informar en materia de presupuestos; b) Intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al solo efecto de certificar su legalidad, haciendo en su caso las observaciones correspondientes; c) Dictaminar e informar respecto de la rendición de cuentas y gestiones de los órganos del Estado, inclusive gobiernos departamentales, entes autónomos y servicios descentralizados, cualquiera sea su naturaleza, así como, también, en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad, exponiendo las consideraciones y observaciones pertinentes; d) Presentar a la Asamblea General la memoria anual relativa a la rendición de cuentas; e) Intervenir en todo lo relativo a la gestión financiera de los órganos del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y denunciar, ante quien corresponda, todas las irregularidades en el manejo de fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad; f) Dictar las ordenanzas de contabilidad, que tendrán fuerza obligatoria para todos los órganos del Estado, gobiernos departamentales, entidades autónomas y servicios descentralizados, cualquiera sea su naturaleza; y g) Proyectar sus presupuestos que elevará al Poder Ejecutivo, para ser incluidos en los presupuestos respectivos. El Poder Ejecutivo, con las modificaciones que considere del caso, los elevará al Poder Legislativo, estándose a su resolución.

creada por la Ley de Presupuesto y Contabilidad (*Budget and Accounting Act*) de 1921 y que constituye una entidad independiente que colabora con el control parlamentario del Congreso (Pretei, 1997, pp. 26-27)²⁵⁹. En *Bowsher v. Synar* (1986), la Corte Suprema definió al auditor general —que jefatura la GAO— como funcionario del Poder Legislativo porque puede ser removido por ley y «con causa» (Smith, 2010, I, p. 160, n. 228).

En 1978, se creó en Estados Unidos la Oficina del Inspector General a cargo de auditorías e investigaciones y para prevenir y detectar fraudes en la Administración, constituyendo un sistema de control interno.

En la Constitución peruana de 1993, el concepto clave en materia de competencias de la Contraloría General es el de supervisión. Así, la Norma Suprema, en el precitado artículo 82, le asigna la supervisión de la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

En esa dirección, la ley 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República), ley de desarrollo constitucional y de garantía institucional de su autonomía, establece, en su artículo 15, literal a, como atribución del Sistema Nacional de Control:

Efectuar la supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado, el cual también comprende supervisar la legalidad de los actos de las instituciones sujetas a control en la ejecución de los lineamientos para una mejor gestión de las finanzas públicas, con prudencia y transparencia fiscal, conforme a los objetivos y planes de las entidades, así como de la ejecución de los presupuestos del sector público y de las operaciones de la deuda pública.

Parejo define al control como un supraconcepto que aún está por delimitarse y que ha evolucionado en la técnica de la supervisión:

El control es hoy un supraconcepto polisémico que el derecho positivo emplea sin mayor rigor y está aún falto también de adecuada construcción dogmática. Alude genéricamente (y responde, por ello, a la correspondiente necesidad) a la regulación, el dominio o el gobierno de un sistema, es decir, en lo que aquí interesa tanto del aparato de poder, como de la vida social, por lo que —desde tal punto de vista—

²⁵⁹ En ese sentido, Pretei anota que: «La ley de presupuesto y control de 1921, ya mencionada, crea la figura de un contralor general independiente del poder ejecutivo y regula el funcionamiento de la GAO en lo que hasta hoy constituye su estatuto básico. Esta ley no dice específicamente que la oficina general de la contraloría es parte del congreso, pero al enumerar sus funciones surge claramente que responde a cualquier iniciativa de cualquiera de las dos cámaras o de sus comisiones. A poco de su creación, y por varios años, hubo intentos de restar poder a la GAO o transferirla a la órbita del poder ejecutivo, pero el congreso mantuvo invariablemente el apoyo al cuerpo como un brazo independiente del poder legislativo» (1997, p. 44).

encuentra su raíz histórica en el *ius inspectionis* inscrito en la *summa potestas* o supremo señorío del Antiguo Régimen y es fruto, por tanto, de una larga evolución histórica que, sobre la base de la función de cuidado o vela, conduce a la vigilancia (y los instrumentos de que la misma se sirve: la información, la verificación, la comprobación y la inspección, así como las correspondientes medidas de reacción) y su variedad más actual: la supervisión; evolución en la que todas esas técnicas han acabado englobadas en esta voraz categoría de la que vamos a ocuparnos (Parejo, 2016).

En el artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, se desarrolla una amplia variedad de atribuciones de la Contraloría General, de manera tal que la supervisión no es propiamente una potestad, sino un conjunto de potestades atribuidas al órgano rector del Sistema Nacional de Control, entre inspectoras, normativas y consultivas. A este conjunto complejo de potestades se la ha agregado la potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional con la ley 29622.

A nuestro juicio, la legislación de desarrollo constitucional debe orientar las atribuciones y potestades de la Contraloría General de la República a procurar exigir de la Administración Pública: responsabilidad funcional, transparencia, combate a la corrupción, rendición de cuentas y participación ciudadana.

El control externo en el derecho comparado se desarrolla a través de oficinas nacionales de auditoría, que ejercen el control de las operaciones de gasto del Ejecutivo. Es el caso, entre otros países, de Canadá, Reino Unido²⁶⁰, Suecia²⁶¹ y Nueva Zelanda²⁶².

²⁶⁰ En Reino Unido, se creó en 1983 la NAO (*National Audit Office*) como un brazo del Legislativo en materia de control. Pretei apunta que: «La NAO está encabezada por el contralor y auditor general, que es nombrado por la reina por recomendación del primer ministro en consulta con el presidente del comité de las cuentas públicas de la cámara de los comunes. Su nombramiento no tiene término fijo y solo puede ser dejado cesante por decisión de la reina o instancias de las dos cámaras legislativas. Para realzar su independencia se ha establecido que perciba su sueldo directamente un fondo consolidado, sin necesidad de que haya una aprobación de fondos por parte de ningún poder. El uso de fondos por parte de la NAO es auditado por una empresa comercial de auditoría» (1997, p. 110).

²⁶¹ El Instrumento de Gobierno (Constitución) de Suecia dedica el capítulo XII al «Poder de control»: el artículo 1 prevé en esta materia en el Parlamento a la Comisión Constitucional que revisa la gestión de los ministros, así como la administración de los asuntos de gobierno, y con este motivo tendrá acceso a las actas de los acuerdos adoptados sobre materias de gobierno y a los documentos relativos a dichos acuerdos. Asimismo, el artículo 7 prevé que el Parlamento elige en su seno unos censores que inspeccionarán la actividad estatal, pudiendo el Parlamento acordar que la inspección de los censores abarque también otras actividades. Los censores podrán conforme a lo que disponga la ley, recabar los documentos, datos e informes que necesiten para su labor de inspección. Pretei (1997, p. 130) señala que el Ejecutivo tiene su propio órgano de auditoría, la Oficina Nacional de Auditoría, a cargo del Auditor General, nombrado por el gobierno por un período de seis años con la posibilidad de ser reelegido.

²⁶² Pretei señala que: «El control externo está a cargo del contralor y auditor general. La oficina del contralor, que data de 1865, fue combinada con la del auditor general en 1878. Comprende dos grandes

En América Latina, cabe citar de manera relevante el modelo de la poderosa y peculiar Contraloría General de la República de Chile. En la Constitución Política de la República de Chile, de 1980, con sucesivas reformas bajo regímenes democráticos, actualmente se le dedica el capítulo X («Contraloría General de la República») y goza de una amplia gama de competencias y atribuciones de control de legalidad y fiscalización que, a nuestro juicio, la configuran como un auténtico *Cuarto Poder del Estado*.

La Constitución chilena, en su artículo 98, prevé que el Contralor General de la República es designado por el presidente de la República, con acuerdo del Senado, adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, y será inamovible en su cargo hasta cumplir 75 años de edad:

Artículo 98. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva. El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un periodo de ocho años y no podrá ser designado para el periodo siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.

divisiones, una que es la oficina del auditor propiamente dicha, y otra la *Audit New Zealand*. La primera fija las políticas y la segunda provee los servicios. *Audit New Zealand* debe competir en la provisión de sus servicios con empresas de auditoría del sector privado. La oficina del auditor general es independiente, responde al parlamento, pero el plan de trabajo es definido fundamentalmente dentro de la oficina. Esta tiene un amplio campo de acción y audita y controla a todo el gobierno central, a todos los entes autónomos y las empresas del estado y a los gobiernos locales. La oficina interactúa con dos comités del parlamento, con el comité de funcionamiento del parlamento y con el comité de cuestiones administrativas del gobierno. El elemento de contralor en el título proviene de principios constitucionales, ratificados en la revisión constitucional de 1986 y en la ley de finanzas públicas de 1989, en el sentido de que se requiere un acto parlamentario para poner en vigencia un impuesto o para contraer empréstitos o para gastar cualquier suma del erario público. El contralor vigila en nombre del parlamento que estos principios se cumplan» (1997, p. 176). A nuestro juicio, este es un fundamento jurídico que justifica plenamente se reforme la Constitución peruana en el sentido de que la Contraloría sea un órgano de asistencia técnica del Congreso de la República.

En el modelo chileno, el Contralor ejerce un amplio control de legalidad²⁶³. Así, el artículo 99 de la Constitución (modificado por ley 20.050 de 2005) prevé que el Contralor General:

Artículo 99. En ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara. Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución. Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que este resuelva la controversia. En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional (Madariaga, 1993, pp. 121-122)²⁶⁴.

²⁶³ Madariaga define el control de legalidad en los siguientes términos: «[...] persigue someter la administración a la ley y mantener la jerarquía normativa del sistema jurídico. Así, su basamento último está, en concepto de la teoría pura del derecho de Kelsen, en la unidad de validación donde la norma fundamental —de índole constitucional— juega el papel de una hipótesis básica, de modo tal que, partiendo del supuesto que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado. Y siendo aquella una hipótesis necesaria, será válida solo la parte del restante ordenamiento que se someta íntegramente a sus prescripciones» (1993, p. 77).

²⁶⁴ La jurista chilena precisa: «El organismo fiscalizador preventivo de la legalidad del acto administrativo, en nuestro sistema jurídico, es la Contraloría General de la República. Recepcionado por ella un decreto o resolución, debe examinar su correspondencia con las fuentes normativas superiores del sistema. Si existe una adecuación total a esas disposiciones, dará curso sin reparos al acto sujeto a su control preventivo [...] Si a juicio del organismo fiscalizador no existiere correspondencia entre el decreto o resolución y la ley o la Constitución, deberá *representarlo*, absteniéndose de darle curso ordinario (oficio devolutorio). Nace aquí la facultad del Ejecutivo para insistir, mediante un decreto de insistencia, suscrito por el presidente de la República y el gabinete en pleno, en que se ordena al Contralor se dé trámite regular al decreto inicialmente observado por el órgano de su dependencia». Sobre los decretos con fuerza de ley en el ordenamiento chileno, para Soto Kloss «no son sino actos legislativos (presidenciales) que el presidente de la República dicta sobre determinadas materias y bajo determinadas exigencias, en virtud de una expresa delegación de facultades que le hace el Congreso Nacional a través de una ley delegatoria» (1996, p. 33). En consecuencia, son equivalentes a nuestros decretos legislativos.

En algunos países de América Latina, el Contralor General depende del Congreso o está bajo su esfera de influencia (Costa Rica²⁶⁵, Colombia²⁶⁶, Argentina²⁶⁷).

Se debe resaltar el modelo argentino en materia del control y auditoría del gasto público. El artículo 85 de la Constitución, reformada en 1994, establece que el examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la Administración Pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación, que es definida como organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional. Esta autonomía supone una prohibición de que se emitan a la Auditoría órdenes y directivas del gobierno. Se integrará del modo que establezca la ley, que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría de los miembros de cada cámara. El presidente del organismo es designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

A nuestro juicio, la Constitución peruana debe ser reformada, definiendo a la Contraloría General de la República como un organismo de asistencia técnica del Congreso, en su función de control político, con independencia funcional en la elaboración de sus informes y pronunciamientos (cfr. Kresalja & Ochoa, 1999, pp. 766-768). El actual sistema de nominación del Contralor General, mediante una propuesta del Poder Ejecutivo, lo vincula precisamente al órgano del Estado

²⁶⁵ El artículo 183 de la Constitución de Costa Rica de 1949 estableció que la Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. Está a cargo de un contralor y un subcontralor, quienes serán nombrados por la Asamblea Legislativa (parlamento unicameral costarricense) dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes. El Contralor y el Subcontralor responden ante la Asamblea Legislativa por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobara ineptitud o proceder incorrectos.

²⁶⁶ La Constitución colombiana de 1991 no prevé expresamente una dependencia directa del Congreso, pero sí una estrecha vinculación con este debido a su poder en la designación del Contralor. El artículo 267 de la Constitución colombiana de 1991, reformado por Acto Legislativo 2 de 2015, prevé que el Contralor será elegido por el Congreso en pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública sobre la base de lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. El precitado artículo prevé que solo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo.

²⁶⁷ El artículo 85 de la Constitución de la nación argentina, reformada en 1994, establece que el control externo del sector público nacional, en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

en el cual más debe enfocar su función de supervisión por la magnitud de recursos públicos que gestiona.

En esta materia, es importante resaltar el rol de control político de las comisiones investigadoras del Congreso de la República²⁶⁸. El artículo 97 de la Norma Suprema establece que: «El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial». Asimismo, prevé que, para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria, excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales. A nuestro juicio, la Contraloría General de República debería cumplir un rol de asistencia técnica a estas comisiones investigadoras para potenciar su eficacia.

De igual manera, es relevante, en materia de la función contralora, citar en el derecho comparado a la Contraloría General de Colombia, en el marco de la Constitución de 1991. En la sentencia de C-599/11 de la Corte Constitucional, se resume la doctrina jurisprudencial del sobre su naturaleza y atribuciones de vigilancia y control fiscal:

En síntesis, es de concluir que la vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin «la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la Administración en el cumplimiento de los fines del Estado. Estas medidas se enmarcan en la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado». [...]

En conclusión, la Contraloría General de la República es el máximo organismo de vigilancia y control fiscal en la organización estatal colombiana, que cuenta con una cláusula general de competencia con el fin de ejercer estas funciones en el marco del Estado social de derecho, los principios y parámetros constitucionales y jurisprudenciales respecto de la naturaleza, objetivos y finalidades, sujetos, objeto, modo y forma de ejercer la vigilancia y control fiscal.

²⁶⁸ En el derecho parlamentario peruano, Delgado Güembes (1992, pp. 288-289) cita que los dos primeros casos de comisiones investigadoras de las que se tiene antecedentes históricos corresponden a los años de 1895 y 1896, respectivamente. El primero para investigar las defraudaciones cometidas en las oficinas fiscales desde el año de 1884 y el segundo sobre la inculpación formulada por la *Peruvian Corporation* de haber invertido fuertes sumas de dinero en facilitar la aprobación por las cámaras del Congreso peruano del contrato celebrado por dicha compañía sobre la cancelación de la deuda externa.

4. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 76. Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Cassagne define al contrato administrativo como categoría jurídica del derecho público y destaca entre sus principales caracteres, la intangibilidad de los derechos económicos de los particulares que contratan con el Estado:

El contrato administrativo, como categoría jurídica peculiar del derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la Administración mediante la institución contractual que, correlativamente le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos. En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi*, interpretación, equilibrio financiera etcétera) (Cassagne, 2006, p. 63).

Para el cumplimiento de sus fines, el Estado necesita adquirir bienes y servicios de proveedores públicos o privados, así como requiere la construcción de infraestructura mediante la contratación administrativa o pública. Como consecuencia, el Estado se constituye en el principal comprador y contratante, siendo que, por su magnitud, la contratación pública se constituye en un instrumento principal de la política económica nacional²⁶⁹. En tanto los contratos privados se rigen por la autonomía de la voluntad, con los límites propios establecidos en los códigos correspondientes, los contratos públicos, por la existencia de fondos públicos, están sometidos a principios generales de publicidad, objetividad, equidad, concurrencia, igualdad de trato y transparencia, con la finalidad constitucional de adjudicar el contrato a la mejor oferta o la más conveniente con miras al interés público (Rodríguez Arana, 2011, p. 33).

²⁶⁹ El documento «Avance de investigación sobre contrataciones y adquisiciones» de la organización no gubernamental *Ciudadanos al Día*, señaló que, durante el año 2006, el conjunto de entidades del Estado (Gobierno Nacional, gobiernos regionales, locales y empresas públicas) realizaron compras por un monto equivalente al 41% del presupuesto nacional y al 12% del PBI. Fuente: <http://www.ciudadanosaldia.org>.

Sobre el particular, la Constitución peruana de 1993, en su artículo 76, establece que las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes²⁷⁰. Asimismo, prevé que la contratación de servicios y proyectos, cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto, se hace por concurso público. Se remite a la ley establecer el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades. En consecuencia, la contratación pública queda predefinida por el bloque normativo integrado, en primer lugar, por la Constitución, a diferencia del principio de la autonomía de la voluntad del particular que rige en el derecho privado (Meilán, 2013, p. 41).

Del texto del artículo se infieren las siguientes reglas:

- La adquisición de bienes y servicios y la contratación de obras, siempre y cuando se utilice fondos o recursos públicos²⁷¹, requieren de licitación pública y se celebran mediante contrato público.
- La adquisición de servicios de toda naturaleza con utilización de fondos o recursos públicos se hace por concurso y contratación públicas, dentro de los márgenes cuantitativos que establezca la Ley Anual de Presupuesto.
- Rige una reserva de ley para establecer el procedimiento, las excepciones —y exoneraciones— y las responsabilidades. Así, por ejemplo, son excepciones al procedimiento ordinario los supuestos de exoneraciones de licitación y concurso público, previstos en la Ley de Contrataciones del Estado, en situaciones de emergencia o de urgencia. Sobre la reserva de ley, los fundamentos 17, 18 y 19 de la sentencia del Tribunal Constitucional, pronunciada el 17 de mayo de 2004, Expediente 020-2003-AI/TC (caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima), precisan sus alcances: «Es evidente entonces que en la disposición sub análisis existe una reserva de ley para determinar los procedimientos, las excepciones y responsabilidades en las obras, adquisición de bienes y contratación de servicios. Ese el caso de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que constituye una norma

²⁷⁰ A nuestro juicio, la aplicación de la licitación pública para la «enajenación» de bienes a que se refiere este artículo no es técnicamente correcta, por cuanto lo que corresponde legalmente es la subasta pública, que es el procedimiento que utiliza el Estado para vender sus bienes. No puede confundirse con la licitación pública, que es utilizada para seleccionar cuando se trata de la adquisición de determinados bienes y servicios para el Estado o para la contratación de la construcción de obras públicas.

²⁷¹ El numeral 18.1 del artículo 18 del Decreto Legislativo 1440 preceptúa que los ingresos públicos financian los gastos que genera el cumplimiento de los fines institucionales, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

de desarrollo constitucional, y en la que se establecen los casos en los cuales el Estado está exceptuado de efectuar adquisiciones bajo los procesos de selección en ella señalados (artículos 19 y 20 de la Ley), así como las responsabilidades solidarias para el caso de los miembros del comité especial encargado de llevar a cabo el proceso de selección» (fundamento 17); «Este Tribunal considera, sin embargo, que cuando la Constitución prescribe que: “la ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”, no se refiere exclusivamente a las excepciones del artículo 19º del TUO, pues el artículo 76 de la Constitución no hace referencia a las disposiciones de una ley específica, sino a los mecanismos y principios que deben regir obligatoriamente la contratación estatal» (fundamento 18); «En consecuencia, si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76 de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública». Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario» (fundamento 19)²⁷².

4.1. Los principios y el orden constitucional

Sobre la base de la doctrina del derecho administrativo, que ha ido evolucionando hacia un derecho global de la contratación pública²⁷³, debemos referirnos a los principios generales que rigen en esta materia, a nivel internacional y que consideramos de relevancia constitucional, entre ellos: la libre competencia, la igualdad

²⁷² A nuestro juicio, no debería ser viable jurídicamente la utilización de decretos de urgencia para disponer exoneraciones al margen de las previsiones de la Ley de Contrataciones del Estado. Así, permitir que paralelamente se utilice los decretos de urgencia, como ocurre en nuestra práctica administrativa, para exonerar de los procedimientos ordinarios de contratación pública, es contrario al principio de transparencia de todos los actos públicos de los gobernantes, que es inherente a un Estado constitucional y a una cultura democrática.

²⁷³ Sostenido en la doctrina, entre otros, por Moreno Molina, 2011, pp. 37 ss.; Rodríguez Arana, 2011, pp. 29-54. Empero, como señala Cassagne: «Ese derecho global tiene carácter fragmentario y que carece, por lo común, de fuerza vinculante y coexiste con el derecho emergente de los tratados bilaterales de libre comercio cuyas cláusulas vinculan a los respectivos países y, por si fuera poco, convive también con el derecho proveniente de los acuerdos de integración en los cuales, la fuerza del carácter vinculante es menor, salvo en materia de responsabilidad internacional del Estado incumplidor» (2014, pp. 195-196).

entre los oferentes, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficacia y la buena fe. Estos principios generales pueden entenderse en tres dimensiones: (i) como fuente de derecho; (ii) como elemento informador y transversal de todo el ordenamiento jurídico-administrativo; (iii) en su conexión con la dimensión ética y en su proyección sobre el plano de los valores (Rodríguez Arana, 2011, pp. 37-38).

El principio de libre competencia promueve la defensa del interés económico de la Administración en la contratación, pues solo al operar dentro de un mercado de libre competencia, se puede obtener el mejor precio o la mejor oferta de adhesión para el esquema contractual diseñado por la Administración (Monedero Gil, 1977, p. 331)²⁷⁴. Así, las reglas de los procedimientos de selección para contratar con el Estado deben fomentar una competencia amplia, objetiva e imparcial y la participación plural de postores potenciales (Morón Urbina, 2014a, p. 227). Empero, no es un principio absoluto, por cuanto la legislación puede establecer impedimentos para contratar con el Estado y con criterios de razonabilidad, las bases de los procesos de selección pueden exigir requisitos de idoneidad técnica y solvencia económico-financiera (Dromi, 1977, p. 100). Sin embargo, en caso de duda, esta debe ser resuelta siempre a favor del principio de libre competencia (Delpiazzo, 2006, I, p. 555).

El principio de igualdad se deriva del derecho fundamental de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 2.2 de la Constitución²⁷⁵. De este principio, se deriva que, a lo largo del desarrollo del procedimiento, los concurrentes se hallarán en la misma situación, obtendrán las mismas facilidades y podrán efectuar sus ofertas sobre las mismas bases. Así, toda ventaja concedida por la entidad pública a favor de un postor, que simultáneamente no haya sido otorgada a los demás, lesiona y restringe el principio de igualdad de acceso a la contratación pública (Dromi, 1997, p. 101). Supone un trato discriminatorio que vicia de nulidad el procedimiento administrativo de selección. Sobre la aplicación del principio de igualdad en el procedimiento administrativo, el Tribunal Constitucional se pronunció en la STC Exp. 04293-2012-PA/TC (caso Consorcio Requena), en una demanda de amparo

²⁷⁴ La ley 30225 (Ley de Contrataciones del Estado), en su artículo 2, literal a, lo prevé en los siguientes términos: «Las entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre competencia de proveedores».

²⁷⁵ La ley 30225 (Ley de Contrataciones del Estado), en su artículo 2, literal b, lo prevé en los siguientes términos: «Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas, y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva».

contra la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Así, en el fundamento 23, analiza el término de comparación entre dos resoluciones administrativas que evidenciaban vulneración al principio de igualdad:

En el presente caso, para la evaluación de la Resolución 170-2012-TC-S1, se ha planteado como término de comparación la reciente Resolución 0 97-2012-TCS 1, de fecha 15 de enero de 2012. Para tal efecto, se verifica que ambas han sido emitidas por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE; que la Sala en mención estuvo conformada por los mismos integrantes (Basulto Liewald, Seminario Zavala y Isasi Berrospi), que opinaron acerca del mismo supuesto de hecho, o sea, de la acreditación de los requisitos mínimos para el personal profesional de ingeniería, y que en ambas se expusieron pareceres distintos, por lo que es un parámetro válido para evaluar la afectación a la igualdad. En consecuencia, corresponde a continuación examinar si la Resolución 170-2012-TC-S1 ha ofrecido una justificación objetiva y razonable para realizar un trato desigual.

En la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, del caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima, en su fundamento 13, define el trato igualitario en un procedimiento de selección en el que «habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado».

Este principio supone una igualdad de trato entre proveedores nacionales y extranjeros, aun cuando no es absoluto, por cuanto se admite en el derecho global de la contratación pública que legislativamente en el derecho interno se puedan establecer modalidades de discriminación inversa o positiva, tales como el «margen de preferencia», para promover a los proveedores y contratistas locales o a grupos o sectores productivos desfavorecidos de la sociedad (cfr. Moreno Molina, 1996)²⁷⁶. Así, en el marco de las Naciones Unidas, la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNMDI) sobre la Contratación

²⁷⁶ Moreno Molina señala, comentando la ley modelo sobre la contratación pública de bienes y obras de 1994, que esta reconoció que todo Estado puede desear restringir en ciertos casos la participación extranjera para proteger determinados sectores vitales de su capacidad industrial contra los efectos nocivos de una competencia extranjera descontrolada. Con esta técnica, se ofrece a los Estados un instrumento para equilibrar el objetivo de una mayor participación internacional en contratación con el fomento de la capacidad industrial nacional, sin tener que recurrir a una contratación exclusivamente interna. La aplicación de un margen de preferencia permite a la entidad pública seleccionar la oferta de menor precio de un proveedor o contratista local cuando la diferencia entre el precio de esa oferta y el precio más bajo de los competidores extranjeros sea inferior a ese margen de preferencia. Ello permite que la entidad pública favorezca a los proveedores y contratistas locales que sean capaces de acercarse a los precios competitivos internacionales.

Pública de 2011, en su artículo 11.3.b, reconoce la posibilidad de considerar como criterio de evaluación:

Un margen de preferencia otorgado a los proveedores o contratistas nacionales o a los bienes de origen interno u otro tipo de preferencia, de estar autorizado o ser exigido por el reglamento de la contratación pública u otra norma aplicable de derecho interno. El margen de preferencia se calculará con el reglamento de la contratación pública.

Asimismo, como señala Morón, existen políticas públicas de fomento de determinadas actividades que son priorizadas por el Estado, en armonía con fines constitucionales de promoción de la igualdad material o sustantiva, que fundamentan la aplicación de técnicas de discriminación positiva a favor de sectores de proveedores en las normas de contratación pública: criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y descentralización del Estado (artículo 77); la protección de la persona discapacitada (artículo 7); brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59); y la promoción de las pequeñas empresas (artículo 59) (Morón Urbina, 2006, pp. 307-308).

La aplicación de la discriminación positiva puede ser instrumento de políticas públicas de aquellos Estados que asumen un rol de rectoría del desarrollo del país como el nuestro conforme al artículo 58 de la Norma Suprema. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia del caso de acción de inconstitucionalidad promovida contra la ley 27633, modificatoria de la ley 27143 (Ley de Promoción Temporal al Desarrollo Productivo Nacional), que establecía una bonificación del 20% en los procesos de selección de contratación estatal a los bienes y servicios calificados como nacionales. En el fundamento 2 de la STC Exp. 018-2003-AI/TC, del 26 de abril de 2004, el Tribunal Constitucional, al analizar la aplicación del principio de razonabilidad, asumió el criterio que la ley era justificada por cuanto:

- a) La medida especial de promoción temporal del desarrollo productivo nacional establecida en la ley 27633 se adopta porque, conforme a la política legislativa económica establecida por el Estado, este prevé que a través de ella se contribuirá a asegurar el desarrollo de la producción nacional; y por consiguiente, a fomentar el empleo, la riqueza nacional y el bienestar general de la población.
- b) Dicha medida especial es parte del supuesto estatal de la peculiar e inconveniente realidad económica y social del país.
- c) Asimismo, se ampara en el cumplimiento de los deberes y competencias estatales previstas en los artículos 44, 58 y 59 de la Constitución.

En efecto, el artículo 44° hace referencia a la promoción del bienestar general y el desarrollo de la Nación; el artículo 58° alude a la responsabilidad del Estado

en cuanto a la orientación del desarrollo del país y a la promoción del empleo para sus habitantes; y el artículo 59° prescribe la obligación de estimular la creación de la riqueza nacional.

El principio de publicidad, que es un principio general del procedimiento administrativo, se manifiesta en un doble sentido: (i) la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento de la convocatoria de la Administración y amplíe así su concurrencia y competencia; (ii) que la licitación y el concurso público son abiertos al público en general y a los postores en particular. A nuestro juicio, sería contrario a la Constitución establecer en la legislación, dentro de las modalidades de la licitación y el concurso público, a las licitaciones privadas o restringidas a determinados postores²⁷⁷.

En la Convención Interamericana contra la Corrupción, la publicidad no solo es un principio de amplio espectro destinado a enervar las maniobras de corrupción, sino que se vincula a la equidad y eficiencia de los sistemas de contratación pública (Delpiazzo, 2006, p. 548).

El principio de transparencia abarca diversidad de aspectos: el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control (Dromi, 1997, p. 105). Morón afirma que la noción de transparencia ha trascendido al tradicional principio de publicidad, que por lo general se limitaba al aspecto pasivo de la relación Administración-ciudadano. Actualmente, se refiere a una forma de actividad estatal de una Administración Pública tan abierta a los ciudadanos como le sea posible respecto a las decisiones y actos que adopte para responder a sus expectativas por la gestión pública confiada (*accountability*) (Morón Urbina, 2006b, pp. 198-199). Meilán la relaciona con la igualdad para garantizar que no existe riesgo de favoritismo y arbitrariedad (2013, p. 48)²⁷⁸. Así, la Administración contratante debe motivar expresa y detalladamente las decisiones que descarten una oferta (Moderne, 2006, I, p. 267).

En nuestra jurisprudencia constitucional, en el fundamento 13 de la sentencia del Tribunal Constitucional, en el mencionado caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima, se precisa que «el principio de transparencia estará garantizado

²⁷⁷ Cuando la Norma Suprema alude a licitación y concurso público está aludiendo a la publicidad del proceso de selección. Dromi distingue entre ambas modalidades que no pueden ser confundidas: «En la licitación pública la concurrencia de oferentes es libre, en la licitación privada es limitada. En la licitación pública es limitada. En la licitación pública, la presentación de ofertas obedece a un llamado efectuado en forma pública y objetiva por la administración. En la licitación privada, dicha presentación responde a una invitación que se notifica en forma personal y directa. En suma, en la licitación pública, pueden ser oferentes todas las personas que se ajusten a las condiciones reglamentarias; en tanto que, en la licitación privada, los participantes son llamados por una ‘carta-convite’» (1977, p. 115).

²⁷⁸ Meilán cita a la STJCE del 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99.

cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general».

El principio de objetividad supone la obligación de la Administración Pública de realizar una exacta ponderación de los intereses en juego en el proceso de selección para contratar con el Estado (López Menudo, 1992, p. 52)²⁷⁹. Así, todo proceso de selección debe basarse en criterios de evaluación y calificaciones objetivas, debidamente motivadas y accesibles de manera transparente a todos los postores.

El principio de eficacia está centrado o definido en el logro de los fines públicos (Benavides, 2013, I, p. 331). Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que cita al administrativista español Luciano Parejo:

La eficacia es, en palabras de Luciano Parejo Alfonso, «una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo». El mismo autor añade que «en definitiva, la eficacia es la traducción [...] de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de ‘socialidad’ del Estado». [...]

La Administración solo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente el valor eficacia implica una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal *en su resultado* (Corte Constitucional, sent. T-1701/00, cursiva agregada).

En la doctrina nacional, Verónica Rojas (2013, p. 526) distingue entre eficiencia y eficacia en la contratación pública: (i) el eficiente y transparente uso de los fondos públicos (eficiencia)²⁸⁰ y (ii) la satisfacción del interés público con la entrega oportuna de los suministros de bienes, servicios y de obras públicas (eficacia)²⁸¹.

²⁷⁹ Está reconocido expresamente en el artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 que declara que: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

²⁸⁰ La eficiencia no solo se debe enfocar en términos económicos, como la miden los neoliberales, sino también sociales. Así, el artículo 77 de la Norma Suprema establece que: «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 esa dirección, la ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, asume en el artículo 2, literal h) como principio que rige las contrataciones la sostenibilidad ambiental y social: «En el diseño y desarrollo de los procesos de contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano».

²⁸¹ En el artículo 2, literal f, de la ley 30225 (Ley de Contrataciones del Estado), se definen así: «El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento

En la precitada sentencia del caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima, se recoge los principios de eficacia y eficiencia en la contratación pública (fundamentos 12 y 13):

La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de los principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos (fundamento 12) [...] Finalmente, la eficiencia en el manejo de recursos no solo será exigible en la adjudicación a la mejor oferta técnica y económica, sino también en el diseño del propio programa anual de adquisiciones de cada Entidad efectúe respecto a sus necesidades (fundamento 13).

En esa dirección, el principio de eficacia se debería conexionar directamente con el derecho fundamental a la buena administración, que a nivel del derecho comparado está previsto en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El principio de buena fe, de origen civilista y que se está extendiendo al derecho público, se aplica en los contratos estatales con mayor intensidad que en los privados, como norma de conducta no solo en la celebración, ejecución y extinción del vínculo contractual, sino que además tiene múltiples manifestaciones en el régimen jurídico de estos contratos, principalmente en el principio de equilibrio económico de las prestaciones recíprocas (Araujo Juárez, 2013, I, p. 199)²⁸².

En la doctrina colombiana, se afirma que el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato se fundamenta en principios constitucionales: el deber general que tiene el Estado de reparar los daños antijurídicos generados por sus actuaciones, la obligación de mantener la igualdad ante las cargas públicas, la garantía del patrimonio de los particulares y el deber de garantizar

de los fines, metas u objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos».

²⁸² En la ley 30255 (Ley de Contrataciones del Estado), está previsto, en el artículo 2, literal i, como principio de equidad: «Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general».

la vida, honra y bienes de las personas. En consecuencia, el cocontratante de la Administración tiene el derecho a que su remuneración en un contrato administrativo se mantenga intangible, a pesar de que ocurran acontecimientos que alteren las condiciones tenidas en cuenta al momento de proponer o contratar, según el caso (Escobar Gil, 2003, p. 427 ss.; Rodríguez Libardo, 2011, p. 70).

Antes de finalizar este capítulo, es preciso referirnos a la desprotección en que se encuentran las empresas nacionales cuando se trata de adquisiciones y contrataciones realizadas dentro del marco de convenios internacionales. El literal f del artículo 4 de la ley 30225 (Ley de Contrataciones del Estado) establece como exceptuadas de la ley a las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones.

En la práctica, estos convenios han generado la imposición de adquisiciones y contrataciones a favor de empresas extranjeras cuando se trata de créditos de organismos multilaterales, así como la imposición de compañías extranjeras cuando se trata de créditos preferenciales de un Estado a favor de sus empresas locales, lo que debilita a las empresas peruanas de ingeniería y consultoría.

CAPÍTULO 24

LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

Artículo 188. La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

Los Poderes del Estado y los Organismos Autónomos así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley.

1. CONCEPTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO

Como cuestión previa, se debe definir a la descentralización. Así, acudimos al jurista venezolano Brewer-Carías, quien la conceptúa como:

La transferencia de competencias decisorias de una persona jurídica estatal político territorial a otra u otras personas jurídicas distintas del ente público territorial transferente. Se trata de una distribución de competencias, pero no desde una misma organización jerárquica, sino mediante su transferencia hecha a personas jurídicas distintas del ente transferidor (Brewer-Carías, 2006, p. 116).

Desde un enfoque económico, la descentralización define cómo se debe organizar el Estado para llevar a cabo sus tareas y cumplir sus compromisos con la sociedad (Larios, Alvarado & Conterno, 2004, p. 575).

En el Perú, la Carta Fundamental de 1993, en su artículo 188 (reformado en 2002), declara que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El artículo 4 de la ley 27783

(Ley de Bases de la Descentralización, LBD) declara que la descentralización se sustenta y rige por los siguientes principios generales:

- a) *Es permanente.* Constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, cuyo efecto vinculante alcanza a todos los del Estado, organismos constitucionalmente autónomos y al gobierno en su conjunto.
- b) *Es dinámica.* Es un proceso constante y continuo; se ejecuta en forma gradual y por etapas, previendo la adecuada asignación de competencias y la transferencia de recursos del nivel central hacia los gobiernos regionales y locales; y promueve la integración regional y la constitución de macrorregiones. Exige una constante sistematización, seguimiento y evaluación de los fines y objetivos, así como de los medios e instrumentos para su consolidación.
- c) *Es irreversible.* El proceso debe garantizar, en el largo plazo, un país espacialmente mejor organizado, poblacionalmente mejor distribuido, económica y socialmente más justo y equitativo, ambientalmente sostenible, así como políticamente institucionalizado.
- d) *Es democrática.* Es una forma de organización democrática del Estado que se desarrolla en los planos político, social, económico, cultural, administrativo y financiero. Promueve la igualdad de oportunidades para el acceso a mayores niveles de desarrollo humano en cada ámbito, así como la relación Estado y sociedad basada en la participación y concertación en la gestión de gobierno.
- e) *Es integral.* Abarca e interrelaciona a todo el conjunto del Estado en el espacio nacional, así como las actividades privadas en sus distintas modalidades, mediante el establecimiento de reglas jurídicas claras que garanticen el desarrollo integral del país.
- f) *Es subsidiaria.* Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de servicios del Estado a la comunidad.
- g) *Es gradual.* El proceso de descentralización se realiza por etapas en forma progresiva y ordenada, conforme a criterios que permitan una adecuada y clara asignación de competencias y transferencias de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales, evitando la duplicidad.

En el ámbito económico, una de las manifestaciones más importantes es la descentralización fiscal. Esta no es un fin en sí misma, sino un proceso con una amplia

variedad de fines políticos, institucionales, económicos y sociales: participación ciudadana, nuevas relaciones entre Estado y sociedad civil, mejora de los sistemas de información, mayor control de las instituciones políticas, eficiencia en la prestación de los servicios públicos o en la provisión de bienes públicos²⁸³, la redistribución equitativa del ingreso, entre otros. La ventaja comparativa de la descentralización es la proximidad entre los prestadores del servicio y los beneficiarios (Aghón, 2000). La descentralización está al servicio de metas de sentido social, económico y político y es viable de acuerdo a las particularidades de cada Estado Nación, de cada región o de cada localidad (Rojas Hurtado, 1995, pp. 1-2). Su finalidad debe ser en última instancia no solo la transferencia de poder de decisión y responsabilidad del gobierno nacional a los gobiernos subnacionales, sino fundamentalmente la elevación de la calidad de vida de los ciudadanos, como ocurre en los países de más alto nivel de desarrollo, que se caracterizan por un mayor grado de descentralización.

2. LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ DURANTE EL SIGLO XIX

La Constitución peruana de 1823, que no tuvo vigencia efectiva, fue la primera en incorporar a las juntas departamentales como entidades descentralizadas en el ordenamiento jurídico de la naciente República del Perú, las que fueron suspendidas por Bolívar. Empero, recién con la Constitución de 1828 se produce el primer intento de constituir a las juntas en entidades descentralizadas autónomas. Como precisa Zas Friz, con el propósito de configurar las juntas departamentales como ente autónomo, se introdujo el concepto de «interés general del departamento» (1998, p. 40).

La Constitución de 1828 les dedicó del artículo 66 al 81. Se declaró que el objeto de las juntas departamentales era la promoción de los intereses del departamento en general y de las provincias en particular (artículo 67). Asimismo, esta Constitución

²⁸³ Para Martinelli, «el término “bien público local” proviene de la teoría económica [...] y describe una gran variedad de bienes y servicios públicos, tales como, la policía municipal, transporte local, ordenamiento territorial, sanidad y educación básica, con efectos limitados a cierta área geográfica [...] Es importante recalcar que las ventajas de la descentralización fiscal tienen que ver con razones de eficiencia en la provisión de bienes públicos y no con razones puramente distributivas. Dada la concentración de los ingresos fiscales en Lima, la descentralización fiscal se ha tendido a confundir en la discusión corriente con la mera asignación de un mayor porcentaje del gasto público al resto del país, obviando el tema de si el gasto público es utilizado eficientemente» (1997, p. 257). Sola (2004, p. 320) define «bien público» como aquel que provee la organización pública y cuyo precio son los impuestos que pagamos. Para Casas, «la idea principal gira en torno a lograr que los recursos en el sistema económico se asignen de manera eficiente. La eficiencia implica que los recursos sean provistos según las necesidades y preferencias de la gente y al mínimo costo. Estos dos conceptos vinculados a la eficiencia se pueden lograr a partir de iniciar un proceso de descentralización» (1999, p. 193).

dispuso que su régimen interior se desarrollaría mediante un reglamento que debía ser aprobado por el Congreso (artículo 73). Se reconoció que los vocales de las juntas departamentales gozaban de la prerrogativa de inviolabilidad por sus opiniones como los diputados y senadores (artículo 72). El artículo 75 estableció las atribuciones de las juntas departamentales. En materia económica, debe resaltarse el inciso 1 del artículo 75, que establecía como atribución de las juntas: «Promover, discutir y acordar sobre los medios de fomentar la agricultura, minería y demás clases de industrias de sus respectivas provincias».

El reglamento de las juntas departamentales de 1828 estableció que estas constituirían cinco comisiones, cada una de ellas formada por tres vocales y dividida en función de las materias de su competencia: agricultura, minería, industria, educación e instrucción pública y beneficencia y policía.

En materia de descentralización fiscal, la Carta Fundamental de 1828, en su artículo 76, fue la primera en reconocer ingresos exclusivos a las juntas departamentales. Estos ingresos fueron: los derechos de pontazgos y portazgos; los bienes y rentas de las comunidades de indígenas, siempre que fueran utilizadas en beneficio de las comunidades; y los fondos de las municipalidades, luego de deducir los gastos naturales de estas. Se trató de ingresos mínimos y en la práctica solo pueden considerarse como tales los derechos de pontazgo (Basadre, 1984, p. 209, citado por Zas Fris, 1988, p. 46). En el artículo 77, se les habilitó para proponer al Congreso los arbitrios que este debía aprobarles como rentas. Por ende, carecían de autonomía fiscal (Planas, 1998b, p. 107).

Con relación a la obra material de las juntas departamentales durante la vigencia de la Constitución de 1828 fue muy significativa en los ámbitos de la educación, salud, higiene, beneficencia, a pesar de las escasas rentas y de la falta de delimitación en las funciones de las juntas, municipalidades y los prefectos (Planas, 1998b, p. 115 ss.).

Las constituciones de 1834 y 1839 suprimieron las juntas departamentales debido al centralismo y autoritarismo de los caudillos militares de la época (Planas, 1998b, p. 141). Recién la Constitución liberal de 1856 las restableció en su título XIV y hasta se dictó una ley orgánica de la materia, pero no llegaron a funcionar nuevamente por la convulsa situación política de esos años. Entre 1834 y 1872, se desarrolló una primera etapa histórica hipercentralista de la República. La Constitución de 1860, que dio un giro conservador, omitió a las juntas departamentales, aun cuando previó a las municipalidades en el artículo 118. Empero, durante su vigencia, se desarrollaron las experiencias más prolongadas de descentralización de nuestra historia republicana con los concejos departamentales (1873-1880) y luego las juntas departamentales (Planas, 1998b, p. 188).

A los estadistas no se les conoce por el número de obras acumuladas, sino por la visión de país que proyectan con estas. A grandes rasgos, la organización y el crecimiento del Estado Peruano conoce cuatro hitos definidos, que pueden marcarse con la obra gubernativa de San Martín (1821), Ramón Castilla (1845), Manuel Pardo (1872) y Nicolás de Piérola (1895). San Martín creó los presidentes de los departamentos y delegó sus plenos poderes al primer Congreso Constituyente, que él mismo convocó, que decretó la organización republicana y elaboró el primer texto constitucional. Con Castilla, el Congreso aprobó por vez primera el Presupuesto General de la República. Pardo fue el impulsor e iniciador de la descentralización presupuestal y fiscal, amén de la municipalización de la educación. Y Piérola reordena y sanea las finanzas públicas e inaugura una etapa de estabilidad política, constitucional y hacendaria, ajena totalmente a las tradicionales ambiciones del militarismo. En cambio, del periodo iniciado en 1919 por el caudillo civil Leguía, como del que se inicia con la vigencia de la Constitución de 1933, solo puede afirmarse que los gobernantes asumieron —en toda su magnitud y con todos sus perjuicios— el lema favorito de Luis XIV: ‘El Estado soy yo’. Y nadie más.

La descentralización en el Perú Republicano (1821-1998)

Pedro Planas Silva

Después de la Guerra del Pacífico, durante el segundo régimen del general Andrés Avelino Cáceres (1886-1890), se dicta la Ley de Descentralización Fiscal de 1886. Al sustentar el proyecto, el profesor de derecho administrativo y diputado por Ayacucho, Arturo García, frente a las críticas en el sentido que se afectaría la unidad de la República, sostuvo que:

Así, por ejemplo, Alemania es un país centralista administrativamente, sujeto a la organización menos unitaria en el régimen federal, al sistema de Estados confederados. Veá, pues, como un país puede ser federal y centralizador, como puede ser unitario y descentralizador. Me he visto obligado a entrar en estos pormenores para desvanecer la confusión que quería hacerse entre centralización y unidad política; confusión mucho más grave tratándose de este proyecto que no se refiere al orden administrativo en su conjunto sino tan solo al sistema fiscal, sin relajar en lo menor los vínculos que unen a las Provincias con el Gobierno Central (citado por Planas, 1998b, p. 253).

Las rentas fiscales asignadas a las juntas departamentales en la Ley de Descentralización Fiscal fueron considerables. Así, se previó:

- a) La contribución personal, a cobrarse a todo varón mayor de 21 años y menor de 60, que se hará efectiva a razón de un sol de plata por semestre en la sierra y dos soles en la costa, con la exoneración a los miembros del clero, soldados del ejército y marineros de la armada.

- b) La contribución de predios rústicos y urbanos.
- c) La contribución de patentes, la contribución industrial y la contribución eclesiástica.
- d) El impuesto del serenazgo.
- e) Las multas judiciales, exceptuando las que correspondan a los litigantes.
- f) Las herencias que corresponderían al fisco, según ley.
- g) El 4% de las herencias, donaciones y legados a personas extrañas, así como el 2% de las herencias, donaciones y legados a parientes transversales.
- h) El producto del papel sellado.
- i) El arrendamiento de las salinas que no sean de propiedad particular, municipal o de beneficencia, así como la contribución que se imponga a la sal de particulares.
- j) El producto de los bienes nacionales existentes en cada departamento, excepto los ferrocarriles y los que, por leyes especiales, se reserven para otros objetos.
- k) Los bienes de los conventos que se supriman conforme a las leyes
- l) Los mostrencos y bienes que resulten sin dueño.
- m) El impuesto de alcabala, o sea 2% sobre el importe de la enajenación de los bienes raíces, cualquiera sea la forma en que se cobre.

Empero, José Carlos Mariátegui calificó críticamente a esta histórica ley como un modelo de descentralización centralista en el que cada departamento adquiriría la autonomía de su pobreza (citado en Zas Friz, 1998, p. 95).

Basadre explica las razones de esta frustración: «La Nación empobrecida, necesitaba organización y dinero. Al señalarse rentas del y para el departamento se creyó que los contribuyentes las pagarían con la mejor voluntad. Las juntas no fueron creadas para administrar sino para recaudar y vigilar. La Administración continuó centralizada y los presupuestos departamentales se tramitaron junto con el Presupuesto nacional. Cada departamento adquirió la autonomía de su pobreza» (1999, VIII, p. 2064)²⁸⁴.

²⁸⁴ Como precisa Zas Friz, «la Ley de Descentralización fiscal estableció que los ingresos fiscales se aplicarían de manera diferenciada a los gastos del Estado central (“gastos generales”) y a aquellos de los departamentos (“gastos departamentales”). Así, la ley determinó la existencia de dos tipos de ingresos: los destinados a los gastos del Estado central y aquellos destinados a los gastos departamentales. La ley estableció de manera taxativa cuáles eran los ingresos destinados a los gastos departamentales y dispuso

Para Mariátegui, este proceso de centralización fue consecuencia de derrota en la Guerra del Pacífico: «A medida que la hacienda pública convaleció de las consecuencias de la guerra del 79, el poder central comenzó a reasumir las funciones encargadas a las juntas departamentales. El gobierno tomó íntegramente en sus manos la instrucción pública. La autoridad del poder central creció en proporción al desarrollo del presupuesto general de la República. Las entradas departamentales empezaron a representar muy poca cosa al lado de las entradas fiscales. Y, como resultado de este desequilibrio se fortaleció el centralismo. Las juntas departamentales reemplazadas por el poder central en las funciones que precariamente les habían sido confiadas se atrofiaron progresivamente» (1934, p. 102).

Carlos Contreras compara la descentralización fiscal de esa época con el actual proceso de descentralización peruano:

Ello nos lleva a reflexionar si no fue un error comenzar el proceso de descentralización en el 2002 con la creación de gobiernos regionales sostenidos por las transferencias fiscales desde Lima, en vez de comenzar, como se hizo en 1886 (tras el desastre de la Guerra del Salitre), con la descentralización de las finanzas. Lo que se hizo entonces fue dejar que los gastos de funcionamiento del Estado en los departamentos descansasen en los impuestos recaudados en el propio departamento. La administración de estas finanzas quedó a cargo de una junta departamental, parte de cuyos miembros eran elegidos localmente, y otra parte nombrados por el Gobierno Central. El error de esa descentralización fue que no hubo correspondencia entre los deberes que caían sobre los hombros de las juntas y sus derechos (Contreras, 2014).

Con relación a las municipalidades, ni los textos constitucionales ni la legislación de los primeros años de la República les reconocieron autonomía financiera en materia presupuestal (Zas Friz, 1998, p. 59). Es con la Carta Fundamental de 1856, de signo liberal, que se reconoce como competencia exclusiva de las municipalidades la administración de sus fondos, conforme a sus respectivos reglamentos (artículo 117). Esta disposición fue respetada por la Ley Municipal de 1856, que suprimió el procedimiento de control del presupuesto municipal por parte del Poder Ejecutivo previsto en la Ley Municipal de 1853 (Zas Friz, 1998, p. 113).

Es en el régimen civilista de Manuel Pardo (1872-1876) que se dicta la Ley de Municipalidades de 1873. Pardo es considerado por Planas como el presidente más

que todos los demás, no destinados expresamente por ley a gastos departamentales, correspondían a los gastos del Estado central». Más adelante agrega: «Hasta antes de su derogación, en 1895, la base principal de los ingresos departamentales debió ser la contribución personal, sin embargo, la recaudación de esta contribución fue un fracaso» (1998, pp. 97-98).

descentralista de toda nuestra historia republicana (2001, p. 123). Sentó las bases para las políticas de descentralización económica que han tratado de ser implementadas en el siglo XX (Mc Evoy, 1994). Sin perjuicio de ello, debe reconocerse los límites del descentralismo fiscal de la mencionada Ley de Municipalidades, que fue conservado en su esencia en la Ley Orgánica de Municipalidades de 1892. Si bien reconoció ingresos exclusivos a los concejos, el gasto estaba sometido a controles de tutela de parte del concejo jerárquicamente superior (en el caso de los concejos provinciales y distritales) o del Ejecutivo (en el caso de los concejos departamentales) (Zas Friz, 1998, p. 125).

3. LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ DURANTE EL SIGLO XX

Aun cuando sea difícil de entender, en la actualidad persisten en el Perú mentalidades centralistas que se oponen a la autonomía regional y municipal y proclaman su fracaso. Más aún es incomprensible esta posición, si tenemos en cuenta que desde los primeros lustros del siglo XX se afirmaron en el Perú tendencias ideológicas a favor de una mayor descentralización. Es interesante resaltar que destacados intelectuales —considerados como conservadores— preconizaron firmemente la descentralización, como es el caso del Partido Nacional Democrático, fundado en 1915 por personalidades tan relevantes como José de la Riva Agüero, Víctor Andrés Belaunde, Julio C. Tello, José María de la Jara, Oscar Miró Quesada, entre otros. En su Declaración de Principios, afirmaban:

Con esta única taxativa contra el peligro de los despilfarros regionales, que podrían acarrear la bancarrota común, somos ardientes partidarios de la autonomía municipal, de la extensión de las atribuciones de las Juntas Departamentales, hoy limitadas a estrechas tareas fiscales, y que deben en todo ser consejeras, colaboradoras y vigilantes de los Prefectos; y por fin, de la descentralización intelectual, con la conservación y mejora de las universidades menores. Suprimir estas, según se ha insinuado a veces, significaría, a más de incalculables perjuicios para las regiones que las poseen, un atentado contra la legítima aspiración hacia la difusión de la cultura superior, el menosprecio de derechos tradicionales o la reducción de esos derechos a monopolio de los acomodados o de los agraciados con becas, siempre sospechosas de favoritismo. En vez de suprimir las universidades menores, lo que importa es reformarlas mejorándolas (citado por Planas, 1998b, p. 381).

En esos años, la Constitución de 1920, que reconoció declarativamente las primeras conquistas del Estado social de derecho, constituyó un grave retroceso histórico en materia de descentralización. No se previó a las juntas departamentales y se abrió en el texto constitucional una riesgosa dependencia de los denominados «congresos

regionales» hacia la futura ley, precisamente en materia de sus atribuciones (Planas, 1998b, p. 403)²⁸⁵. Durante el régimen autoritario del oncenio de Leguía (1919-1930), que constituyó el segundo periodo de hipercentralismo, carecieron de relevancia.

Tras la caída de Leguía, retorna la corriente descentralista que se manifiesta en el pensamiento de César Antonio Ugarte, la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, que elabora el Anteproyecto de Constitución de 1931 y en los debates del Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de 1933.

Ugarte, quien fue el primer Superintendente de Banca y fue autor de uno de los primeros estudios de historia económica del Perú, sostenía la necesidad de crear un Consejo Nacional Económico, con estructura funcional a base de representación corporativa y de transferirle las funciones del Senado en el campo económico y financiero. Garantizaría los intereses de las regiones y de los sectores sociales y contribuiría a la política económica del Estado (Ugarte Ocampo, 1929, pp. 317-321).

La Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán calificó al excesivo centralismo «como un cáncer que devora las células vitales» y propuso en el anteproyecto de Constitución un regionalismo administrativo.

En los debates del Congreso Constituyente, destacó la posición del Partido Descentralista, que sustentó un dictamen en minoría suscrito por Emilio Romero, Erasmo Roca y Francisco Pastor, el cual proponía la constitución de regiones. Contaron en el debate con el apoyo del independiente Víctor Andrés Belaunde, quien sostuvo:

He dicho alguna vez, señores representantes, y es justo que lo repita aquí: provincialismo es centralismo y yendo en ese camino llegaría a decir algo más: departamentalismo, tal como nuestros departamentos están organizados es también centralismo. Y la única manera de dar vida propia a las provincias, es tratar de unir-las dentro de regiones, desde el punto de vista económico. Nuestros departamentos han sido caprichosamente demarcados [...]. El principio de la región es el principio exacto, porque no habrá vida local ni podrá haber autonomía en las pequeñas entidades, porque representan intereses feudales, y como lo ha dicho muy bien el señor Castillo, serán débiles en su lucha contra el poder central, y acabarán por ser, como las antiguas juntas departamentales, juntas de caciques y gamonales. De otro lado, encontramos el inconveniente y aún la imposibilidad de fijar la región. Para salir del dilema se me ocurre el temperamento que puede conciliar estas tendencias: no consagrar el departamento en la constitución, como sede de la vida local, dejando a una ley posterior la demarcación o constitución de unidades a las cuales vamos a conferir la autonomía económica y administrativa (Belaunde, 1966, pp. 197-198).

²⁸⁵ El artículo 140 de la Constitución de 1920 previó los congresos regionales, constituidos por tres legislaturas regionales, correspondientes al norte, centro y sur de la República, con diputados elegidos por las provincias, al mismo tiempo que los representantes nacionales.

Empero, las regiones no se llegaron a instituir en la Carta Fundamental de 1933, estableciéndose, en el capítulo I del título X («Administración Departamental y Municipal»), como entidades descentralizadas a los concejos departamentales. El artículo 188 declaró que las circunscripciones territoriales tienen autonomía administrativa y económica, conforme a la Constitución y a su correspondiente ley orgánica.

Así, en el artículo 199 y en el 123 (en su inciso 5), se previó a los presupuestos departamentales, con un plazo de garantía para su automática entrada en vigor, si no eran aprobados por el Congreso hasta el 31 de diciembre. El régimen autoritario y conservador del general Oscar R. Benavides (1933-1939) nunca cumplió con las normas de la Ley de Descentralización Administrativa (ley 7809), promulgada en 1933 (Planas, 1998a, p. XXI).

La ley 7809 nunca se cumplió porque, en opinión de Caravedo, otorgaba gran fuerza a los concejos departamentales. A pesar de que la distribución de las rentas beneficiaba a los centros más desarrollados, las clases dominantes en Lima podían verse muy afectadas económica, política y administrativamente, razón por la cual la resistencia contra la ley fue muy grande (Caravedo Molinari, 1988, p. 41).

Sobre los aspectos financieros y presupuestales de la hacienda departamental, Zas Friz precisa que la autonomía administrativa y económica que la Constitución reconoció a los concejos departamentales fue importante, a pesar de las mismas limitaciones previstas por la Constitución y la ley. Correspondía a los concejos departamentales: la recaudación y la inversión de sus rentas, la elaboración de su presupuesto anual, significativos ingresos exclusivos y el control de la entidad de la recaudación de los ingresos fiscales (la Caja de Depósitos y Consignaciones).

La Constitución de 1933, en el artículo 197, les reconoció potestad tributaria. Si bien podrían crear, reducir o suprimir impuestos o arbitrios locales, requerían de un *quorum* calificado: los dos tercios de los miembros del concejo. El Poder Ejecutivo podía vetar el impuesto o el arbitrio creado, reducido o suprimido, si bien el Congreso resolvía en última instancia. De otro lado, en el artículo 199, se previó que el Congreso aprobaba los presupuestos de los concejos departamentales, previa presentación de un proyecto de presupuesto para su aprobación (disposición acorde con la facultad del Congreso de aprobar el Presupuesto General de la República) (Zas Friz, 1998, pp. 169-170).

Los concejos departamentales no llegaron a hacerse efectivos, siendo sustituidos por sucesivos y diversos órganos desconcentrados del Poder Ejecutivo hasta las corporaciones o juntas departamentales de desarrollo, creadas durante el periodo 1963-1968, que fueron restablecidas por la décima disposición general y transitoria de la Constitución de 1979.

La Carta Fundamental de 1979 dedicó el capítulo XII del título IV a la descentralización, que Paniagua calificó como «uno de los más deficientes de la Constitución» (1988, p. 67). Se estableció que la asamblea regional era el órgano legislativo y de dirección política de la región y el consejo regional y su presidente eran los órganos ejecutivos. Sobre la estructura de los gobiernos regionales en la Constitución de 1979, Zas Friz apunta que:

La forma de gobierno regional era una forma pura de gobierno de asamblea: El Consejo Regional y el Presidente dependían directamente de la relación de confianza de la Asamblea Regional sin ningún contrapeso, el único poder mínimo— del Presidente era la propuesta de los miembros del Consejo Regional a la Asamblea, y, por el resto, el Presidente era un ‘igual entre iguales’ en el Consejo Regional (Zas Friz, 2004, p. 33).

En materia de descentralización económica y fiscal, la Constitución peruana de 1979 reconoció expresamente la autonomía económica y administrativa de las municipalidades en los asuntos de su competencia. De ahí se deriva la autonomía financiera de las municipalidades para crear, modificar o suprimir sus contribuciones, arbitrios y derechos (artículo 254, inciso 4) y para votar su presupuesto (artículo 254, inciso 2). Asimismo, se previó un listado de bienes y rentas, que incluían los demás recursos que señale la ley (artículo 257). Tratándose de las regiones, se previó sus recursos en el artículo 262²⁸⁶.

²⁸⁶ El artículo 257 de la Constitución de 1979 previó como bienes y rentas de las municipalidades: 1. Los tributos que gravan el valor de los predios urbanos y rústicos de su circunscripción; 2. Las licencias y patentes que gravan el ejercicio de las actividades lucrativas y profesionales; 3. El impuesto de rodaje; 4. Los recursos nacionales que se les transfieren para la atención de los servicios públicos descentralizados; 5. La contribución por peaje, pontazgo y mejoras de las obras que ejecutan; 6. El impuesto a la extracción de materiales de construcción; 7. El impuesto sobre terrenos sin construir; 8. Los tributos que gravan la propaganda comercial y los espectáculos públicos; 9. Los productos de sus bienes y de los servicios públicos que prestan; 10. Los arbitrios, derechos, contribuciones y multas, 11. Parte de la renta del por explotación de los recursos naturales para el respectivo municipio provincial, en proporción de ley (el denominado canon); 12. Los demás que señala la ley o que se instituyan a su favor. Asimismo, el artículo 262 previó como recursos de las regiones: 1. Los bienes y rentas de las corporaciones y juntas departamentales de desarrollo y de la parte proporcional que corresponde a las provincias que se integran a la región; 2. La cuota del fondo de compensación regional y las otras sumas que se consignan en el presupuesto del sector público; 3. El producto de sus bienes y rentas y de los servicios públicos que prestan; 4. Los recursos nacionales que se les transfieren para la atención de los servicios públicos descentralizados; 5. Los impuestos cedidos, total o parcialmente, por el Estado y los tributos creados para ellas; 6. El producto de los empréstitos y operaciones de créditos que contratan; 7. El derecho de mejoras por las obras que ejecutan; y 8. Los ingresos provenientes de la aplicación de la participación en la renta por explotación de los recursos naturales y los demás que señala la ley.

Hasta 1990, el Poder Ejecutivo cumplía sus funciones administrativas a través de los ministerios, con oficinas desconcentradas en el interior. Asimismo, existían, en cada uno de los veinticuatro departamentos del país, entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo que tenían la función de promover el desarrollo del departamento, coordinar entre las distintas entidades públicas y ejecutar obras públicas (CGR, 2014, p. 27).

En el marco jurídico de la Constitución de 1979, se dictó la ley de desarrollo constitucional o Ley de Bases de la Regionalización (ley 24650)²⁸⁷ y se inició la conformación de gobiernos regionales durante el primer gobierno aprista del presidente Alan García Pérez, en 1990.

El proceso no fue exitoso dado que las regiones fueron creadas verticalmente, en un proceso uniforme, sin considerar sus diferencias socioeconómicas. Las regiones que fusionaron departamentos fueron las siguientes: Grau (Piura y Tumbes), Nor Oriental del Maraón (Lambayeque, Cajamarca y Amazonas), Víctor Raúl Haya de la Torre (La Libertad y San Martín), Andrés Avelino Cáceres (Huánuco, Pasco y Junín), Los Libertadores-Wari (Ica, Ayacucho y Huancavelica, más las provincias de Andahuaylas y Chincheros), Inca (Cusco y Madre de Dios) y José Carlos Mariátegui (Moquegua, Tacna y Puno). Los departamentos que se constituyeron en regiones fueron: Loreto («Amazonas»), Lima, Ucayali, Arequipa y Ancash («Chavín»).

Como señaló Luis Bustamante, una de las grandes falencias de las regiones fue que carecieron de un estatuto regional (2001, p. 282). La mayoría de los miembros de los órganos regionales no fueron elegidos de manera directa. Se instituyó una forma de gobierno parlamentario de asamblea que además carecía de competencia legislativa propia. Así, el presidente regional debía ser elegido por mayoría de miembros de la asamblea regional.

El proceso de transferencia fue muy acelerado y se reconoció a las regiones un mínimo de autonomía financiera²⁸⁸. Estos incipientes gobiernos regionales tuvieron una efímera experiencia, por lo que fácilmente fueron disueltos con el golpe de Estado perpetrado por Fujimori el 5 de abril de 1992, que inicia una tercera etapa histórica de hipercentralismo.

Por decreto ley 25432, se constituyeron para sustituirlos entidades subordinadas al Poder Ejecutivo *de facto* bajo la forma jurídica de Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR). Con la ley 26922, los CTAR se constituyeron en

²⁸⁷ Aprobada en marzo de 1987 y modificada en febrero de 1988 mediante la ley 24792.

²⁸⁸ Ver el informe especial «Procesos de descentralización en Latinoamérica: Colombia, México, Chile y Perú», publicado en el *Boletín de Transparencia Fiscal*, del Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/PROCESOS_DESCENTRALIZACION_LATINOAMERICA_COLOMBIA_MEXICO_CHILE_PERU..pdf

instancias desconcentradas del Poder Ejecutivo nacional, dependiendo del Ministerio de la Presidencia. Contaban solo con ingresos provenientes de las transferencias del gobierno nacional y carecían de ingresos propios y de potestad tributaria.

La Constitución peruana de 1993 significó una marcha atrás en la historia de la descentralización. Dicha Carta Fundamental preveía la futura constitución de regiones, dotadas de una «autonomía política, económica y administrativa» —de carácter nominal— dado que no tenían garantizadas en la Norma Suprema sus bienes y rentas, las que se remitían a la ley.

Gonzales de Olarte califica este proceso de neocentralista, por cuanto el principal efecto del programa de ajuste estructural neoliberal en el sistema regional peruano fue el incremento de la centralización económica en Lima y del centralismo fiscal en el gobierno nacional. De este modo, los cambios estructurales e institucionales no corrigieron las disparidades económicas espaciales, dado que las políticas de gasto público no fueron suficientes para remediarlas. Se trató de un centralismo con nuevas características económicas y políticas fundado en una centralización económica perversa que, al basarse en el dinamismo de los sectores primario exportador y de servicios urbanos, hizo que el centro crezca más que la periferia y disminuyó las interrelaciones entre ambos (Gonzales de Olarte, 2000, p. 103).

Planas, por su parte, calificó a este modelo como hipercentralista caracterizado por un armazón burocrático totalmente artificial, que se construyó deliberadamente en las regiones para favorecer el control territorial del Estado centralista y del régimen autoritario (Arnillas & Olivera, 1998, p. 55).

A nivel de los gobiernos locales, en los años 1993 y 1994, el decreto legislativo 776 (Ley de Tributación Municipal) distritalizó los impuestos municipales y transformó aquellos de promoción municipal, al rodaje y a las embarcaciones de recreo, en transferencias corrientes a cargo del gobierno nacional al consignarlos como fuente del Fondo de Compensación Municipal, en una decisión política centralista del régimen autoritario (cfr. Delgado Silva, 2006, pp. 1076-1105; 1995). Arnillas y Olivera precisan que se modificó los criterios de distribución debilitando a las municipalidades provinciales a favor de los distritos, lo cual tuvo una doble consecuencia negativa: se disminuyó rentas a municipalidades que requieren realizar mayor cantidad de obras o brindar mayor cantidad de servicios por las características de su población; por otro lado, por la débil capacidad institucional y de gasto de la mayoría de las municipalidades distritales, las rentas asignadas no redundan en proyectos de desarrollo local (Arnillas & Olivera, 1988, p. 55). Como señala Betty Alvarado, el decreto legislativo 776 generó la contradicción de que, por una parte, es necesario invertir y proveer los servicios de carácter provincial y, por otra, se redujo la disponibilidad de recursos de las municipalidades provinciales (1994, pp. 129-131).

4. LA DESCENTRALIZACIÓN ECONÓMICA Y FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y SUS REFORMAS

Caído el régimen autoritario de Fujimori, el proceso de descentralización es retomado, como parte de la democratización del país, por las administraciones de Valentín Paniagua (2000-2001) y Alejandro Toledo (2001-2006). En ese proceso, la Constitución peruana de 1993 es reformada por la ley 27680, publicada el 7 de marzo de 2002, en el capítulo XIV («De la Descentralización, las Regiones y las Municipalidades»), para viabilizar el proceso de descentralización actualmente en curso.

Vega Castro conceptúa que, con el retorno al régimen democrático, el Perú pasó a convertirse en uno de los países más descentralizados de América Latina, con la reforma constitucional de 2002 y las subsiguientes normas jurídicas, tales como la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley de Elecciones Regionales, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones y la Ley de Descentralización Fiscal, entre otras (Vega Castro, 2008).

Sin embargo, los resultados del referéndum para la conformación de regiones, realizado en octubre de 2005, significaron un serio revés al diseño y conformación de las regiones que fuera promovido por el Consejo Nacional de Descentralización, organismo creado por la ley 27783 (Ley de Bases de la Descentralización), como ente rector del proceso y de coordinación interadministrativa durante el régimen del presidente Toledo. Este escenario obliga a revisar las normas aplicables para la realización de los próximos procesos de referéndum que deberán efectuarse en el futuro de acuerdo a esta ley, así como de políticas públicas de incentivos efectivos para la integración y conformación de regiones, a la luz de la planificación indicativa del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN).

A nuestro juicio, una reforma constitucional debería permitir la conformación de regiones en los territorios de los departamentos cuyos actuales gobiernos regionales así lo soliciten y que ratifiquen esta decisión en referéndum. Se debe partir de la realidad existente, que en muchos casos es la identidad departamental, y no en regiones ficticias diseñadas en los despachos de la tecnocracia del gobierno nacional.

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 191, declara que las regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia²⁸⁹.

²⁸⁹ En esa línea, la Carta Fundamental, reformada en 2002 por la ley 27680, previó, en el artículo 191, que el presidente del gobierno regional es el órgano ejecutivo elegido conjuntamente con un vicepresidente por sufragio directo por un periodo de cuatro años y que puede ser reelegido. El texto original de 1993, en su artículo 197, reconocía en similares términos la autonomía política de los

En la misma dirección, el artículo 194 reconoce esta autonomía a las municipalidades provinciales y distritales.

La autonomía política de estas entidades territoriales descentralizadas supone, en términos de Zas Friz, la potestad de una propia dirección política de las entidades territoriales y se fundamenta en que se trata de comunidades que, constituidas en cuerpos electorales, confieren un contenido político al nivel local o intermedio de organización territorial estatal (1999, p. 472).

En ese orden de ideas, el inciso 1 del artículo 9 de la Ley de Bases de la Descentralización define a la autonomía política como la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que les son inherentes.

Ahora bien, la autonomía financiera está íntimamente conectada con la autonomía política y organizativa²⁹⁰. Pero debe destacarse que esa autonomía financiera es la piedra angular de la descentralización, que presenta dos vertientes:

- a) Del lado de los ingresos, el aspecto nuclear radica en la potestad tributaria propia como elemento definitorio de la autonomía financiera de un ente descentralizado²⁹¹.
- b) Del lado de los egresos, es la atribución de elaborar, aprobar y ejecutar su propio presupuesto y decidir sobre el monto y la calidad del gasto.

gobiernos regionales, la que no pasó de ser una declaración ficticia, nominal y falaz, por cuanto el proyecto autoritario era incompatible con cualquier modelo de regionalización efectiva. Su primer paso en este terreno, luego del golpe de estado de 1992, fue iniciar un proceso de centralización estatal, suprimir los gobiernos regionales democráticos entonces en vigor y sustituirlos por los denominados «consejos transitorios de administración regional», cuyos integrantes eran designados por el Poder Ejecutivo, los que constituyeron instancias desconcentradas del gobierno nacional carentes de autonomía política y financiera. La reforma constitucional del año 2015, mediante la ley 30305, publicada el 10 de marzo de 2015, modificó el artículo, entre otros aspectos, para reemplazar la denominación de presidentes y vicepresidente regional por la de gobernador regional y vicegobernador regional.

²⁹⁰ Zas Friz cita a Martines y Ruggeri, *Lineamenti di diritto regionale*: «Para Martines y Ruggeri la autonomía financiera “no constituye una figura en sí, pero está a indicar una cualidad de la autonomía organizativa, es decir la (relativa) autosuficiencia de algunos sujetos por cuanto se refiere a la provisión de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su actividad”» (1999, p. 492). El inciso 3 del artículo 9 de la LBD la definió como la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las leyes anuales de presupuesto. Su ejercicio supone reconocer el derecho a percibir los recursos que les asigne el Estado para el cumplimiento de sus funciones y competencias.

²⁹¹ En el derecho comparado, debe destacarse el modelo de descentralización de Canadá, que es un Estado federal en el cual las provincias, sin un reconocimiento explícito de autonomía política, gozan de un grado de autonomía financiera que puede caracterizarse como de soberanía fiscal. En América Latina, Brasil destaca por sus avances en descentralización fiscal a partir de la Constitución de 1988.

En esa dirección, la autonomía financiera de los gobiernos regionales y de las municipalidades en el ordenamiento constitucional peruano está aún muy restringida, siendo esta situación contradictoria con la declarada autonomía política y económica que la Carta Fundamental les atribuye.

Así, la Norma Suprema, a partir de la reforma constitucional por la ley 27680, si bien reconoce a los gobiernos locales la competencia para aprobar su presupuesto (inciso 1 del artículo 192) y determinar sus principales bienes y rentas, tratándose de los gobiernos regionales, omite pronunciarse sobre estos aspectos fundamentales, aun cuando les confiere declarativamente la autonomía económica.

La precitada reforma constitucional de 2002 modificó el artículo 192.1 y previó la competencia de los gobiernos regionales para aprobar su presupuesto y, en el artículo 193, estableció sus bienes y rentas. En esa dirección, la Ley de Bases de la Descentralización reconoce como competencia exclusiva de los gobiernos regionales aprobar su presupuesto institucional.

Cabe subrayar que los gobiernos regionales y las municipalidades carecen de potestad tributaria originaria. El artículo 74 de la Constitución de 1993, reformado por la ley 28390, publicada el 17 de noviembre de 2004, establece que los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. Esto significa que no gozan de autonomía tributaria, sino que se les asignó un poder tributario derivado.

En consecuencia, corresponde a la legislación especial de la materia determinar los elementos esenciales de las contribuciones y tasas municipales y regionales²⁹².

En materia de endeudamiento, el inciso 7 del acotado artículo 193 de la Constitución establece como rentas de los gobiernos regionales a los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas de crédito externo que realicen con el aval del Estado, conforme a ley²⁹³.

²⁹² Hay que tener en consideración que, antes que la reforma constitucional de 2004, en febrero de ese mismo año, se expidió el decreto legislativo 955 (Ley de Descentralización Fiscal), que en su artículo 10.1 previó que: «Los Gobiernos Regionales podrán proponer directamente al Congreso de la República, la creación de tasas y contribuciones destinadas a financiar las obras públicas o los servicios públicos que sean de su competencia».

²⁹³ Cabe señalar que el inciso d del artículo 5 de la Ley de Bases de la Descentralización preceptúa que el endeudamiento público externo es competencia exclusiva del gobierno nacional y debe concordar con el límite del endeudamiento del sector público y las reglas de transparencia y prudencia fiscal que señala la ley. Los gobiernos regionales y locales solo pueden asumir endeudamiento público externo, emitir bonos y titularizar cuentas con el aval o garantía del Estado. De otro lado, el producto de sus operaciones financieras y las de crédito interno, concertadas con cargo a su patrimonio propio, está prevista como renta regional en el inciso g del artículo 37 de la acotada LBD. En la misma dirección, el artículo 26,

Asimismo, el artículo 188 de la Constitución dispone, en su segundo párrafo, un gradualismo en el proceso de descentralización: se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos subnacionales, regionales y locales²⁹⁴. El gradualismo, la flexibilidad y las preferencias de la ciudadanía constituyen la clave de bóveda de los procesos de descentralización exitosos²⁹⁵. El gradualismo en el Perú fue inspirado por el Ministerio de Economía y Finanzas²⁹⁶.

Garantizar una estructura de autonomías políticas, económicas y administrativas, basada en la descentralización del poder y de la economía, a la transferencia gradual de las competencias y recursos del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales, una clara delimitación de funciones y competencias, así como del funcionamiento democrático e integrado del Estado a nivel nacional, regional y local.

Acuerdo Nacional 2001-2021, objetivo 4.5

inciso 1, literal g, de la LBD declara como competencia exclusiva del gobierno nacional a la tributación y endeudamiento público nacional.

²⁹⁴ En esa dirección, la Ley de Descentralización Fiscal, decreto legislativo 955, en su artículo 2, establece los principios de la descentralización fiscal; entre ellos, en el literal c, el de gradualidad, que supone que la descentralización se realizará por etapas, en forma progresiva y ordenada, de manera que se permita una adecuada y transparente transferencia de competencias y recursos a los gobiernos regionales, así como de facultades para que puedan generar recursos propios. En el derecho comparado, un instrumento idóneo para el gradualismo del proceso son los convenios de transferencia de competencias. Se trata de un instrumento más dúctil para acomodarse a la heterogeneidad que caracteriza a las entidades regionales y locales peruanas. Así, habrá regiones y municipalidades con capacidad de asumir una diversidad amplia de competencias, mientras que otras solo podrán ejercer algunas de ellas. Teniendo en cuenta las preferencias de sus ciudadanos y las demandas de la sociedad civil, podrían solicitar la transferencia de todo un servicio y otras se limitaría a asumir la cogestión de ese servicio.

²⁹⁵ Por ejemplo, en materia de servicios de salud y educación. Cabe señalar que las preferencias de la ciudadanía son el eje de la teoría del «escogimiento fiscal» (*Public Choice*); es decir, la aplicación de la economía a la ciencia política. Como señala Aghón: «El modelo neoliberal de “escogimiento fiscal” (*local fiscal choice model*), en donde se otorga un aumento significativo de competencias y/o responsabilidades en materia de gastos e ingresos a los gobiernos locales o subnacionales [...] Un ejemplo de la aplicación de este modelo sería el de muchas localidades de los Estados Unidos y otros países, en que los contribuyentes y el mismo electorado expresan a través de consultas a la comunidad las distintas combinaciones y opciones de impuestos y propuestas de gasto público, que son objeto de la toma decisiones y que deben ser resueltas bajo restricciones presupuestales. Lo anterior sin duda refuerza la transparencia presupuestal y el sentido de responsabilidad ante los ciudadanos (*accountability*)» (1993, p. 11).

²⁹⁶ Nelson Shack, exfuncionario del Consejo Nacional de Descentralización, entrevistado y citado en CGR, 2014, pp. 42-43.

5. LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL DE LAS REGIONES Y MUNICIPALIDADES

5.1. Los modelos de descentralización fiscal y el modelo peruano

Nos referiremos a las experiencias y referentes del derecho comparado en la región. La descentralización fiscal es definida por Arias y Casas como el proceso por el cual se transfieren responsabilidades y competencias fiscales relacionadas con los ingresos y gastos públicos, desde el gobierno nacional a los gobiernos subnacionales, lo que les garantiza a estos últimos un cierto nivel de autonomía financiera (Arias & Tragodara, 2010). Se desarrolla a través de tres modelos:

- Transferencias intergubernamentales²⁹⁷.
- Coparticipación de ciertos impuestos de alcance nacional.
- Atribución en la Constitución de un reparto de fuentes impositivas originarias del Estado, las entidades del nivel intermedio y las municipalidades.

El actual texto fundamental se inscribe dentro del modelo predominante de descentralización fiscal basado en las transferencias intergubernamentales. Uno de los mecanismos más usados para llevar a cabo la descentralización fiscal es el de las transferencias desde el gobierno central hacia los gobiernos subnacionales. Puede entenderse por «transferencias» una serie de instrumentos públicos financieros (subsidios, transferencia de impuestos, ayudas, etc.) que permiten al gobierno nacional alcanzar objetivos relacionados con la descentralización (Aguilar & Morales, 2005, p. 8).

En el Perú, como precisa Vega Castro, el crecimiento de los presupuestos de los gobiernos subnacionales se basa en una creciente transferencia de recursos fiscales del gobierno nacional. Los recursos fiscales son de dos tipos: los recaudados directamente por dichos gobiernos y aquellos recaudados por el gobierno nacional y que son luego transferidos hacia los gobiernos subnacionales. Estos últimos, a su vez, se subdividen en dos categorías: los provenientes de los impuestos destinados a favor de dichos gobiernos (tales como el canon proveniente de los recursos naturales o el Impuesto de Promoción Municipal), que pueden o no ser compartidos con el gobierno nacional; y los que provienen de los recursos ordinarios del tesoro público (Vega Castro, 2008).

²⁹⁷ «En el Perú las transferencias intergubernamentales pueden clasificarse en 2 tipos: (i) de tipo en el cual se incluyen las transferencias que se asignan a la totalidad de municipalidades y gobiernos regionales del país, y (ii) de tipo II en el cual se encuentran las transferencias que se asignan solo a aquellas jurisdicciones que poseen recursos naturales (mineros, petroleros y gasíferos). En los últimos años, debido al incremento de los precios de los minerales y al dinamismo del sector minero, son justamente las transferencias del TIPO II las que han crecido mayormente, y dado que se asignan solamente a algunas jurisdicciones, se han convertido en el principal elemento de inequidad del sistema de transferencias intergubernamentales peruano» (Herrera Catalán, 2008).

Como señala Aghón, en el modelo «principal-agente» (*principal-agent model*), en el cual el nivel central del gobierno es el «principal», tiene una amplia intervención y control sobre las decisiones de programas que son realizados por los gobiernos subnacionales o agentes. Asimismo, reconoce que la ejecución descentralizada constituye una estrategia que promueve la eficiencia en la asignación y provisión de bienes públicos locales. En un modelo de «principal-agente», adquieren singular importancia el uso de transferencias intergubernamentales como instrumento para promover la orientación del gasto hacia determinados sectores y su ejecución efectiva. La estructura impositiva, al igual que el acceso al endeudamiento, debe estar por lo general en concordancia o consistencia con las políticas macroeconómicas (Aghón, 1993, p. 11).

Este modelo, auspiciado por los organismos multilaterales, no es efectivamente descentralista si se le compara con las experiencias de países avanzados en esta materia. De igual forma, no es coherente con un régimen constitucional como el peruano que prevé regiones dotadas de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. A nuestro juicio, no se ajusta a nuestro modelo constitucional que la ley o el gobierno nacional establezcan condicionamientos muy específicos en el ejercicio del poder de gasto público en ámbitos de competencia regional.

El artículo 193 del texto de la Constitución peruana de 1993, reformada por la ley 27680, prevé los siguientes bienes y rentas de los gobiernos regionales:

1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
2. Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
3. Los tributos creados por ley a su favor.
4. Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.
5. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo.
6. Los recursos asignados por concepto de canon.
7. Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que realicen con el aval del Estado, conforme a ley.
8. Los demás que determine la ley.

La Ley de Descentralización Fiscal, aprobada mediante decreto legislativo 955, prevé un proceso de descentralización fiscal gradual y por etapas: una primera etapa de transferencias presupuestales y asignación de recursos del Fondo de Compensación

Regional; y una segunda etapa, con las regiones ya constituidas, donde se establece la asignación a cada región de los recursos efectivamente recaudados en ellas por determinados impuestos del gobierno nacional, así como la cooperación de la región con la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) en la recaudación de estos impuestos.

Conforme a la Ley de Descentralización Fiscal, los impuestos internos nacionales cuya recaudación se asignarán a las regiones son: a) el impuesto general a las ventas, sin comprender el impuesto de promoción municipal; b) el impuesto selectivo al consumo; y c) el impuesto a la renta de personas naturales, correspondientes a rentas de primera, segunda, cuarta y quinta categoría. En la etapa final del proceso, las regiones tendrán un 50% de la recaudación de los impuestos nacionales mencionados (Arias, Brachowitz, Guzmán & Montalvo, 2009)²⁹⁸.

A nuestro juicio, debería preservarse la autonomía fiscal de las regiones facultándolas en el futuro para establecer autónomamente alícuotas suplementarias sobre gravámenes legislados en otro nivel, que soportarán las personas que ejerzan actividad económica en sus respectivas jurisdicciones. En ese orden de ideas, consideramos que la alternativa más equitativa sería la asignación como recurso de los gobiernos regionales de una sobretasa al impuesto a la renta recaudado dentro de su jurisdicción, que estarían facultados a establecer autónomamente dentro de los límites que fije la ley (Martinelli, 1997, pp. 265-266)²⁹⁹.

En materia de recaudación tributaria, el gobierno nacional ostenta actualmente una ventaja comparativa en términos de eficiencia respecto a las regiones. La mejor fórmula probablemente sería que los impuestos nacionales sigan siendo recaudados por la SUNAT, pero cuyo órgano directivo estaría presidido por el representante del presidente de la República e integrado por representantes de las regiones³⁰⁰. Sin embargo, hay que reconocer que sería propia de un federalismo fiscal antes que el de un Estado unitario como el peruano.

Con relación al endeudamiento, la Ley de Descentralización Fiscal establece como destino de las operaciones de endeudamiento interno y externo de los gobiernos regionales y locales única y exclusivamente el financiamiento de proyectos de inversión pública. Prevé que la determinación de la capacidad de pago por parte del gobierno

²⁹⁸ El informe de estos consultores propone un modelo de coparticipación tributaria que distribuya los ingresos recaudados de los gobiernos regionales con una fórmula establecida con criterios de equidad.

²⁹⁹ Martinelli (1997, pp. 265-266) advierte que sin fuentes de financiamiento propias se ha creado organismos encargados de pugnar por más recursos en Lima, lo que genera tensiones redistributivas que son el caldo de cultivo de regímenes populistas.

³⁰⁰ Sobre el modelo argentino de régimen de coparticipación tributaria, ver Spisso, 2009, pp. 145-189.

nacional respecto a los gobiernos regionales y locales se realizará mediante el análisis de su situación fiscal, conforme a la legislación de la materia.

En ese orden de ideas, consideramos que, una vez que se constituyan las regiones, deberían asumir esta atribución de endeudamiento con cargo a sus recursos y bienes propios, sin autorización administrativa del gobierno nacional. Asimismo, las operaciones de endeudamiento externo de las regiones no deberían requerir en todos los casos del aval o garantía del gobierno. Si las entidades internacionales exigen la garantía de este para otorgar financiamiento a los gobiernos subnacionales, entonces las operaciones de endeudamiento podrían efectuarse bajo la supervisión de un Consejo Fiscal Nacional, con participación de las regiones, a cargo de velar por el control del endeudamiento público externo para prevenir patrones de endeudamiento elevados que generen desequilibrios en la política macroeconómica, como ocurrió en la experiencia de Brasil y Argentina. La política macroeconómica es de ineludible responsabilidad del gobierno nacional en tanto afecta a toda la población y su equilibrio es fundamental para la viabilidad y sostenibilidad financiera del Estado social y democrático de derecho³⁰¹.

Dentro de un enfoque descentralista, consideramos que las regiones en cuyo territorio se ubiquen los recursos naturales no renovables deben ser las principales beneficiarias de las rentas obtenidas de su explotación, coparticipando con ellas el gobierno nacional y, en menor medida, con las municipalidades provinciales, sin excluir el Fondo de Compensación Regional, previsto en el artículo 193.5 de la Norma Suprema, y la aplicación de otras medidas redistributivas en favor de las regiones más pobres en aplicación del principio de solidaridad del Estado social de derecho.

5.2. El canon

El canon fue establecido por primera vez en la Constitución peruana de 1979 en su artículo 121, que previó: «Corresponde a las zonas donde los recursos naturales están ubicados, una participación adecuada en la renta que produce su explotación, en armonía con una política descentralista. Su procesamiento se hace preferentemente en la zona de producción».

³⁰¹ La Ley de Descentralización Fiscal, en su artículo 2, literal e, establece como principio las reglas de responsabilidad fiscal: «Con el objetivo de preservar la estabilidad macroeconómica y hacer fiscalmente sostenible el proceso de descentralización fiscal, deben establecerse principios de disciplina fiscal que incluyan reglas de endeudamiento y de límites al aumento anual de gasto para los Gobiernos Regionales y Locales, compatibles con las reglas de transparencia y responsabilidad fiscal del Gobierno Nacional. El Gobierno Nacional no reconocerá deudas contraídas por los Gobiernos Regionales y Locales, salvo las debidamente avaladas».

En materia de participación en las rentas producidas por la explotación de los recursos naturales no renovables, se limita a prever, en el inciso 6 del artículo 193, como rentas de los gobiernos regionales los recursos asignados por concepto de canon. En esa dirección, el artículo 77 de la Constitución establece que: «Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon».

El texto original de la Constitución de 1993 establecía que el canon solo incluía una «participación adecuada del impuesto a la renta percibido por la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon». El texto vigente modificado por la ley 26472, publicada el 13 de junio de 1995, retoma, amplía y precisa el canon en términos similares a los previstos en la Constitución peruana de 1979 (Dammert, 2002, p. 31).

En consecuencia, comprende actualmente un porcentaje no solo del impuesto a la renta, sino de todos los recursos públicos obtenidos por el Estado por esa explotación. En rigor, el concepto técnico es el de participación en la renta, que se diferencia jurídicamente de la regalía, que es un gravamen en contraprestación a la concesión otorgada por el Estado para aprovechar en beneficio privado un recurso inalienable que es patrimonio de la Nación. La participación en la renta está vinculada con el nivel de producción que genera el productor privado. Es el derecho que se asigna a las circunscripciones por el aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en ellas.

El canon implica una reasignación de recursos al margen del juego del libre mercado y corrige parcialmente los efectos nocivos del centralismo al permitirles a las regiones retener parte del excedente económico generado en el territorio de sus circunscripciones.

Empero, la principal fuente de ingresos de los gobiernos regionales no proviene del canon, sino mayoritariamente —en un 76,8%— de los recursos ordinarios del tesoro público, aun cuando el canon —especialmente el minero— ha sido el recurso de mayor crecimiento en años de bonanza en los precios de los minerales de exportación (Vega Castro, 2008).

El canon es una fuente de ingresos que se deriva del carácter unitario del Estado. Dentro de una organización federal, el canon no resulta necesario porque los ingresos los percibe directamente la provincia o estado que canaliza ingresos al gobierno nacional.

Dammert propone definir al canon como derecho fiscal territorial con los siguientes contenidos fundamentales (pp. 31-32):

- a) El canon es un ingreso descentralista obtenido de la renta que produce la explotación de un recurso en una zona, no una transferencia del tesoro público. Es el pago por el derecho de realizar la explotación del recurso.

- b) El canon se establece en función de la producción valorizada; es decir, en función de la explotación del recurso.
- c) El canon no solo una compensación por la extracción de un recurso agotable, sino que es la relación entre el recurso y el desarrollo de la zona con criterios descentralistas.
- d) El canon se cancela a los beneficiarios del total de ingresos y rentas que obtiene el Estado por la explotación del recurso natural.
- e) El canon es una redistribución descentralista de todas las rentas e ingresos del Estado, calculado en función de la producción valorizada.
- f) El canon es un porcentaje del total de los ingresos y rentas.
- g) El canon se establece por la explotación del recurso por el hecho de realizarse.
- h) Dado que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, el canon beneficia a las circunscripciones donde están ubicados a fin de promover su desarrollo económico y social.

La Ley de Canon (ley 27506, modificada por la ley 28322) lo define en su artículo 1 como la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación de los recursos naturales. En el artículo 2, prevé como objeto de la ley la determinación de los recursos naturales cuya explotación genera canon y regular su distribución a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas donde se explotan los recursos naturales.

El Tribunal Constitucional peruano ha precisado jurídicamente la diferencia entre el canon y la regalía, en la STC Exp. 0048-2004-PI/TC (caso de la Ley de Regalía Minera). En sentencia pronunciada del 1 de abril de 2005, en el fundamento jurídico 53, declaró que:

Como se advierte, la regalía es la contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten. En tanto que el canon es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos.

5.3. El Fondo de Compensación Regional

La reforma constitucional de 2002 estableció, en el inciso 5 del artículo 193, que son bienes y rentas de los gobiernos regionales los recursos asignados del Fondo de

Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo conforme a ley. Ese carácter está inspirado en el principio de solidaridad para garantizar la cohesión territorial.

En el derecho comparado, cabe citar a la Constitución española de 1978, que en su artículo 138 proclama que el Estado velará por «el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español». En el párrafo 2 de su artículo 158, en desarrollo del principio de solidaridad, prevé, «con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión».

El carácter redistributivo del Fondo de Compensación Regional debe ser entendido como una previsión constitucional que responde a la necesidad de articular en el territorio un sistema equilibrado y descentralizado que permita el funcionamiento del Estado social de derecho (Bassols, 1988, p. 271).

En nuestro ordenamiento de desarrollo constitucional, la Ley de Bases de la Descentralización establece que el FONCOR se distribuye proporcionalmente entre todos los gobiernos regionales con criterios de equidad y compensación social, considerando factores de pobreza, necesidades insatisfechas, ubicación fronteriza, población, aporte tributario al fisco e indicadores de desempeño en la ejecución de inversiones.

Cabe señalar que el artículo 2 de la Ley de Descentralización Fiscal establece, entre los principios de la descentralización fiscal, al de equidad «con el objetivo de permitir reducir los desbalances regionales y lograr una mejor redistribución del ingreso nacional».

5.4. La descentralización fiscal de las municipalidades

Como afirma Brewer-Carías, la clave del fortalecimiento la democracia está precisamente en acercar el poder al ciudadano, para que pueda efectivamente participar en la toma de decisiones, siendo el primer instrumento las municipalidades como unidades políticas primarias de la organización nacional (2006, p. 318). Así, la descentralización municipal debe ser defendida en el Perú ante las tendencias centralistas que de manera recurrente pretenden cercenar su autonomía, imponiéndole organismos supervisores del Poder Ejecutivo. En América Latina, el gobierno local es el nivel de gobierno descentralizado más radicado históricamente en la estructura estatal, aun cuando en el ámbito financiero carece de autonomía por carecer de un poder tributario originario.

Cabe citar la sentencia 618 del 2 de mayo de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que afirma la obligación de dotarlas de recursos para el cumplimiento de sus finalidades constitucionales:

En ese sentido, el municipio es la unidad política de menor nivel territorial dentro del sistema de distribución vertical del poder en el estado venezolano, pero cuyos mecanismos de ejercicio del poder se encuentran más próximos a los ciudadanos, por ello es definido como ente «primario» y esencialmente autónomo, autonomía esta que se encuentra limitada por la propia normativa constitucional, principalmente en lo que respecta al reparto de competencias de los distintos poderes político territoriales, cuestión que ha sido prevista así, lógicamente, a objeto de mantener la convivencia armónica de todos los elementos que conforman el Estado.

Así, las cosas, siendo el municipio la unidad política primaria dentro del sistema de división vertical del poder (constituye el vínculo más estrecho entre el individuo y el centro de toma de decisiones), es evidente que debe contar con ingresos propios suficientes que garanticen a sus ciudadanos la prestación de unos servicios mínimos obligatorios, prestación que es esencial a su propia existencia (citado por Brewer-Carías, 2006, p. 318).

En la Constitución peruana de 1993, el artículo 196, con la reforma constitucional de 2002 (ley 27680), prevé los siguientes bienes y rentas municipales:

- a) Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
- b) Los tributos creados por ley a su favor.
- c) Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por ordenanzas municipales, conforme a ley³⁰².
- d) Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.
- e) Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.
- f) Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
- g) Los recursos asignados por concepto de canon.

³⁰² Como señala Sotelo (2005, p. 127), no se puede negar que la entrega irrestricta de poderes tributarios, sin lineamientos, marcos, principios o criterios a un cuantioso y heterogéneo número de entidades de la administración pública, podría generar caos y dispersión, así como abuso a los derechos fundamentales. En consecuencia, normas con rango de ley podrían proporcionar lineamientos, criterios o principios uniformizadores u homogeneizadores, respetando el núcleo competencial de las entidades constitucionalmente designadas, sin mellar o afectar de forma negativa el ejercicio de un poder tributario que encuentra su origen en la Constitución.

- h) Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran el aval del Estado, conforme a ley³⁰³.
- i) Los demás que determine la ley.

La vigente Ley Orgánica de Municipalidades (ley 27972), en su artículo 69, establece las rentas municipales: (i) los tributos creados por ley a su favor; (ii) las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias, multas y derechos creados por su Concejo Municipal, los que constituyen sus ingresos propios; (iii) los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal; (iv) las asignaciones y transferencias presupuestales del gobierno nacional; (v) los recursos asignados por concepto de canon y renta de aduana; (vi) las asignaciones y transferencias específicas establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, para atender los servicios descentralizados de su circunscripción; (vii) los recursos provenientes de sus operaciones de endeudamiento, concertadas con cargo a su patrimonio propio, y con aval o garantía del Estado y la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas cuando se trate de endeudamientos externos; (viii) los recursos derivados de la concesión de sus bienes inmuebles y los nuevos proyectos, obras o servicios entregados en concesión; (ix) los derechos por la extracción de materiales de construcción ubicados en los álveos o cauces de los ríos y canteras ubicadas en su jurisdicción; (x) el íntegro de los recursos provenientes de la privatización de sus empresas municipales; (xi) el peaje que se cobre por el uso de la infraestructura vial de su competencia; (xii) los dividendos provenientes de sus acciones; y (xiii) las demás que determine la ley.

Los impuestos municipales son tributos centralizados por cuanto los directos (predial, alcabala y patrimonio vehicular) y los indirectos no son determinados por los gobiernos locales. Las bases imponibles y las tasas de estos impuestos —y en general todos los elementos constitutivos de estos tributos— han sido determinados por el nivel central, sin haber considerado las necesidades de financiamiento de los municipios (Zas Friz, 1999, pp. 526-527). De igual forma, desde su origen, han sido de naturaleza centralista los impuestos y las participaciones creadas por ley como recursos de las municipalidades (Zas Friz, 1999, pp. 528-529).

Con relación al sistema de transferencias a través del Fondo de Compensación Municipal, las municipalidades gozan de una mínima autonomía financiera (Zas Friz, 1999, p. 529). Como señalan Carranza y Tuesta, el Fondo de Compensación Municipal fue creado desde la Constitución a fin de promover la inversión en las diferentes

³⁰³ Este inciso debe concordarse con el párrafo final del artículo 75 de la Constitución que establece que: «Los municipios pueden realizar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, sin requerir autorización legal».

municipalidades del país, con un criterio redistributivo en favor de las zonas más deprimidas, priorizando la asignación a las localidades rurales y urbano-marginales del país (Carranza Ugarte & Tuesta Cárdenas, 2004).

A nuestro juicio, la autonomía financiera los obliga a que las leyes de desarrollo constitucional establezcan un pacto fiscal por un sistema presupuestal descentralizado, basado en la autonomía y autofinanciamiento de las municipalidades, que podría seguir en el futuro los siguientes lineamientos³⁰⁴:

- a) Un impuesto predial cuyos valores sean actualizados descentralizadamente por las municipalidades provinciales, en el marco de la ley que fije criterios homogeneizadores.
- b) Una asignación de transferencias incondicionadas que evite la injerencia política y la discrecionalidad del Poder Ejecutivo y que permita la participación de los vecinos en la definición de las prioridades de gasto.
- c) Criterios objetivos y de equidad para la redistribución de los recursos del Fondo de Compensación Municipal.

³⁰⁴ Como propone Martinelli: «Las transferencias a partir del Fondo de Compensación Municipal, que debe crecer conjuntamente con la mayor atribución de responsabilidades a los municipios no deben ser asignadas discrecionalmente por el gobierno central en una aproximación ‘caso por caso’ que dé pie a posteriores renegociaciones, sino que debe obedecer más bien, rígidamente a criterios conocidos y fijados de antemano» (1997, p. 268).

CAPÍTULO 25

LA TUTELA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES

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

1.1. Introducción

La Constitución peruana de 1993 estableció al Tribunal Constitucional, en su artículo 201, al cual le asigna el rol de «órgano de control de la Constitución». Su antecedente se encuentra en el Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto en la Constitución de 1979, en su artículo 296, con la precitada definición³⁰⁵.

El artículo 298 de la Carta Fundamental de 1979 estableció su competencia para: (i) declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo; (ii) conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial³⁰⁶.

Asumimos al Tribunal Constitucional como el Supremo Intérprete de la Constitución, definición que da acogida a la concepción clásica de la justicia constitucional, según el modelo del jurista austriaco Hans Kelsen: el Tribunal Constitucional, como garante de la Constitución, guardián de esta como Norma Suprema del ordenamiento (Pérez Tremps, 1995, p. 421)³⁰⁷. Así, se afirma que los tribunales constitucionales son la coronación del estado de derecho (Lucas Verdú, 1984, p. 828). Si bien es ello admitido

³⁰⁵ Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, véase Tribunal Constitucional del Perú, 2018.

³⁰⁶ El mencionado Tribunal de Garantías Constitucionales estuvo vigente hasta el 5 de abril de 1992, cuando fue clausurado por el golpe de Estado que dio inicio al fujimorato (1992-2000). Su denominación es la misma del Tribunal de Garantías Constitucionales español, creado por la Constitución de 1931.

³⁰⁷ En esa dirección, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ley 28301) declara, en su artículo 1, que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

mayoritariamente por la doctrina, no es aceptado pacíficamente para algunos representantes de la clase política peruana que relativizan con frecuencia el rol del Tribunal Constitucional, sobre todo cuando sus sentencias colisionan con intereses de sectores políticos o grupos de poder económico. Sobre la base de un legalismo de origen positivista, se afirma que debe prevalecer la soberanía del Parlamento en materia de interpretación constitucional, en la medida que el Congreso de la República es un poder del Estado facultado para reformar la Constitución.

Consideramos que debemos tomar distancia crítica de estas posiciones que en sus versiones extremas allanaron el camino que conduce al totalitarismo a una sociedad, como ocurrió con el fascismo alemán que bajo Hitler utilizó la vía de la mayoría parlamentaria para imponer una de las dictaduras más absolutas, cruentas y sombrías de la historia de la humanidad³⁰⁸. No cabe duda que en ocasiones la doctrina de la soberanía del Parlamento puede formar parte del discurso que conduce a la tiranía de las mayorías. Frente a ella, debe proclamarse la soberanía de la Constitución, que significa que la discrecionalidad del legislador debe ceder frente a los imperativos que la Constitución le impone, correspondiendo al Tribunal Constitucional el rol de Supremo Intérprete de la Constitución, posición que garantiza el equilibrio de poderes en un Estado constitucional de derecho.

Así, como sostiene Zagrebelsky sobre la ley en el Estado constitucional:

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad (Zagrebelsky, 2008, p. 40).

³⁰⁸ Mediante la técnica de la delegación por el Parlamento de facultades legislativas al Ejecutivo, Adolf Hitler implantó la dictadura en Alemania, quedando el *Reichstag* como una Cámara decorativa: «Elevado en 1933 al poder dentro de la legalidad constitucional de la República de Weimar, Hitler juró el cargo de canciller para “mantener la constitución y las leyes del pueblo alemán”, según indicaba la ley de ministros del estado (*Reichministers*, de 27 de marzo de 1930). Formó enseguida un gabinete de coalición para tranquilizar a sus aliados centristas, en el que los nazis solo ocupaban una minoría de ministerios claves, pero cuyo objetivo real se encaminaba hacia la consecución de la dictadura mediante el decreto de suspensión de garantías constitucionales y la ley de capacitación o de “plenos poderes”, con la que el canciller Hitler conseguiría la facultad de legislar, incluso en materia financiera, tradicional dominio del Parlamento. La ley de plenos poderes de 23-24 de marzo de 1933 consagraba en una aparente legalidad el final del propio régimen político weimariano para dar paso a la dictadura personal y al régimen autoritario nazi» (Salvat, 2005, p. 262).

En ese sentido, en materia del derecho constitucional económico, si la Constitución es el ordenamiento básico de las relaciones entre el Estado, la sociedad civil y el mercado, entonces no solo determina la restricción del poder estatal frente a la sociedad, sino también constituye la norma jurídica de restricción de los excesos del poder económico y de habilitación al poder del Estado para intervenir ante las fallas del mercado. Asimismo, restringe el poder de este último, eficiente en la asignación de los recursos, sin un horizonte social redistributivo en la estructura social, y habilita a su vez la intervención del poder estatal para la protección del más débil. Se trata de una nueva concepción de los *checks and balances* (pesos y contrapesos) que corresponden a un Estado social y democrático de derecho. Dentro de ese marco jurídico institucional, el Tribunal Constitucional, mediante su desarrollo jurisprudencial, debe contribuir al equilibrio en las relaciones entre el Estado, el mercado y la sociedad civil³⁰⁹. Es por ello que coincidimos con Abad cuando sostiene que hubiera sido oportuno que la Constitución reconozca expresamente su calidad de supremo intérprete de la Constitución, pues ello constituye una característica definitoria de esta clase de tribunales. Esta definición no pretende indicar que sea su único intérprete; sino que, al reconocer la competencia de los demás órganos —por ejemplo, el Poder Judicial o el Legislativo—, la interpretación que el tribunal finalmente asuma en un caso concreto que se le someta es la que debe primar sobre los restantes órganos constitucionales (Abad, 2004, p. 41).

El rol del Tribunal Constitucional en el Perú se ha consolidado progresivamente³¹⁰. Ha generado controversia la capacidad del Tribunal Constitucional de pronunciar las denominadas «sentencias interpretativas», a partir de la STC Exp. 010-2002-AI/TC

³⁰⁹ El catedrático de ética económica, Peter Ulrich —autor de *Transformación de la razón económica. Perspectivas de progreso de la sociedad industrial moderna* (1986)—, desde la realidad de los países altamente desarrollados, propone no solo limitar el sistema económico, sino también el estatal-burocrático del Estado de bienestar, a favor de la prevalencia del «mundo de la vida» (la sociedad civil).

³¹⁰ Espinosa-Saldaña afirma que actualmente prevalece como tendencia la derrota del «legislador negativo» y la consolidación del juez ordinario o constitucional, como mediador jurídico bajo parámetros jurídicos de primer orden. Sin embargo, esta supuesta «derrota» no ha sido definitiva en nuestro medio. Así, la utilización por nuestro Tribunal Constitucional de sentencias interpretativas es resistida por sectores de intereses específicos o por parlamentarios que los representan, quienes se oponen a aceptar el rol del Tribunal como supremo intérprete de la Constitución. Respecto a la tipología de las sentencias de los tribunales constitucionales, citamos a Espinosa: «Denominaremos sentencias manipulativas a aquellas que buscan conducir la actuación del legislador en un determinado sentido, señalando las pautas que debe considerar para elaborar la nueva ley, pautas que van desde meros consejos hasta fórmulas más coactivas. Asimismo, tenemos las sentencias aditivas, que consisten en decisiones que contienen una estimación parcial, es decir, no eliminan la norma del ordenamiento, ni mucho menos pretenden darle una interpretación conforme al texto constitucional, sino que incorporan dichas normas un nuevo elemento, el cual no queda al arbitrio del juez pues es impuesto por las exigencias de la Ley Básica [...] Por último, las sentencias interpretativas que son básicamente decisiones que establecen pautas o criterios que deben considerarse para interpretar

del caso Marcelino Tineo Silva, referido a la acción de inconstitucionalidad interpuesta para cuestionar los decretos leyes 25475, 25659, 25659, 25708 y 25880, de legislación penal antiterrorista, dictados durante el fujimorato. En esta sentencia, pronunciada el 3 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional se pronunció, entre otros temas, sobre los alcances de su misión como supremo intérprete de la Constitución a través de la utilización de la técnica de las sentencias interpretativas³¹¹.

El Supremo Tribunal es constitucionalmente infalible, en el sentido de que ningún otro órgano puede corregir o rectificar sus decisiones. Así, cabe citar las célebres afirmaciones del juez Jackson referidas al Tribunal Supremo norteamericano: «[...] we are not final because we are infallible, but only we are infallible because we are final». Puede parecer difícil de justificar este poder infalible, pero la experiencia histórica ha demostrado que solo un modelo de justicia constitucional garantiza eficazmente la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento y, en suma, el propio carácter jurídico de la Norma Fundamental (Díaz Revorio, 2006, p. 259).

Justamente el rol de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuya jurisprudencia se pronuncia sobre la constitucionalidad de las leyes, es lo que lo caracteriza, en la práctica constitucional, como un auténtico poder del Estado. No existe argumento sólido para negarle ese rol al Tribunal Constitucional que cumple un rol similar como guardián de la Constitución. Más aún, como sostiene Rawls, la Corte Suprema debe cumplir el rol de entidad ejemplar de la razón pública³¹². Consideramos que

la norma, excluyendo así elementos que conllevarían a una interpretación no conforme al texto constitucional» (2003, pp. 53-54). Díaz Revorio afirma: «Entiendo por sentencias interpretativas aquellas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas —o parte de ella— que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución» (2003, p. 102).

³¹¹ La mencionada sentencia declaró la inconstitucionalidad de parcial de las normas cuestionadas (sentencia estimatoria), corrigió las inconstitucionalidades detectadas (sentencia interpretativa), exhorta al Congreso a dictar normas legales (sentencia exhortativa) que corrijan vacíos o problemas legales detectados. Sobre la sentencia del caso Marcelino Tineo Silva, Espinosa-Saldaña sostiene: «En síntesis: la sentencias interpretativas son hoy un elemento valiosísimo para que todo Tribunal Constitucional pueda cumplir a cabalidad la difícil responsabilidad de que le ha sido encomendada, máxime si nos encontramos ante temas en los cuales, tales como ocurre en “Tineo Silva”, la normativa cuya constitucionalidad se cuestiona ha generado una serie de relaciones y situaciones cuya posterior modificación es en ocasiones no solamente jurídica, sino también política o socialmente difícil de efectuar. Sin embargo, son instrumentos a los cuales debe acudir con mucha cautela para así no exponerse a invadir competencias ajenas o en contraste con un sistemático desaire a sus planteamientos, temas sin duda perjudiciales para su mayor credibilidad ciudadana» (2003, p. 95).

³¹² Rawls explica esta definición en los siguientes términos: «Por lo que hemos dicho, la dicho, la democracia constitucional es dualista; distingue entre el poder constituyente, del poder ordinario, así como la ley más alta del pueblo, de la ley ordinaria de los cuerpos legislativos. Se rechaza la supremacía parlamentaria. Una Suprema Corte encaja dentro de esta idea de la democracia constitucional dualista como uno de los recursos institucionales para proteger a la Ley más alta. Al aplicar la razón pública,

el mencionado rol debería corresponder en nuestro sistema jurídico al Tribunal Constitucional³¹³.

1.2. El Tribunal Constitucional peruano como poder político

Los tribunales constitucionales constituyen un poder político, tal como Häberle define al Tribunal Constitucional Federal alemán. También Lucas Verdú, al referirse al Tribunal Constitucional español, lo califica de un órgano constitucional supremo, con evidentes características políticas, tanto por su posición en el ordenamiento constitucional, como por su composición y funciones (Lucas Verdú, 1984, p. 824; Landa Arroyo, 2006, pp. 318-319).

Así, guardando las distancias y con matices, la tesis de Häberle es aplicable a otros tribunales constitucionales como el peruano. El Tribunal Constitucional peruano es un tribunal de los ciudadanos, por cuanto el acceso de todas las personas a los procesos constitucionales está garantizado ampliamente en el artículo 202.2 de la Constitución peruana de 1993, que establece que corresponde al tribunal conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. Si el Poder Judicial resuelve en forma favorable al demandante, el proceso concluye.

Por otro lado, el control concentrado, normativo y abstracto, previsto en el artículo 202.1 de la Constitución como la facultad de conocer, en instancia única, el proceso de inconstitucionalidad, es de elevada significación política y práctica³¹⁴.

la Suprema Corte ha de impedir que esa ley pueda ser erosionada por la legislación de alguna mayoría transitoria o más probablemente, por grupos de intereses organizados y bien situados, pero de miras estrechas, que pretendan imponerse. Si la Corte asume este papel y lo cumple eficazmente, será incorrecto decir que actúa antidemocráticamente. Será antimayoritaria respecto a la ley ordinaria, pues una Suprema Corte con el poder de revisar las leyes puede declarar que tal o cual ley ordinaria es anticonstitucional. Sin embargo, la más alta autoridad, la del pueblo, autoriza esta actuación de la Suprema Corte. La Suprema Corte no es antimayoritaria respecto de la ley más alta cuando sus decisiones concuerdan razonablemente con la Constitución misma, con las enmiendas que se le hayan hecho y con las interpretaciones de ella que se hayan ordenado políticamente» (1996, p. 222).

³¹³ Lamentablemente, este rol no fue asumido históricamente por la Corte Suprema del Perú. Así, como señala Cairo: «El Perú, lamentablemente arrastra una tradición jurisprudencial diferente. En 1955, por ejemplo, la Corte Suprema de la República se declaró inhabilitada para dejar de aplicar una ley contraria a la Constitución, pese a que existía una norma legal (artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil) que le reconocía esta atribución. Esta declaración fue formulada en la resolución final del proceso de hábeas corpus iniciado por el representante del ex Presidente peruano José Luis Bustamante y Rivero» (2004, p. 49).

³¹⁴ En el sistema de control concentrado, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es monopolizada por un solo órgano del sistema jurisdiccional del Estado. Se ha considerado como su origen histórico a los tribunales constitucionales en Checoslovaquia y Austria en 1920, aun cuando existe el antecedente en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864 de atribuir a la Alta Corte Federal el deber de declarar nulo todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional que viole

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional peruano se constituye tanto en una fuerza jurídica, como en una fuerza política³¹⁵. A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal Constitucional, nacido bajo el imperio de la Constitución de 1993, deslegitimó al régimen que hacía tabla rasa de su propio ordenamiento constitucional. Así, el Congreso bajo el fujimorato aprobó la ley 26657 —ley singular o de caso único— que habilitó al presidente Fujimori a ser reelegido el año 2000, a pesar de que clara y expresamente el texto de la Carta de 1993 no permitía la reelección del presidente de la República dos veces consecutivas.

El Tribunal Constitucional declaró inaplicable dicha ley singular, en medio de una confrontación jurídica y política, que tuvo como consecuencia la acusación constitucional y la inicua destitución de los tres magistrados que emitieron dicho fallo. Así, la Constitución y las instituciones propias de la democracia representativa, como el Congreso, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General, los gobiernos locales, entre otros organismos constitucionales, quedaron a merced plenamente del fujimorato y su proyecto autoritario de perpetuación en el poder, con el soporte de las Fuerzas Armadas, parte importante de la prensa escrita, radial y televisiva y la casi totalidad del empresariado; pero con el rechazo de un sector de la ciudadanía con ideales republicanos y sentimiento constitucional (Landa Arroyo, 2003, p. 83)³¹⁶.

Caído el régimen autoritario y recompuesta la conformación del Tribunal Constitucional, esta institución, con el desarrollo de su jurisprudencia, consolidó paulatinamente su rol de entidad jurisdiccional y política.

los derechos de los estados o ataque su independencia. Como precisa Cairo: «Son sistemas de control concentrado los existentes en España, Alemania, Austria, donde funcionan Tribunales Constitucionales que monopolizan la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Pero también integran el control concentrado los sistemas chileno y uruguayo, pues en estos países sus respectivas Cortes Supremas concentran esta atribución. Lo mismo ocurre en Costa Rica, donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema es el único órgano facultado para declarar la nulidad de las leyes que adolecen de algún vicio de inconstitucionalidad» (2004, p. 50).

³¹⁵ Como precisa Haberle: «Lo ‘político’ se entiende aquí ampliamente: se caracteriza por su relación o actual con la res publica en su conjunto, ya que los diferentes conceptos de lo político hasta ahora han absolutizado elementos parciales individuales: por ejemplo, el elemento del poder, el ingrediente del bienestar o de la felicidad o el aspecto de lo irracional o de lo dinámico. Todas las funciones estatales son funciones políticas en este sentido. Se diferencian por la manera y modo en que actúan en el marco de la división republicana de trabajo, pero no se ‘contraponen’ al Derecho o algo parecido. También el legislador democrático interpreta la Constitución, también el juez [...] es un poco ‘poder político’. El Derecho y la política no se contraponen uno al otro en el Estado constitucional democrático: son aspectos parciales, son aspectos parciales, funciones parciales de la res publica en su conjunto» (2004, pp. 16-17).

³¹⁶ Como afirma Lucas Verdú: «El Tribunal Constitucional será magistral, porque adocrine de modo constitucionalmente infalible y realice la integración del derecho y realidad constitucionales, la integración de los ciudadanos y de sus grupos que se sientan identificados con los valores constitucionales porque les permita desarrollarse como hombres libres, en la justicia y en la igualdad» (1984, p. 846).

Así, en la sentencia pronunciada el 3 de junio de 2005, en el caso de «Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República», correspondiente al proceso de inconstitucionalidad contra la ley 28389 (Ley de reforma constitucional) y contra la ley 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias del decreto ley 20530³¹⁷, en el fundamento jurídico 11, precisó:

El Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Norma Fundamental, sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político democrático. En tal sentido, ha puntualizado que:

[...] El derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político'. De esta forma, se está proclamando la dualidad jurídico-política de la Norma Suprema. Por lo tanto, la Constitución no solamente es una norma de rango eminentemente jurídico, sino que el fortalecimiento del régimen democrático irá condicionando su validez y eficacia.

Es así como este Colegiado debe resolver las controversias, sobre todo las referidas a inconstitucionalidad, *asumiendo su carácter político y jurídico*, pero sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procediendo resolver cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución (cursiva agregada).

Siguiendo al modelo alemán, el Tribunal Constitucional peruano podría además erigirse en un tribunal social, un tribunal del conjunto de la sociedad más que un tribunal estatal. Así, la jurisdicción constitucional opera más allá del dogma clásico de la separación Estado-sociedad. Y mediante su jurisprudencia, se abre a la variedad de ideas e intereses de la sociedad y asimismo la guía (Häberle, 2004, pp. 20-21)³¹⁸.

³¹⁷ Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI/TC (acumulados).

³¹⁸ Este rol de tribunal del conjunto de la sociedad se manifiesta en algunas sentencias del Tribunal Constitucional peruano. Una sentencia emblemática en la cual se aprecia claramente al Tribunal Constitucional peruano como un tribunal del conjunto de la sociedad es la pronunciada el 21 de julio de 2005, STC Exp.0019-2005-PI/TC, correspondiente al proceso de inconstitucionalidad contra el artículo único de la ley 28568, que modificó el artículo 47 del Código Penal y estableció que el tiempo de detención preventiva y de detención domiciliaria que haya sufrido el imputado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Esta ley generó una reacción contraria de los medios de comunicación y de la opinión pública, debido a que beneficiaba a los procesados por delitos de corrupción que estaban bajo arresto domiciliar. Se cuestionó este aspecto de la ley, considerando que esta medida restrictiva de la libertad de desplazamiento no es equiparable a la detención preventiva. El Tribunal Constitucional sostuvo en esta sentencia que el principio de igualdad proscribía la posibilidad de que el legislador otorgue

1.3. El fundamento jurisprudencial del régimen económico

El Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia del caso Nesta (STC Exp. 0008-2003-AI/TC), pronunciada el 11 de noviembre de 2003, en el fundamento jurídico 26, declaró con precisión las libertades económicas que fundamentan el régimen económico en la Constitución peruana de 1993:

- **El derecho de propiedad:**

Tal como se estableció en el histórico caso Campbell vs. Holt, el concepto de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda «enclaustrada» en el marco del dominio 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 lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar, bajo 'su' ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

- **El derecho a la libre contratación:**

Establecido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas— para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

[...] A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad de trabajo, etc.

idéntico tratamiento a instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable. Así, declaró la inconstitucionalidad de la disposición —que ya había sido derogada por el Congreso— y dispuso que ningún juez o magistrado podía aplicar el precepto impugnado, por cuanto la retroactividad benigna de una ley inconstitucional carecía de efectos jurídicos. En este caso, el tribunal se abrió explícitamente a la reacción de la sociedad civil y de los medios de comunicación que cuestionaron esta legislación.

- **La libertad de trabajo:**

Establecida en el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar en ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.

- **La libertad de empresa:**

Consagrada por el artículo 59 de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley —siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente—, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

- **La libertad de comercio:**

Establecida en el artículo 59 de la Constitución, se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercitarse con sujeción a ley.

Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal.

- **La libertad de industria:**

Establecida en el artículo 59 de la Constitución, es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención o transformación de uno o varios productos.

Asimismo, debe destacarse el rol del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionalidades por omisión; es decir, por la pasividad o ausencia de legislación para hacer efectivas las normas constitucionales³¹⁹. Fernández Rodríguez la conceptúa en los siguientes términos: «[...] la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación» (1998, p. 81). Además, como señala Fernández Segado, se presenta una vertiente material de la inconstitucionalidad por omisión en la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio (1995, p. 156).

Su importancia es particularmente relevante en materia de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el capítulo II del título I de la Norma Suprema («De la Persona y de la Sociedad») o de las disposiciones del título III («Del Régimen Económico») que desarrollan los principios del Estado social y democrático de derecho, que es el principio central de articulación del orden político contemporáneo del capitalismo desarrollado y extendido ampliamente después de la Segunda Guerra Mundial (Cabo, 1986, p. 16).

Con el tránsito del estado de derecho al Estado constitucional, la soberanía del Parlamento es superada por la soberanía de la Constitución. Así, no cabe duda que, cuando la Carta Fundamental impone al legislador la obligación de dictar normas de desarrollo constitucional y este no lo hace, entonces se configura la inconstitucionalidad por omisión. Si la omisión del legislador ordinario es relevante, el Tribunal Constitucional debe declararla y recordar al poder público de que se trate —al que le vinculan las sentencias del tribunal debido a su calidad de intérprete supremo de la Constitución— que ponga fin a tal conculcación³²⁰.

³¹⁹ Tal como lo prevé expresamente el artículo 283.1 de la Constitución portuguesa, tras la reforma de 1982, que habilita al Tribunal Constitucional la facultad de apreciar y verificar el incumplimiento de la constitución «por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales, a requerimiento del presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, con fundamento en la violación de los derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Regiones Autónomas». Y cuando esto ocurra, de ponerlo en conocimiento del órgano legislativo competente (artículo 283.2). La Constitución brasileña de 1988 regula la inconstitucionalidad por omisión en el artículo 103.2 y asigna su control al Supremo Tribunal Federal, órgano supremo del Poder Judicial y guardián de la Constitución.

³²⁰ Como señala Sagüés: «Ahora bien, ante la ausencia de mecanismos propios, tal como la acción de control de Inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional ha recurrido a la figura jurisprudencial de la sentencia exhortativa para cubrir algunas abstinencias o inercias de los poderes del Estado [...]. En consecuencia, los aspectos positivos del desarrollo jurisprudencial reseñado no omnubilizan la conveniencia de recurrir a otras formas procesales que permitan al Tribunal canalizar de manera más directa el control de la Inconstitucionalidad por omisión, en particular la generada por parte del legislador, que permita dar un tratamiento a fórmula de las sentencias exhortativas con este específico contenido a través de una acción autónoma de control de la inconstitucionalidad por omisión que posea las previsiones necesarias para lograr su efectividad» (2005, p. 998).

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional ha diferenciado el concepto de precedente constitucional vinculante —previsto en el artículo VII del Código Procesal Constitucional— de la doctrina jurisprudencial que deja sentada en sus sentencias³²¹.

Finalmente, debe resaltarse el rol del Tribunal Constitucional en la solución de los conflictos de competencia, como lo prevé el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución. El artículo 109 del Código Procesal Constitucional establece que el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan:

- a) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales.
- b) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí.
- c) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a estos entre sí.

2. LOS ENTES REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

2.1. Generalidades

Podemos afirmar que, en términos generales, la administración económica de nuestros días está compuesta por múltiples autoridades u organismos públicos con diferentes competencias funcionales. Esta compleja organización debe amoldarse a las necesidades de la actividad económica privada, sin entorpecer su buen funcionamiento, procura equilibrar la rigurosidad administrativa con la flexibilidad mercantil. En palabras de Rivero Ortega, «las principales características de la administración económica responden a esta búsqueda de flexibilidad y eficacia, que debe ser compatible con la legalidad» (2001, p. 47).

La ineficiencia de las estructuras organizativas y las restricciones legales que imponía la gestión pública tradicional determinó que se abandonaran los modos de organización y las técnicas de gestión del derecho público, en un proceso denominado de huida del derecho administrativo, para acudir a los del derecho privado. En efecto, durante los años noventa del siglo XX, se crearon nuevas entidades que cambiaron el mapa del sector público existente, algunas de las cuales adoptaron

³²¹ En la STC Exp. 3741-2004-AA/TC (cfr. Morales Saravia, 2017, pp. 57-80).

además instrumentos de gestión provenientes del sector privado en un intento de superar la inercia burocrática e implantar nuevos modelos de gestión de carácter gerencial (Rodríguez Manrique, 2006, p. 1).

Este fenómeno tuvo, en el Perú y en otros países, su concreción en la creación de diversos entes o agencias estatales, entre otras, en lo referente a la administración tributaria y la regulación de servicios públicos. Debe tenerse presente que estos entes y organismos públicos no buscan excluir la aplicación del derecho administrativo, tanto en lo que se refiere a sus potestades públicas o de *ius imperium*, como en su relación con los administrados, pues no les conviene prescindir de sus tradicionales prerrogativas, pero estas se aplican a través de un régimen administrativo especial y, en ciertos casos, conjuntamente con el ordenamiento jurídico privado. En otras palabras, el derecho administrativo redujo su aplicación a aquellos ámbitos en los que resulta solo imprescindible.

Así, los nuevos entes reguladores están dotados de personalidad jurídica de derecho público y no están integrados en la clásica estructura administrativa jerarquizada de los ministerios del Poder Ejecutivo. En algunos casos, son titulares de un estatus jurídico de independencia funcional, acudiendo con frecuencia, como hemos dicho, a modalidades jurídicas privadas para la solución de los problemas y conflictos que se les someten. Pero es común la utilización simultánea de los derechos público y privado: el primero, para ejercitar las clásicas potestades administrativas; el segundo, para sus actividades de gestión, sobre todo en lo relativo a la celebración de contratos, la selección de personal, etc.

Estas nuevas organizaciones fueron diseñadas en muchos casos como autoridades administrativas independientes, surgidas históricamente en los Estados Unidos, al extremo de que, como señala Carbonell, el derecho administrativo norteamericano se forma unido de manera estrecha al desarrollo de las llamadas «agencias» (Carbonell Porras, 1996, p. 22), cuyo modelo se extiende por diversos países. Así, poseen peculiaridades propias, pero también rasgos comunes homogéneos, que se expresan en la limitación de los poderes de dirección y control del gobierno nacional, por estar integradas por personal de reconocida competencia técnica y por sustraer de la contienda política el desarrollo de determinadas funciones administrativas (Desdentado, 1999, p. 136).

En el Perú, frente a los clásicos entes instrumentales del Poder Ejecutivo, conocidos anteriormente en el Perú como organismos públicos descentralizados, caracterizados por estar bajo la dirección y tutela de la administración matriz del ministerio, se han constituido organismos que, estando en la órbita del Poder Ejecutivo, gozan de un grado importante de independencia o neutralidad. Tal es el diseño institucional de los organismos reguladores de servicios públicos, el Instituto Nacional de Defensa

de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y la Superintendencia del Mercado de Valores, que la ley 29158 (Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, LOPE), en su artículo 31, clasifica como organismos públicos especializados.

En la doctrina, se sostiene que, en un proceso de reforma del Estado, por mandato de la ley, se les debe conferir un régimen jurídico especial de autoridades administrativas independientes, que se caracterizan por contar con un mayor nivel de autonomía, tanto orgánica como funcional (Valencia Martín, 2004, p. 406). Como sostiene Sorace (2006), para determinar si se configura una situación de «independencia» en una organización administrativa, es necesario analizar:

- a) Las reglas de composición de la organización (competencia y modalidades de nominación; vigencia, revocabilidad y renovación de mandato, número de componentes, cualidades requeridas en los miembros, regímenes de incompatibilidad).
- b) Si reciben o no instrucciones u orientaciones por parte del gobierno o del Parlamento y que existan determinadas formas de responsabilidad con respecto a lo último.
- c) Las fuentes de recursos.
- d) El grado de autonomía en la emisión de sus reglamentos internos de funcionamiento y organización de servicios.

Por cierto, la independencia no es un fin en sí misma, sino un instrumento para conseguir la confianza de los consumidores, usuarios e inversionistas (Quintanilla Acosta, 2004, p. 23).

2.2. Los organismos reguladores de servicios públicos

Los organismos reguladores son entidades con personería jurídica de derecho público, que forman parte de la Administración. En términos generales, puede considerarse que tienen un cierto margen de independencia frente al gobierno, específicamente del Poder Ejecutivo, un carácter eminentemente técnico y normalmente reglado para las decisiones que adoptan, lo que limita la dirección gubernamental tradicional³²².

³²² «Naturalmente, la ‘independencia’ del poder político es un concepto relativo, y debe entenderse en relación al funcionamiento cotidiano de dichos organismos reguladores y en cuanto al ejercicio de las atribuciones que le son delegadas, ya que tal independencia es imposible y hasta indeseable considerando el largo plazo, dado que es y debe ser el poder político quien decida qué responsabilidades y tareas se delegan a dichas agencias, como deben estar compuestas las mismas, y cuáles son las guías para orientar la acción profesional que se requiere de ellas» (Urbiztondo, 2003, p. 10).

Por cierto, esos organismos se encuentran sometidos a los principios constitucionales y a aquellos principios típicos e insustituibles de la actuación administrativa, como son los de legalidad, transparencia, objetividad, imparcialidad y eficacia. Ahora bien, la eficacia que la Constitución implícitamente exige a la Administración Pública en su funcionamiento no es un valor absoluto al que hayan de ceder todos los demás; no debe confundirse tampoco con la eficiencia del sector privado en el ámbito de la competencia económica, el riesgo empresarial y la repercusión de los resultados de la empresa en el patrimonio de sus dueños, pues ello no existe en el sector público.

En el modelo estadounidense, en muchos estados de la Unión y en el nivel federal, los directivos de los organismos reguladores deben ser confirmados por el Poder Legislativo o el Senado (Urbiztondo, 2003, p. 32). Su relación con el órgano legislativo es directa. Como parte de la función legislativa, el Congreso de los Estados Unidos goza de amplios poderes de supervisión y control sobre las agencias administrativas desde el nombramiento de sus altos cargos (Carbonell Porras, 1996, p. 29 ss.)³²³.

En la doctrina, se sostiene que un regulador cuyos directivos son nombrados por el Poder Ejecutivo puede ser considerado más fuerte institucionalmente, debido a que sus decisiones gozan del respaldo gubernamental, en tanto que se asume como más débiles a aquellas agencias reguladoras en las que la designación de sus directivos debe pasar por la aprobación o ratificación del órgano legislativo (Quintanilla, 2004, p. 32).

Quintanilla considera que el nombramiento de los directores debe regirse por mandato fijo que no debería coincidir con el periodo político del Presidente de la República (Quintanilla, 2004, p. 33).

La creación de organismos reguladores independientes responde, en parte, a un sentimiento de desconfianza respecto al funcionamiento del sistema democrático y de los gobiernos³²⁴, por su incapacidad para garantizar la adopción de medidas

³²³ Carbonell señala que el procedimiento de nombramiento de los altos cargos en las agencias administrativas «se caracteriza por la realización de audiencias en las que el Senado puede comprobar no solo la idoneidad personal y profesional del candidato propuesto, sino también su trayectoria política. Desde esta perspectiva no puede ignorarse la posible trascendencia política de la intervención senatorial y, aunque con frecuencia la confirmación es automática, los contactos políticos previos son decisivos por la tendencia natural del Presidente a no proponer el nombramiento de quien no será aceptado» (1996, p. 29).

³²⁴ «De acuerdo con la concepción de la administración pública surgida del constitucionalismo liberal, en la que se han inspirado los sistemas constitucionales occidentales de la actualidad, está en una organización profesionalizada y jerarquizada de carácter puramente instrumental o servicial de la Comunidad, dirigida a la satisfacción de los intereses generales. La administración no es representante del pueblo y su voluntad no posee, por tanto, una legitimidad propia. Por su composición, su función y su naturaleza no democrática, la administración ha de configurarse, necesariamente, como un ente dependiente. De ahí, precisamente, que este sometida al control y a la dirección del gobierno. El origen de este y su subordinación al mismo es lo que confiere a la administración una legitimidad democrática indirecta de lo que de otro modo carecería» (Desdentado, 1999, p. 136).

económicas necesarias y sin mayor demora, en ocasiones impopulares por sus efectos a corto plazo o por su incidencia sobre determinados grupos de interés.

El Estado se transformó de su rol de empresario al de regulador. Ariño, al resumir la nueva teoría de la regulación, sostiene que el rol del Estado pasa a centrarse no en la gestión, planificación y control de los sectores estratégicos o esenciales, sino en la delimitación de los derechos de empresarios y futuros emprendedores, empleados o proveedores, ciudadanos, usuarios o potenciales consumidores, arbitrando sus diferencias y velando por el respeto de sus derechos económicos. Su objetivo central es la de recrear el mercado, promover la competencia allí donde sea posible y dejar hacer a este (Ariño Ortiz, 2006, p. 44).

En dicho modelo, el Estado interviene en los mercados solo cuando existen situaciones que no permiten su correcto funcionamiento: su intervención se materializa mediante la regulación y queda reservada a la inversión privada la gestión empresarial (Quintanilla, 2004, p. 11).

Desde esa perspectiva, los organismos reguladores se conciben como mecanismos de corrección de las supuestas deficiencias del sistema democrático y de las fallas del propio mercado.

Ariño señala que la regulación se ve obligada, en algunos casos, debidamente justificados y con arreglo al principio de legalidad, a establecer restricciones o ampliaciones de las posibilidades de actuación de unos y otros: genera contratos forzosos (interconexión y acceso a redes), impone limitaciones a la propiedad (incompatibilidades, afectación de bienes, límites máximos a la participación en las sociedades) y al uso de los activos (compartición forzosa), facilita el acceso de terceros a determinados bienes (*essential facilities*) o a servicios a precio deficitario (servicio universal en determinados supuestos) (2006, p. 45).

Se afirma que la regulación constituye un medio de intervención de los poderes públicos en la economía y es una herramienta de facilitación de la competencia. Es el arbitraje de las actividades de los agentes económicos en el mercado en una situación que aparecen fallas en su funcionamiento. Desde una perspectiva económica, las acciones de regulación son reglas generales o acciones específicas impuestas por agencias administrativas que intervienen directamente con el mecanismo de asignación de recursos por el mercado e indirectamente alteran las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y productores (Martín Tirado, 2002, pp. 102-104).

La idea de regulación implica la búsqueda del equilibrio entre intereses generales o entre derechos fundamentales que se limitan mutuamente, así como la actuación para concretar los principios o valores que deben regir la conducta de agentes públicos y privados. Así, para Tornos Mas, si la actividad de policía es la imagen del poder de imperio, la regulación reclama la idea de equilibrio, consenso, acuerdo (Tornos Mas, 1999, p. 70, citado en Martín Tirado, 2002, p. 104).

Dahl afirma que los organismos reguladores implican el peligro de que el ascenso al poder de élites especializadas y la dependencia del pueblo de ellas socave poco a poco la democracia y lleve de manera sutil hacia un sistema de cuasi tutoría (1993, p. 394). La legitimidad de estos organismos es tecnocrática y no es de origen democrático, como sería propio en un Estado constitucional. De ahí que opinamos sobre la importancia del control y supervisión *ex post* del órgano legislativo. A ello debe agregarse, tal como ocurre en el sistema estadounidense, un control *ex ante* a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946, que requiere la realización de audiencias públicas con participación de los ciudadanos, previas a las decisiones de regulación donde se reciban comentarios y se valoren en la resolución final³²⁵.

2.3. Funciones de los organismos reguladores en el Perú

Actualmente, el régimen jurídico de los organismos reguladores está previsto en la LOPE. Así, el artículo 32 establece que los organismos reguladores:

1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.
2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.
3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y de solución de controversias y reclamos en los términos previstos por la ley de la materia.
4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.
5. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de gobierno.
6. Están dirigidos por un consejo directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Solo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La ley establece el procedimiento para su cese.
7. Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley.

³²⁵ Carbonell Porras señala que la ley «solo exige que la agencia considere los aspectos más relevantes. Este amplio margen se ha criticado por la doctrina, porque puede provocar que la agencia no valore las opiniones de todos los ciudadanos afectados sino solo las de los grupos de presión más influyentes. No obstante, los tribunales han exigido progresivamente que la agencia considere todas las cuestiones que se han suscitado por los ciudadanos y a estos efectos, debe elaborar cierto expediente y contestar las alegaciones de los particulares en el ámbito del reglamento» (1996, pp. 70-71).

El cometido principal de los organismos reguladores (Cassagne, 1994, p. 150 ss.; Pérez Hualde, 2005; Lara, 2005) en el Perú es el control de la prestación de un servicio público, según la finalidad específica dispuesta en la ley, lo que responde al mandato genérico contemplado en el artículo 65 de la constitución vigente que encomienda al Estado la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. Asimismo, deben velar por el cumplimiento de los principios de continuidad, universalidad y regularidad, así como también por el cumplimiento de las condiciones fijadas en los contratos de concesión, la determinación y el control de precios y tarifas, y la imposición de sanciones cuando haya lugar. Es misión de gran importancia la promoción de la competencia económica para un mejor funcionamiento del servicio, lo que, acompañado de una tarifa razonable, se espera logre mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Como ya lo hemos señalado anteriormente, los servicios públicos desempeñan un rol fundamental en la economía, ya que son esenciales para la calidad de vida, la salud personal, la economía en general y la competitividad internacional. La inversión privada en estos sectores es un elemento crítico en la estrategia de reducción de los niveles de pobreza en los países de bajo nivel de ingresos (Quintanilla, 2004, p. 14). En ciertos casos, sin embargo, las reglas de la competencia económica no se aplican. Así ocurre, por ejemplo, cuando, en cumplimiento de su misión básica, el servicio se brinda en condiciones de monopolio natural.

Los organismos reguladores requieren siempre de una ley expresa que los habilite y limite su actuación, constituyéndose tanto en un instrumento de promoción, como en uno de limitación y de restricción, de lo que se colige la importancia de una administración técnicamente competente y de honradez probada. Hay que tener presente que la regulación destinada a la protección de los usuarios debe entenderse no solo como una dirigida a los actuales, sino también al conjunto futuro de todos ellos. La potestad sancionadora es reglada y limitada por la propia ley, con el objeto de lograr estabilidad y seguridad jurídica en el servicio. La graduación de las sanciones debe realizarse de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; es decir, teniendo en cuenta factores tales como la reincidencia, el cumplimiento de las condiciones fijadas, el ocultamiento deliberado de información, entre otros.

La importancia técnica y económica de los servicios públicos es un aspecto de mayor importancia para la determinación de la calidad de vida de los usuarios. De ahí la necesidad de una legislación adecuada que evite abusos, irregularidades y corruptelas, que promueva en lo posible la competencia económica. La función de los organismos reguladores se convierte pues en esencial para la vida cotidiana de millones de personas en las sociedades contemporáneas.

Las disposiciones constitucionales y legales sobre los servicios públicos en el Perú (Kresalja, 1999, p. 79 ss.) habilitan de forma expresa a la participación de la iniciativa

privada para compartir la gestión del servicio, si es el caso con el Estado, que como sabemos tiene un papel subsidiario en materia económica por mandato de la Constitución (artículo 60). Disposiciones como las contenidas en los decretos legislativos 674 (Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado) y 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada), ambas de 1991, así como otras más dictadas posteriormente, son las que facilitaron el ingreso del sector privado en lo que antes era brindado en exclusividad por el Estado en el ámbito de los servicios públicos.

Aunque no se trata propiamente de un estatuto jurídico único de los servicios públicos —es decir, un régimen básico de principios que disciplinen la actividad—, existe una Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (ley 27332), del año 2000, que se superpone a un conjunto heterogéneo de disposiciones vinculadas a las entidades encargadas de la promoción de la inversión privada. En el Perú, durante los últimos años, se crearon organismos reguladores en el ámbito de los servicios públicos, tales como saneamiento (SUNASS)³²⁶, energía (OSINERGMIN)³²⁷, telecomunicaciones (OSIPTTEL)³²⁸ e infraestructura de transporte público (OSITRAN)³²⁹. Por su parte, el Indecopi no es un ente regulador, sino una agencia de defensa de la competencia. Cabe señalar que la especialización sectorial de la regulación a nivel del gobierno nacional en el Perú es coincidente con la estructura institucional de la regulación de países desarrollados como Estados Unidos, Reino Unido y Canadá; pero también en la existente en muchos países latinoamericanos, como Argentina, Brasil, Chile, México, etc. (Urbiztondo, 2003, p. 21).

La Ley Marco de los Organismos Reguladores es de aplicación a las mencionadas entidades a las cuales se les ratifica su autonomía administrativa, siendo sus funciones, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia: el supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas; la facultad de fijar tarifas y dictar reglamentos y normas de carácter general y particular; fiscalizar y sancionar; así como atender los reclamos de los usuarios y la solución de controversias que se susciten entre las empresas.

³²⁶ Ley 25965 (Ley de creación de SUNASS). Decreto supremo 017-2001-PCM, Reglamento General de SUNASS. Decreto Supremo 023-2002-PCM, Modifican Reglamento General de SUNASS.

³²⁷ Ley 26734 (Ley de creación de OSINERG), ley 27699 (Ley complementaria de fortalecimiento institucional de OSINERG). Decreto supremo 054-2001-PCM, Reglamento General del OSINERG. Por ley 28964, se creó el OSINERGMIN y se transfirió las competencias de fiscalización minera establecidas en la Ley de Fiscalización de Actividades Mineras al OSINERG, relacionadas a la seguridad e higiene minera y de conservación y protección del ambiente.

³²⁸ Ley 27336 (Ley de desarrollo de funciones y facultades del OSIPTTEL). Decreto supremo 008-2001-PCM, aprueba el Reglamento General de OSIPTTEL.

³²⁹ Ley 26917 (Ley de supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo). Decreto Supremo 044-2006-PCM, Reglamento General de OSITRAN.

Asimismo, a partir de la Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas (ley 27838), del año 2002, se extiende de manera obligatoria las audiencias públicas en los procedimientos administrativos de regulación, aun cuando la participación de los usuarios todavía no es de la calidad deseada, debiendo el Estado garantizar la transparencia de la información y facilitar el soporte técnico adecuado a las asociaciones de consumidores y usuarios.

Esta breve reseña busca poner de manifiesto que la competencia económica, protegida constitucional y legalmente, se encuentra en sectores económicos y sociales muy importantes, limitada de forma amplia por una regulación específica y frondosa, no siempre bien articulada y con presencia de novedosos organismos reguladores. Más allá, entonces, de las causas históricas que dieron lugar a esta situación, lo que es importante resaltar es que en la realidad ocupan un lugar en ocasiones decisivo desde el punto de vista de la competencia económica y el bienestar de consumidores y usuarios.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 11 de noviembre de 2003 (Exp. 0008-2003-AI/TC, caso Roberto Nesta Brero y otros), señaló que la ley 27332 confirió a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos una misión de especial importancia para el correcto desenvolvimiento del mercado, pues le compete la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, sancionándolas cuando quebranten las reglas del mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. El tribunal enfatiza que «la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado». Señala que ahí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores y que de su eficiente labor depende que se genere verdadera competencia, lo que redundará en beneficio de los usuarios. Estos organismos reguladores, según el Tribunal Constitucional, deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que les son inherentes. El Supremo Tribunal constata que existe una percepción de que los organismos reguladores, por lo menos a la fecha de la sentencia, no defendían apropiadamente los derechos de los consumidores y usuarios. Por último, el tribunal dice que:

[...] el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones ex ante —regulaciones previas— o ex post —sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano.

La crítica mayor a los organismos reguladores está referida a su eventual debilidad frente a su «captura» por los sectores regulados, entendiéndose por ella la limitación a la entrada del mercado de otros competidores privados de esos mismos servicios, lo que se produce cuando se obtiene del organismo regulador una reglamentación tan exigente y compleja que prácticamente impide el ingreso de otra empresa, lo que dificulta la competencia y perjudica a los usuarios. Es así que las empresas transnacionales tienen un mayor poder en los países subdesarrollados y logran que algunas decisiones regulatorias se emitan a favor de sus intereses. Esta influencia se ejerce por medio de negociaciones o amenazas de disminuir la inversión que realizan en el país (Quintanilla, 2004, p. 18). Otra crítica reside en el desconocimiento a los intereses de los usuarios al no saber o querer exigir al gestor del servicio que brinde la información básica, teniendo en cuenta la notable desigualdad y opacidad en la información que en esta realidad se produce, razón por la cual algunas legislaciones obligan a la participación de las defensorías del pueblo especializadas o de las organizaciones de consumidores y usuarios en los organismos directivos, respondiendo a la desconfianza que produce siempre toda burocracia estatal, más aún cuando en ciertas ocasiones el organismo regulador puede convertirse en un cómplice autorizado del o los gestores, más que un árbitro imparcial.

2.4. El Indecopi

Como señalamos en el capítulo 13, en la década de 1990 se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el mismo que la ley reconoce como organismo público especializado con personería jurídica de derecho público, adscrito al ámbito de la Presidencia del Consejo de Ministros. Es un organismo que forma parte de la Administración Pública, incardinada al Poder Ejecutivo nacional como administración instrumental que goza de autonomía en el ejercicio de sus funciones administrativas.

El Indecopi fue concebido como un ente autónomo técnica, económica y administrativamente, encargado de proteger el mercado de las prácticas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia, de la sanción de aquellas que generen competencia desleal, así como de proteger los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, sea como propiedad industrial o como derecho de autor. Es también el organismo encargado de sancionar la publicidad engañosa y dirigir el sistema destinado a la protección de los consumidores³³⁰.

³³⁰ Las principales normas que constituyen el marco jurídico que el Indecopi aplica para resolver los conflictos en el ámbito de la competencia económica son el decreto legislativo 807 del año 1996, que le otorga facultades y funciones; el decreto legislativo 668 de 1991 sobre libertad de comercio; el decreto legislativo 757, ley marco para el crecimiento a la inversión privada de 1991; y la ley 29571, Código de

Hay que tener presente que, hasta el inicio de la década de 1990 del siglo XX, los productores y consumidores estaban en el Perú poco habituados a las reglas de la libre competencia, principalmente porque no existían. Fue necesario dictarlas y crear una institución que, sin intervenir ni distorsionar el mercado, haga posible que se respeten las reglas básicas de la competencia. El Indecopi no opera como un protagonista del mercado, sino como un observador que lo vigila para que funcione adecuadamente. Además, goza una gran influencia en el ámbito del derecho de la competencia, que desarrollamos en el capítulo dedicado a la competencia económica.

3. LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES

A modo de introducción, es conveniente recordar que, a raíz del derrumbe del mercado de valores en el denominado *crack* de 1929 en Estados Unidos, las investigaciones del Senado de ese país determinaron que la manipulación de los precios de las acciones, la información privilegiada y la especulación mediante los fondos de inversión habían beneficiado con una mayor opulencia a algunos grandes capitalistas y costado sus ahorros a los pequeños inversionistas. Estos hechos originaron la creación de la Securities Exchange Act, del año de 1934, y de la Securities and Exchange Commission —la Comisión del Mercado de Valores— para supervisar su correcta aplicación.

En la actualidad, la globalización supone nuevos retos para el rol de regulación de los Estados. Hoy la esencia del mercado no consiste en las formas tradicionales de intercambio de bienes, sino en las bolsas y en el mercado financiero internacional, en los cuales pocas personas manejan ingentes cantidades de dinero y pueden transferirlas electrónicamente de un lado a otro del planeta prácticamente sin ningún tipo de impedimento y con la sola obsesión de obtener más dinero. La Bolsa de Valores de Lima, aun cuando pequeña en términos internacionales, tiene una antigua tradición bursátil y ha demostrado, en el siglo XXI, un gran dinamismo, con lo cual alcanzó una rentabilidad récord a nivel mundial en el año 2006.

La finalidad más relevante de la regulación del mercado de valores debe ser la protección del inversionista. En ese sentido, el artículo 335 de la Constitución colombiana de 1991 prevé que la actividad bursátil es de interés público y solo puede ser ejercida previa autorización del Estado, como es el caso de «cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público».

Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, se han expedido: el decreto legislativo 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial; el decreto legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; el decreto legislativo 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el decreto legislativo 1045, que aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor.

Así, como se protege al ahorrista con la supervisión bancaria, el fin de la supervisión del mercado de valores es la protección del inversionista. Este principio tiene como fundamento que este reciba la información adecuada, dado que no participa de forma directa en la negociación dentro del mercado de valores (Reggiardo, 2000, p. 51).

Se sostiene que tanto la eficiencia de los mercados valores o su buen funcionamiento, como la protección del inversionista, son dos fines en sí mismos, debiéndose admitir, en casos muy excepcionales, la prioridad a favor de algunos de ellos, dependiendo de las circunstancias (Serra Puente-Arno, 2000, p. 40). No puede olvidarse, de otro lado, que la captación de capitales mediante la emisión de acciones y bonos se realiza con frecuencia a través de las bolsas de valores.

En el Perú, la ley 17020, del año de 1968, creó la Comisión Nacional de Valores como órgano regulador del mercado de valores, siguiendo el modelo estadounidense de la Securities and Exchange Commission (SEC) creada en los Estados Unidos en 1934 (Serra Puente-Arno, 2000, p. 76). En 1970, mediante decreto ley 18302, se estableció la Comisión Nacional de Valores como un organismo público descentralizado del Sector Economía y Finanzas; es decir, como una entidad descentralizada funcionalmente y de naturaleza instrumental del referido sector del Poder Ejecutivo³³¹.

Otro aspecto trascendental de la reforma de 1970, durante el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, fue la reestructuración y reorganización de la Bolsa de Valores de Lima (Vidal Ramírez, 1988, p. 27). Mediante decreto ley 19648, se cambia la denominación por la actual Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV). En 1981, se produce otra reforma legislativa con el decreto legislativo 198 que reafirmó a la CONASEV como institución del Sector Economía, Finanzas y Comercio con la función administrativa de promover el mercado de valores.

En la década de 1990, se producen dos nuevas reformas liberalizadoras, con el decreto legislativo 755, expedido el año 1991, y con el decreto legislativo 861 (Ley del Mercado de Valores), del año de 1996. Esta ley refuerza el principio de transparencia como elemento central en la eficiencia de los mercados de valores que debe constituir —como señala Martín Mateo (2003, p. 312)— su característica esencial. Así, toda regulación que tenga como finalidad promover la transparencia como instrumento de protección de los inversionistas deberá establecer un conjunto de disposiciones tendientes a determinar: (i) qué información debe ser revelada al mercado; (ii) cuál es el medio a través del cual esa información se pone a disposición de los potenciales inversionistas en igualdad de condiciones; y (iii) cómo se evita

³³¹ Malaret i García señala que: «Tienen, pues una posición de dependencia respecto al creador. Esta dependencia se traduce en la adscripción del ente a la Administración-matriz. Como consecuencia de esta condición, la personificación tiene un carácter instrumental» (1992, p. 562).

el uso de información considerada privilegiada por parte de quienes por razón de su cargo o actividad tuvieran acceso a ella antes de su divulgación al público (Serra Puente-Arno, 2000, p. 104).

El modelo de regulación del mercado de valores tiene su fuente en el sistema de economía social de mercado, previsto en el artículo 58 de la Constitución peruana de 1993, que reconoce que en el marco de la libertad económica existen ciertos intereses generales a ser protegidos por el Estado. La transparencia en la actuación de los diferentes agentes del mercado, especialmente con relación al proceso de formación de precios, constituye una garantía de su buen funcionamiento; es decir, en última instancia, de la competencia (Malaret i García, 1992, p. 566). Asimismo, el derecho a una información veraz y correcta es un derecho constitucional de los consumidores reconocido en el artículo 65 de la Norma Suprema. A nuestro juicio, esto obliga equiparar al ciudadano-consumidor con el ciudadano-inversionista.

Se afirma que el principio de transparencia busca facilitar a los inversionistas la información veraz, suficiente y oportuna respecto de los agentes del mercado y de los valores que se negocien en él.

Así, la transparencia abarca dos aspectos centrales:

- a) La transparencia de la información que debe ser proporcionada por las empresas emisoras de valores, ya sea sobre estos o sobre el propio desarrollo de la empresa (Rocca, 2018, p. 37).
- b) La transparencia de las operaciones que se orienta a la correcta formación de los precios de los valores, evitando todo aquello que pudiese perjudicar una decisión racional del inversionista (Reggiardo, 2000, p. 51).

El artículo 1 del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), aprobado por decreto ley 26126, fue modificado por la ley 29782 (Ley de Fortalecimiento del Mercado de Valores), publicada el 28 de julio de 2011, que actualmente rige a la entidad con la denominación de Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

Se la define como un organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, que tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos, a través de la regulación, supervisión y promoción. Se le confiere personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, administrativa, económica, técnica y presupuestal.

Así, se trata de un organismo de disciplina y control de los mercados, externo a los distintos actores que intervienen en él. Cabe señalar que el concepto de supervisión

se refiere a un control externo con un conjunto de poderes especiales que tienen como función administrativa velar por evitar acciones incorrectas en perjuicio del mercado³³².

Conforme al texto único concordado de la ley orgánica, actualmente vigente, la SMV está dotada de diversas potestades administrativas, entre otras: normativas; de supervisión; de autorización organización y funcionamiento de las personas jurídicas sujetas a su supervisión; inspectoras y sancionadoras.

Con relación a la organización de la CONASEV, el artículo 4 del texto único concordado de la ley orgánica establece que el directorio es el órgano de la SMV encargado de aprobar la normativa aplicable a los mercados bajo competencia de la SMV. Está compuesto por el Superintendente del Mercado de Valores —quien lo preside— y cuatro directores nombrados por el Poder Ejecutivo —uno a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, uno a propuesta del Banco Central de Reserva del Perú y uno a propuesta de la SBS—. Además, integra el directorio un director independiente, quien no debe tener conflictos de interés ni encontrarse vinculado en el ejercicio de su profesión con las materias bajo la competencia de la SMV. Los miembros del directorio no representan los intereses de la entidad de la cual provienen ni interés privado alguno.

Se trata de un conjunto de tecnócratas independientes, designados *intuitu persona*. Para fortalecer su independencia funcional, se establece la estructura de un órgano colegiado. Se prevé que ejercen el cargo por un periodo de seis años, no renovable para el periodo inmediato. Pueden ser removidos por el Poder Ejecutivo por falta grave, debidamente comprobada y fundamentada, o en el caso que se dicte contra ellos un mandato firme de detención definitiva.

Así, entre otras atribuciones, conforme al artículo 5.b del texto único concordado de la ley orgánica, su directorio aprueba la normativa del mercado de valores, mercado de productos y sistema de fondos colectivos, así como aquellas a que deban sujetarse las personas naturales y jurídicas bajo su supervisión.

La potestad sancionadora se justifica por los bienes jurídicos que tutela la SMV; es decir, la transparencia del mercado y la protección de los inversionistas. Así, el artículo 5.d del texto único concordado de la ley orgánica prevé como atribución

³³² «Conviene tener en cuenta que se trata de un control superior. El objeto supervisado es la conducta de otro sujeto en bloque, en general, y no tanto los actos individuales o puntuales; pero ello no supone no tomar en consideración decisiones puntuales de especial significación o relevancia. El sujeto supervisado no tiene de dependencia alguna ante el sujeto que controla —no está en posición de subordinación jerárquica—; por el contrario, su posición subjetiva y su ámbito de libre desarrollo se hallan constitucionalmente garantizados —libertad de empresa, en este caso—. Este factor implica límites considerables en el ejercicio de las potestades de supervisión» (Malaret i García, 1992, pp. 569-570).

del directorio de la SMV tipificar las conductas infractoras de quienes participan en el mercado de valores, mercado de productos, sistemas de fondos colectivos y demás materias bajo su competencia, además, observa lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores.

En el Perú, la Bolsa de Lima fue creada el 21 de diciembre de 1860, según el modelo de la Bolsa de España, durante el gobierno del general Ramón Castilla. Antecedió a las bolsas de Río de Janeiro, Santiago de Chile, México, Bogotá, Caracas, Sao Paulo, entre otras (Tola Nosiglia, 1994, p. 42). En su evolución histórica, la bolsa pasó en el Perú por varias etapas: (i) desde su fundación hasta 1898, en que se expide el reglamento y el inicio de la Bolsa Comercial de Lima; (ii) la de 1898 hasta la reorganización de 1951 como sociedad anónima con la denominada Bolsa de Comercio de Lima; (iii) la de 1951 hasta su reestructuración con la reforma de 1970³³³; (iv) desde la reforma de 1970 hasta la modernización del mercado de valores a partir del decreto legislativo 755 de 1992; (v) desde la modernización de 1992 hasta la actualidad, bajo el marco normativo del decreto legislativo 861.

El artículo 130 de la actual Ley del Mercado de Valores, aprobada por decreto legislativo 861, modificado por la ley 27649, define a las bolsas como personas jurídicas de especiales características que pueden adoptar la estructura legal de las asociaciones civiles o de las sociedades anónimas, y que proveen los servicios, sistemas y mecanismos adecuados para la intermediación de manera justa, competitiva, ordenada, continua y transparente de valores de oferta pública, instrumentos derivados e instrumentos que son no sean objeto de emisión masiva que se negocien en mecanismos centralizados de negociación distintos a la rueda de bolsa que operen bajo la conducción de la bolsa.

Tola sostiene que nuestra legislación bursátil asume una posición intermedia o mixta que se aleja de las corrientes liberales que se caracterizan por dejar la organización y funcionamiento de estas instituciones a la libre iniciativa privada y de las corrientes más intervencionistas que preconizan el establecimiento de bolsas administradas, reguladas y controladas por el Estado (Tola Nosiglia, 1994, p. 52).

³³³ Cabe destacar en este proceso de evolución que el decreto ley 18533, del año 1970, y el decreto legislativo 211, del año 1981, definieron a la bolsa como una institución de servicio público. Vidal Ramírez señala que el Código de Comercio de 1902, en su artículo 64, definió la naturaleza jurídica de las bolsas de comercio como «establecimientos públicos» (en el sentido de ser público su acceso) y la finalidad próxima (ser lugar de reunión de comerciantes y agentes mediadores) y última (concertar o cumplir las operaciones mercantiles). Al comentar esta singular definición de la bolsa de valores como servicio público, Vidal afirmó que el «servicio público» es «la razón de ser de la bolsa y en él radica su objeto, o sea la centralización de la negociación de valores admitidos a cotización y las demás funciones que la ley le asigna» (1988, p. 64).

El artículo 131 de la Ley del Mercado de Valores establece, como principio del funcionamiento de las bolsas, la autorregulación, que puede ser definida en sentido amplio como la capacidad que tienen los participantes en el mercado de normarse a sí mismos y a otros participantes, como los agentes de intermediación en los mecanismos centralizados de negociación, en materias relacionadas con su actividad, mecanismos de solución de controversias y normas de conducta (Serra Puente-Arno, 2000, p. 65). Esta disposición establece que las bolsas deben reglamentar su actividad y las sociedades agentes de bolsa que operen en ellas, así como vigilar el cumplimiento de la propia Ley del Mercado de Valores y de las normas que dicte la SMV. Asimismo, prevé la posibilidad de que la SMV delegue en una o más bolsas las facultades que la ley le confiere respecto a las sociedades agentes de bolsa y a los emisores con valores inscritos en dicha bolsa.

Las bolsas de valores para el inicio de sus operaciones requieren de las autorizaciones de organización y funcionamiento expedidas por la SMV, entidad supervisora a quien corresponde establecer los requisitos para dicho fin, mediante disposiciones de carácter general, conforme a la Ley del Mercado de Valores.

4. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Los antecedentes históricos más relevantes del origen de esta institución se encuentran en el Ombudsman sueco creado por primera vez con ese nombre en 1809. En Suecia, es un contralor de la Administración Pública en defensa de los derechos de los ciudadanos, que goza de un amplio poder para acceder a todo documento de la justicia y de la Administración. En cuanto a su intervención, puede actuar por propia iniciativa o por impulso de quejas o denuncias escritas, concretas y firmadas. No se obliga a que la denuncia esté acompañada de pruebas o documentos que la sustenten, porque en principio el ciudadano no dispone de ellas, ya que están por lo general en poder de la justicia o de la Administración (Prat, 1985, p. 143).

Inicialmente, en Suecia, el control de Ombudsman era de legalidad. Se controlaba el cumplimiento de las leyes por el juez o el funcionario, pero con carácter excepcional. Comprobada la ilegalidad, la queja se canalizaba por las vías normales competentes y salía de la esfera de la acción de Ombudsman. Este control evolucionó y actualmente es un control de mérito o de oportunidad. El control se mide en los informes periódicos que el Ombudsman presenta al *Riksdag*, que en la práctica constitucional sueca acoge sus recomendaciones a través de leyes.

Esta institución de control se expandió internacionalmente. En el Perú, como en otros países latinoamericanos, se adoptó la denominación española de Defensor del Pueblo, establecida en la Constitución española de 1978.

[...] es absolutamente fundamental que el Defensor del Pueblo sea un auténtico colaborador de la Administración, que ha de lograr que esa Administración que tiene una carga de inercia histórica e importante en cuanto a ciertos métodos de funcionamiento, alcance en la nueva situación democrática una mayor predisposición, una mayor preocupación por el respeto de los derechos y las libertades de los ciudadanos y esto no es incompatible, sino perfectamente coherente, con que la labor del Defensor del Pueblo, a la par, busque y logre que la Administración Pública, las administraciones públicas, sean cada vez más funcionales. Solo así contribuirá la nueva institución al mayor prestigio del poder político ante la opinión pública. Esto es tanto como decir que contribuirá a la *legitimación cotidiana del Estado*, es una pieza básica para consolidar el sistema político democrático que estamos todos pieza a pieza construyendo.

Óscar Alzaga Villaamil, político y constitucionalista español.
Intervención en un debate parlamentario el 11 de noviembre de 1980

La democracia como forma de gobierno debe ser defendida con efectivos controles. Una de las instituciones de defensa de los valores de la democracia y del Estado social y democrático de derecho es la Defensoría del Pueblo, que es considerada como un signo de identidad y legitimidad democrática.

Si la democracia debe ir adaptándose a las necesidades del mundo actual, debe caracterizarse por su flexibilidad para atender los requerimientos de la sociedad de nuestros días. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo es una institución ágil sin complicados procedimientos para investigar las quejas de los ciudadanos contra los actos injustos de la Administración (Quinzio, 1992, pp. 22-23).

Debe destacarse que la influencia del Defensor del Pueblo reside en su *autoritas*, en el sentido romano del término, en una ascendencia o influjo moral asentado en la tradición que debe conseguir por su permanente contacto con el pueblo y con la Administración (Fairén Guillén, 1980, p. 27). Es por ello que constituye —como afirma La Pérgola (1979, p. 75)— en definición que ha hecho fortuna una magistratura de persuasión.

Esta influencia moral sobre la Administración se manifiesta especialmente con el informe anual al Congreso y con los informes que eventualmente presente cada vez que este lo solicita, como lo prevé el artículo 162 de la Constitución peruana de 1993. Maiorano afirma que el informe anual al Congreso debe ser considerado un cuadro de honor negativo, el *who is who* de la irresponsabilidad o ineficacia, en el cual son nombrados los funcionarios y los organismos cuya conducta negligente ha sido comprobada (1984, p. 842).

Con relación al objeto de su control, ha evolucionado en el derecho comparado. Actualmente este se ejercita no solo sobre la legalidad de los actos administrativos,

sino también sobre el ajuste de cualquier comportamiento de la Administración —incluso una omisión— a los parámetros de racionalidad, equidad, justicia, corrección e imparcialidad, que pueden no coincidir con los criterios con que se valora la legitimidad y licitud de la conducta de la Administración Pública (La Pégola, 1979, p. 83).

En el régimen constitucional peruano, se instituyó la Defensoría del Pueblo en la Constitución peruana de 1993, en una de sus más progresistas innovaciones, asignándole en su artículo 162 las siguientes competencias y atribuciones:

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

En materia de los derechos económicos, sociales y culturales o de acciones positivas o prestacionales del Estado, es particularmente relevante la competencia de la Defensoría del Pueblo de supervisión de la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, que la obliga a proteger los derechos de los usuarios. En primer lugar, debe destacarse la importancia del derecho de acceso que tiene cualquier persona a solicitar que su domicilio sea conectado a las redes públicas. Es el concepto de servicio público domiciliario, reconocido en el artículo 367 de la Constitución colombiana de 1991, que se refiere a las actividades relacionadas con ciertos bienes o servicios cuyo goce se agota normalmente en el domicilio de un usuario y que además se requieren para que este cumpla su función de protección de la intimidad y de organización del trabajo (Palacios Mejía, 1996, p. 331)³³⁴.

En su informe defensorial 94, «Ciudadanos sin agua: Análisis de un derecho vulnerado», sobre la base de la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales vigentes, la Defensoría del Pueblo definió cuatro tipos de obligaciones estatales sobre el derecho al agua, que pueden servir de pautas en materia de servicios públicos: (i) obligaciones de respetar: definidas por el deber del Estado de no interferir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; (ii) obligaciones de proteger: obliga al Estado a impedir que terceros, sean particulares grupos, empresas, otras instituciones, o quienes actúen en su nombre, menoscaben de algún modo el disfrute del derecho al agua de las personas;

³³⁴ El precitado artículo 367 declara que: «La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos».

(iii) obligaciones de garantizar: suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo, por su particular estado de indefensión; y (iv) obligaciones de promover: deber del Estado de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Progresivamente, la Defensoría del Pueblo se convirtió en un nuevo actor dentro del espacio de regulación de los servicios públicos en todas las industrias en red. En el ejercicio de sus atribuciones en ese ámbito, como señala Quintana (2006, p. 115), la Defensoría del Pueblo se erige en un censor de las decisiones de los entes reguladores de los servicios públicos y emite recomendaciones de política regulatoria a los ministerios competentes. Particularmente, destacó su actuación en materia del servicio público de telecomunicaciones. Como señala Távora, uno de los problemas centrales en ese sector ha sido el de las tarifas estipuladas en el contrato de concesión; así, en términos comparativos, el costo de la telefonía local en el Perú se ubicó por encima de los niveles observados en otros países latinoamericanos, situación agravada por la reducida capacidad adquisitiva de los sectores de bajos ingresos (2003, p. 117).

De igual manera, la Defensoría del Pueblo se manifestó contraria a que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones permita la fusión de Telefónica Móviles y Bellsouth, por cuanto consideró esta concentración alejaría a nuevas empresas de entrar al mercado³³⁵.

En otras ocasiones, sostuvo posiciones distintas al regulador, como cuando el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) publicó su proyecto de lista enunciativa de información pública y reservada. La Defensoría del Pueblo cuestionó la opacidad en el acceso a la información porque ciertos rubros de información referidos a ingresos de las empresas de telefonía sean calificados como reservados sin razón fundamentada³³⁶.

La Defensoría del Pueblo asumió el criterio de que las relaciones entre los usuarios de los servicios públicos y las empresas concesionarias tienen un carácter asimétrico y, en consecuencia, se desarrollan en un plano de desigualdad. En esa dirección, sostuvo que los usuarios se encuentran en una notoria desventaja con respecto a las empresas en lo referente al acceso a la información y al poder efectivo de negociación. Asimismo, en cierta medida considera que el ámbito de acción de la Defensoría del Pueblo incluye a los particulares a los que se la atribuye la prestación de un servicio público³³⁷.

³³⁵ *Perú 21*, 12 de marzo de 2005.

³³⁶ *Gestión*, 30 de enero de 2004.

³³⁷ Cfr. el informe defensorial 59, «Informe sobre el plazo de reclamo de los usuarios del servicio público de telecomunicaciones», aprobado mediante resolución defensorial 31-DP/2001. La Defensoría del Pueblo instó a las empresas prestadores del servicio público de telecomunicaciones a dar cabal cumplimiento a la obligación de devolver los pagos realizados por los usuarios en forma indebida.

Cabe resaltar el informe defensorial 117, «El desafío de la telefonía rural: una mirada desde los ciudadanos», aprobado por resolución defensorial 0062-2006/DP, publicada el 27 de diciembre de 2006, en el que asumió implícitamente la necesidad del servicio universal. Así, entre otros aspectos, la Defensora del Pueblo, Beatriz Merino Lucero, recordó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y al OSIPTEL el deber del Estado de:

[...] garantizar el derecho fundamental de las personas y la comunidad de recibir informaciones y opiniones y difundirlas sin limitación de fronteras conforme a lo establecido en la Constitución Política y los instrumentos internacionales de los que el Estado peruano forma parte. Asimismo, el Estado tiene el deber de velar porque todos puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones. De acuerdo con el texto único ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, estos servicios se deben prestar bajo el principio de equidad y el derecho a servirse de ellos se extiende a todo el territorio nacional promoviendo la integración de los lugares más apartados de los centros poblados.

5. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO

5.1. El proceso de amparo

El amparo tiene sus antecedentes históricos en México, con la Constitución del estado de Yucatán de 1841³³⁸. La Constitución peruana de 1979 fue la primera en consagrar la denominada acción de amparo como instrumento procesal de defensa y promoción de los derechos fundamentales (Eto Cruz, 2013, I, p. 93; Borea Odría, 1977). El amparo constitucional está previsto en la Constitución peruana de 1993, en su artículo 200.2, como proceso constitucional que procede contra la acción u omisión de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos en la Constitución, distintos a los de la libertad individual o física. Asimismo, dispone expresamente que no procede contra leyes³³⁹.

³³⁸ «El Amparo mexicano se ha ido transformando y ampliando de manera considerable frente a la manera en que este se encontraba regulado en la Constitución de 1857. En la actualidad ha llegado a adquirir una estructura jurídica sumamente compleja y, bajo su aparente unidad, comprende diversos instrumentos procesales, que si bien siguen principios generales comunes, cada uno de ellos tienen aspectos que los particularizan unos de otros. Como se ha mencionado, los cinco sectores en los que puede clasificarse el estudio del Juicio de Amparo mexicano son: el Amparo para la tutela de la libertad personal, el Amparo contra leyes, el Amparo casación o contra sentencias judiciales, el Amparo administrativo y el Amparo en materia agraria» (Ferrer Mac-Gregor, 2005, I, p. 76).

³³⁹ Cabe señalar que el Código Procesal Constitucional, en su artículo 3, considera la posibilidad del amparo contra actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible

Como sostiene Abad, el proceso de amparo constituye una tutela privilegiada —que un importante sector de la doctrina procesal denomina «tutela jurisdiccional diferenciada»— cuya finalidad esencial es proteger eficazmente los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de un proceso especial que cuenta con un trámite procesal de mayor celeridad por la naturaleza prevalente del derecho en litigio: los derechos fundamentales. Así, el amparo se configura como un proceso especial que corresponde a la llamada tutela de urgencia constitucional, pues exige una protección inmediata a los derechos amenazados o vulnerados (Abad, 2004, pp. 96-97).

En el Perú, se viene asumiendo una tesis amplia respecto a los derechos fundamentales tutelados a través del amparo. En esa dirección, el Código Procesal Constitucional, ley 28237, en su artículo 37, prevé los derechos protegidos por el amparo. Entre los que corresponden a derechos socioeconómicos fundamentales, debemos resaltar: la libre contratación; de asociación; al trabajo; de sindicación, negociación colectiva y huelga; de propiedad y herencia; a la seguridad social; de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Asimismo, protege a los demás derechos que la Constitución reconoce. En ese sentido, el inciso 25 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional abre la posibilidad de que el amparo tutele derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos humanos.

Cabe subrayar que el artículo V del Título Preliminar del precitado Código preceptúa que:

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 de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los cuales el Perú es parte.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional supera aún más esos límites bajo la cláusula de los derechos innominados del artículo 3 de la Constitución, incluido

con la Constitución. El desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano admite el amparo contra normas autoaplicativas. Así, en la sentencia pronunciada en el caso Taj Mahal Discoteque y otro, STC Exp. 3283-2003-AA/TC, en su fundamento jurídico 6, declaró que: «Al respecto, un amplio sector doctrinario considera que no es conveniente impedir el empleo del amparo contra normas legales —amparo directo, según la denominación otorgada por la doctrina—, pues existen normas legales de ejecución inmediata (conocidas como normas autoaplicativas), que no requieren de ningún acto adicional para ser aplicadas a casos concretos, ya que desde su vigencia lesionan derechos constitucionales. Como ejemplos de normas autoaplicativas tenemos a las normas que declaran nulidad de actos o las que expropián un determinado bien».

dentro del capítulo I («Derechos fundamentales») del Título I («De la persona y de la sociedad») que 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 dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno». Sobre los derechos innominados, cabe citar a Bidart (2002a), quien señaló que esa apertura hacia los derechos implícitos evita que el texto fundamental se estanque en un determinado tiempo, que pudo ser el de la sanción de la Constitución; supera lo que en ese momento no fue previsto o fue objeto de olvido o ignorancia; ahorra reformas frecuentes para actualizar el texto constitucional; y, en una sola palabra, es un antídoto contra el anquilosamiento.

Con relación a la legitimación activa para interponer demandas de amparo, el artículo 39 del Código Procesal Constitucional habilita al afectado, sea persona natural o jurídica. Siendo las personas jurídicas sujetos de derecho, también gozan de esta legitimación activa³⁴⁰.

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

Cabe subrayar que el inciso 2 del artículo 5 del Código introduce un cambio sustancial, pues establece que el amparo no podrá ser utilizado si existe otra vía judicial igualmente efectiva que proteja los derechos amenazados o vulnerados³⁴¹. Dispone, de esta forma, que no proceden los procesos constitucionales cuando: «Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus». De este modo, se asume la tesis del amparo residual del amparo y deja de ser el mecanismo ordinario para el control jurisdiccional de las actuaciones de la Administración Pública.

5.2. El proceso de hábeas data

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 200.3, prevé la acción de hábeas data que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6, de la Norma Suprema. Su principal antecedente como un proceso

³⁴⁰ La STC Exp. 4972-2006-PA/TC, en su fundamento jurídico 14, prevé un catálogo de derechos fundamentales que pueden ser invocados por las personas jurídicas mediante la vía del amparo.

³⁴¹ STC Exp. 02383-2013-PA/TC, precedente «Elgo Ríos Núñez», fundamentos 12 al 17.

autónomo se encuentra en el artículo 35 de la progresista Constitución portuguesa de 1976 y en el artículo 5, inciso LXXII, de la Constitución brasileña de 1988; también fue consagrado en el artículo 15 de la Constitución colombiana de 1991. Cabe señalar que en algunos países el instrumento procesal específico en estos asuntos sigue siendo el amparo.

El inciso 5 del artículo 2 de la Norma Suprema está referido al derecho de acceso a la información, en tanto que el inciso 6 reconoce el derecho de la libertad informática³⁴². Con relación a la libertad informática, hay que destacar que se admite que determinada información no está en el ámbito de la intimidad de las personas, especialmente la que tiene un rol destacado en la actividad económica; pues, aun cuando las personas quisieran mantener en absoluta reserva antecedentes económicos negativos, se admite que tiene un rango superior el interés de los terceros en conocer esos antecedentes en sus relaciones comerciales o patrimoniales (Guerrero, 1997, p. 215).

Para la tutela de los derechos constitucionales económicos, es relevante el hábeas data informativo que tutela el derecho de acceso a la información, al que se refiere el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución. Este derecho puede ser entendido como la facultad que tiene toda persona de buscar y tomar conocimiento de la información considerada disponible, dentro del contexto de lo que se tiene por información pública, salvo las excepciones razonablemente establecidas de intimidad personal, seguridad nacional y materias sometidas a reserva legal (Espinosa-Saldaña, 2009, p. 259). Su relevancia radica en que la persona puede acceder a toda información en poder de una entidad estatal y de este modo intervenir en los asuntos públicos, formarse una opinión y participación informada en la actividad del Estado, fiscalizar la gestión pública e incluso participar en la toma de decisiones, fomentando la transparencia en la gestión pública (Palma Encalada, 2005, I, p. 675).

El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental de toda persona, reconocido en instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13) y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada en el año 2000 por la Comisión Interamericana

³⁴² Como señala Fernández Rodríguez: «Este nuevo derecho ha sido llamado por la doctrina tanto “libertad informática”, que sería el contrapunto de del “poder informático”, como “derecho a la autodeterminación informativa”, expresión que tiene su origen en la jurisprudencia constitucional alemana en una sentencia de 15 de diciembre de 1983 [...] Un derecho fundamental autónomo a “controlar el flujo de informaciones que conciernen a una persona” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español) [...] No obstante, parte de la doctrina discrepa con estas posiciones y entiende que estamos ante meras concreciones del derecho a la intimidad o al respeto a la vida privada en el campo de las nuevas tecnologías» (2005, I, p. 649).

de Derechos Humanos, entre otros. En esa dirección, el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2013, afirmó que:

El derecho de acceso a la información es un requisito fundamental para garantizar la transparencia y la buena gestión pública del gobierno y de las restantes autoridades estatales. El pleno ejercicio del derecho de acceso a la información es una garantía indispensable para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal y prevenir la corrupción y el autoritarismo. De otra parte, el libre acceso a la información es un medio para que, en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía pueda ejercer adecuadamente sus derechos políticos. Ciertamente, los derechos políticos tienen como presupuesto la existencia de un debate amplio y vigoroso para el cual es indispensable contar con la información pública que permita evaluar con seriedad los avances y las dificultades de los logros de las distintas autoridades. Solo a través del acceso a la información bajo el control del Estado es posible que los ciudadanos puedan saber si las funciones públicas están operando de forma adecuada. Finalmente, el acceso a la información tiene una función instrumental esencial. Solamente a través de una adecuada implementación de este derecho las personas pueden saber con exactitud cuáles son sus derechos y qué mecanismos existen para protegerlos. En particular, la implementación adecuada del derecho de acceso a la información, en todas sus dimensiones, es condición esencial para la realización de los derechos sociales de los sectores excluidos o marginados. En efecto, estos sectores no suelen tener formas alternativas sistemáticas y seguras para conocer el alcance de los derechos que el Estado ha reconocido y los mecanismos para exigirlos y hacerlos efectivos (CIDH, 2013).

El derecho fundamental de acceso a la información pública está regulado en nuestro ordenamiento en la ley 27806 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública). En el derecho comparado, cabe citar como antecedente del reconocimiento de este derecho a la Ley de Procedimiento Administrativo de los Estados Unidos del año 1946.

En ese orden de ideas, el hábeas data se constituye en un instrumento procesal que sirve para garantizar el ejercicio efectivo del derecho fundamental a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, previsto en el inciso 17 del artículo 2 de la Norma Suprema. Asimismo, es un instrumento efectivo para garantizar el ejercicio de otros derechos, como el de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, en la medida que el acceso a la información pública sobre los efectos de la contaminación ambiental puede servir de medio probatorio en procesos civiles o constitucionales en defensa de estos intereses difusos.

Así, el inciso 1 del artículo 61 del Código Procesal Constitucional dispone que toda persona tiene derecho a acudir al hábeas data para acceder a la información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la Administración Pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.

5.3. El proceso de cumplimiento

El inciso 6 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú consagra la acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

El proceso de cumplimiento es considerado como un efectivo instrumento para garantizar que se cumpla el acto debido en el caso de que el mandato emane de un acto administrativo emitido por autoridad competente y sea firme.

Tiene como antecedente directo, en el derecho comparado, al proceso de cumplimiento previsto en el artículo 87 de la Constitución colombiana de 1991, el cual establece que: «Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido». A su vez, fue tomada del derecho inglés, del *writ of mandamus*, definido por Blackstone como «una orden que se da en nombre del rey por parte de un tribunal del reino y que se dirige a cualquier persona, corporación o tribunal inferior dentro de la jurisdicción real, requiriéndoles a hacer alguna cosa en particular que corresponda a su oficina y atribuciones que el tribunal del reino haya determinado previamente, o al menos suponga, de ser conforme a la justicia y el derecho» (1979, I, p. 72).

El artículo 67 del Código Procesal Constitucional establece que cualquier persona está legitimada para iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene como objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, solo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.

En los casos de defensa de intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponde a cualquier persona. También la Defensoría del Pueblo está habilitada para promover procesos de cumplimiento.

El artículo 69 del Código Procesal Constitucional establece como requisito especial de la demanda que el demandante previamente haya reclamado, por documento

de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. No es necesario agotar la vía administrativa que pueda existir.

A nivel jurisprudencial, es relevante la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Maximiliano Villanueva Valverde (STC Exp. 0168-2005-PC/TC), en la cual el tribunal define los ámbitos del proceso constitucional de cumplimiento y del proceso contencioso administrativo para la superación de la inactividad administrativa. En sus fundamentos 14 al 16, se precisan estos ámbitos con claridad:

14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no seas compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados en tales actos se deberá.
- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remitan a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que,

comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

Hay que tener en cuenta que la omisión o inactividad no solo comprende el incumplimiento o mora por inactividad administrativa, sino también los supuestos de cumplimiento defectuoso o parcial³⁴³. Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las omisiones de la Administración pueden ser: formales, cuando no efectúa acto alguno con la finalidad de hacer efectivo el cumplimiento del mandato establecido; o materiales, cuando se realiza cierta actividad, pero con ello no se cumple el mandato normativo³⁴⁴.

6. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y ACCIÓN POPULAR

6.1. El proceso de inconstitucionalidad

El sistema de justicia constitucional en el Perú se puede considerar como integral, por cuanto combina el denominado control difuso de constitucionalidad —como el poder-deber de todos los jueces al resolver sobre casos concretos de inaplicar las leyes que consideren contrarias a la Constitución y aplicar preferentemente el texto fundamental, conforme al artículo 138 de la Carta de 1993— con el control concentrado de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, asignado exclusivamente al Tribunal Constitucional.

Es así que la acción de inconstitucionalidad está prevista en el inciso 4 del artículo 200 de la Norma Suprema. Procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. El Código Procesal Constitucional, en su artículo 75, establece que, por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no fuera aprobada como orgánica, si dichas disposiciones regulan materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

³⁴³ STC Exp. 2002-PC/TC, fundamentos jurídicos 36-37.

³⁴⁴ STC Exp. 9754-2005-PC/TC, fundamentos jurídicos 24, 25, 26 y 29; STC Exp. 7435-2006-PC/TC, fundamentos jurídicos 20 a 22.

Resulta importante tener en cuenta el artículo 79 del mencionado Código que prevé, como principio de interpretación, que: «Para apreciar la validez constitucional de las normas, el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona».

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

1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Defensor del Pueblo.
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de región, con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materia de su competencia.
7. Los colegios profesionales en materia de su especialidad.

6.2. El proceso constitucional de acción popular

La Constitución de 1993, en el inciso 5 del artículo 200, prevé la acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Este instrumento de control tiene su antecedente en el Perú en el artículo 133 de la Constitución de 1933 que previó:

Hay acción popular ante el Poder Judicial contra reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente.

Es considerado un proceso de control abstracto, concentrado, de normas infralegales de carácter general, confiado en exclusiva al Poder Judicial, órgano jurisdiccional que, en un proceso directo, declarará si estas son contrarias o no a la Constitución

y a ley (Castañeda Otzu, 2005, II, pp. 1004-1005). Morón Urbina distingue tres elementos esenciales en su naturaleza jurídica:

Su afirmación como proceso constitucional de control normativo y no solo como instrumento de control interórganos.

Su carácter público y participativo.

Su naturaleza de instrumento preventivo de las controversias que pudieran derivarse de la aplicación concreta de los reglamentos ilegales e inconstitucionales (2014, pp. 41-42).

Se establece su naturaleza de acción pública en el artículo 84 del Código Procesal Constitucional al reconocer legitimidad procesal para interponer demanda de acción popular a toda persona.

Entre las normas de carácter general controlables jurídicamente mediante el proceso de acción popular debemos señalar:

- a) Normas jurídicas de carácter general aprobadas por los órganos del Poder Ejecutivo: decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales y otras disposiciones, siempre y cuando contengan mandatos de carácter general y abstracto.
- b) Normas jurídicas de carácter general emitidas por los organismos públicos del Poder Ejecutivo, distintos de los ministerios, habilitados por la ley con facultades normativas, tales como: el Indecopi, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria y los organismos reguladores de servicios públicos.
- c) Normas jurídicas de carácter general emitidas por los Poderes Legislativo y Judicial, en ejercicio de función normativa habilitada por la ley sobre materias distintas a las legislativas y judiciales.
- d) Normas jurídicas generales emitidas por los organismos constitucionalmente autónomos dentro de su esfera funcional de competencia.
- e) Normas jurídicas de carácter general emitidas por los gobiernos regionales: decretos regionales regulados por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- f) Normas jurídicas de carácter general emitidas por los gobiernos locales: decretos de alcaldía regulados por la Ley Orgánica de Municipalidades.

7. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

7.1. El procedimiento administrativo y los tribunales administrativos

Como lo conceptúa Rodríguez Arana, en el siglo XXI, se requiere un nuevo derecho administrativo: «el derecho del poder para la libertad» (2006, pp. 84-101). En esa dirección, el procedimiento administrativo y la justicia administrativa deben ser considerados como elementos que constituyen pilares del Estado constitucional, desde una concepción garantista de protección jurídica de los derechos fundamentales del ciudadano, sin desconocer que el derecho administrativo es esencialmente el derecho del interés público.

En nuestro ordenamiento, las normas generales de procedimiento administrativo están reguladas en el texto único ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sistematiza la ley 27444 y sus modificatorias.

Cabe subrayar la importancia del artículo IV del título preliminar de esta ley que establece los principios rectores del procedimiento administrativo general: principio de legalidad, principio del debido procedimiento, principio de impulso de oficio, principio de razonabilidad, principio de imparcialidad, principio de informalismo, principio de presunción de veracidad, principio de buena fe procedimental, principio de celeridad, principio de eficacia, principio de verdad material, principio de participación, principio de simplicidad, principio de uniformidad, principio de predictibilidad o de confianza legítima, principio de privilegio de controles posteriores, principio de ejercicio legítimo de poder, principio de responsabilidad y principio de acceso permanente (cfr. Ochoa Cardich, 2003, pp. 25-81).

Debemos hacer hincapié que se trata de una ley general y de aplicación supletoria con relación a las leyes especiales que regulan procedimientos en materias especializadas. Sin perjuicio de ello, la Ley del Procedimiento Administrativo General regula, con carácter supletorio, en su título IV, al procedimiento trilateral, al procedimiento sancionador y la actividad administrativa de fiscalización.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se reconoce como principio constitucionalmente implícito dentro del capítulo IV («De la función pública») del Título II de la Constitución, el principio de buena administración³⁴⁵. Rodríguez-Arana lo conceptúa en los siguientes términos:

En la medida en la que la Administración se contempla como la institución por excelencia al servicio objetivo de los intereses generales y estos se definen de manera

³⁴⁵ STC Exp. 02235-2004-AA/TC, fundamento jurídico 10. Asimismo, la STC Exp. 00017-2011-PI/TC, fundamento jurídico 26.

abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en sí mismo y recupera su conciencia de institución al servicio de la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender el carácter capital que tiene el derecho ciudadano a una buena Administración Pública. Derecho que supone, insisto como corolario necesario, la obligación de la Administración Pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general (Rodríguez-Arana, 2012, p. 120).

Así, los principios generales del procedimiento administrativo previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General constituyen la norma jurídica de desarrollo constitucional del principio de buena administración.

En materia del derecho administrativo económico, debe resaltarse el rol de tutela de los órganos colegiados o tribunales administrativos, tales como el Tribunal Fiscal, el Tribunal del Indecopi, el Tribunal de Contrataciones del Estado, el Consejo de Minería, el Tribunal Administrativo de la SMV, así como los tribunales administrativos de los organismos reguladores de servicios públicos.

Debe anotarse que estos tribunales administrativos u órganos colegiados no ejercen propiamente función jurisdiccional, por cuanto en nuestro sistema jurídico esta función es exclusiva del Poder Judicial, conforme al artículo 139.1 de la Norma Suprema, que establece: «La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede existir jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

El Tribunal Constitucional peruano estableció como precedente que los tribunales administrativos deben gozar de la facultad y obligación de ejercer el control difuso de constitucionalidad en casos concretos. Así, en el fundamento 14 de la sentencia pronunciada —como precedente vinculante— el 14 de noviembre de 2005, STC Exp. 3741-2004-AA/TC, caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque:

Por ello, nada impide —por el contrario la Constitución obliga— a los tribunales y órganos colegiados de la Administración Pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo, que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma, siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Este precedente fue dejado sin efecto, en un giro conservador del Supremo Tribunal, sin mayor fundamentación, por la STC 4293-2012-PA/TC, emitida el 18 de marzo de 2014. Si bien es cierto que en la doctrina constitucionalista se reconoce

la fuerza normativa de la Constitución (García de Enterría, 1994, p. 41 ss.; Landa Arroyo, 2014b, pp. 13-36), cierta dogmática administrativista en el Perú se niega aún a asumir una plena integración entre el derecho administrativo y los valores y principios del Estado constitucional. La tesis negatoria del control difuso de constitucionalidad por los tribunales administrativos se basa en un estrecho concepto del sometimiento de la Administración solo a la legalidad, cuando debe entenderse como un sometimiento pleno a la juridicidad, incluyendo a la fuerza normativa de la Constitución. En la doctrina nacional, destacan, a favor del ejercicio del control difuso de constitucionalidad por los tribunales administrativos, teoría que compartimos, del Pozo (2005), Morales Godo (2014, pp. 21-23), Isasi Cayo (2014, pp. 47-51) y Ku Yanasupo (2012, pp. 25-43).

Cabe señalar, como referencia en el derecho comparado, el modelo de los Estados Unidos que evolucionó hacia la adopción de una jurisdicción administrativa primaria a cargo de diversos órganos o agencias administrativas, que constituye una verdadera primera instancia cuasijudicial del proceso administrativo e incluso, en algunos casos, esta jurisdicción administrativa no es judicialmente revisable (González Pérez & Cassagne, 2005, pp. 45-46).

7.2. El proceso contencioso administrativo

La idea de someter el poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle justificaciones de su comportamiento surge del Estado instituido por la revolución francesa (García de Enterría, 2004, p. 21). El instrumento de control en nuestro sistema jurídico es el proceso contencioso administrativo que se encuentra previsto en la Constitución peruana de 1993 en el artículo 148, que establece que «las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa».

Sus antecedentes históricos en el Perú se ubican en los tribunales de excepción, creados en el siglo XIX para conocer de asuntos sectoriales específicos vinculados a asuntos de competencia del Estado (Huapaya Tapia, 2006, p. 337). Sin embargo, tal como lo conocemos, su primer antecedente claramente se configura en el siglo XX con el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ley 1510 (Jiménez Vargas-Machuca, 2012, p. 21).

Sobre las bases constitucionales del proceso contencioso-administrativo, debemos citar a Huapaya, quien los resume en tres postulados:

- a) El proceso contencioso-administrativo es un medio jurisdiccional destinado a brindar tutela de los derechos subjetivos del ciudadano y de su posición central en el ordenamiento jurídico.

b) El proceso contencioso-administrativo es parte de los postulados del estado de derecho, en la medida que constituye un instrumento destinado a efectivizar el control interorgánico de la Administración Pública.

c) El proceso contencioso administrativo es un medio que permite garantizar la tutela judicial efectiva frente a todo acto que vulnere o dañe un derecho subjetivo o un interés legítimo (Huapaya Tapia, 2006, p. 67).

El proceso contencioso administrativo evolucionó en la medida que recibió la influencia del derecho a la tutela judicial efectiva, que se entiende como el derecho de los justiciables a un servicio judicial que garantice una protección urgente sus derechos.

La íntima y manifiesta conexión existente entre el proceso contencioso administrativo y el derecho de tutela judicial efectiva abarca todos los ámbitos del proceso contencioso administrativo: el acceso a la jurisdicción, el objeto del proceso, la legitimación, el régimen probatorio, el régimen cautelar, el régimen de sentencias y su cumplimiento, entre otros (Huapaya Tapia, 2006, p. 437).

Para adaptarse a las necesidades actuales, el proceso contencioso administrativo evolucionó hasta convertirse en un proceso de plena jurisdicción, en el cual el órgano jurisdiccional dispone de un poder para resolver acerca de la existencia y titularidad de un derecho subjetivo del recurrente y sustituye, en su caso, el contenido del acto o resolución de la Administración que se declara nulo por el juez administrativo. Así, en la doctrina francesa, se afirma que el juez debe convertirse en administrador, precisamente porque es juez y, si quiere serlo, es preciso que se convierta aún más en administrador (Fernández Torres, 1998, p. 352).

La historia de la reducción de estas inmunidades, de esa constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del derecho administrativo.

*La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo
(Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*

Eduardo García de Enterría

La Administración Pública en general [...] en un estado de derecho, debe estar organizada desde y conforme a la ley, y su finalidad no puede ser otra sino la de procurar la satisfacción del interés general dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y con el debido respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

STC Exp. 1035-2001-AC/TC, fundamento jurídico 4

Esa concepción de proceso de plena jurisdicción la asume la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA), ley 27584, modificada por el decreto legislativo 1067. Así, se entiende que se puede pretender y obtener no solo la declaración de nulidad total o parcial de la decisión administrativa (sentencia declarativa), sino también las sentencias de condena a la Administración de hacer o no hacer en función del objeto del proceso (Diez Sánchez, 2004, p. 341).

Huapaya Tapia (2006, p. 377) resume como aspectos más relevantes de la mencionada LPCA a los siguientes:

- a) El proceso contencioso administrativo como todo proceso judicial, se fundamenta sobre la base de la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva.
- b) Se propicia un proceso contencioso administrativo tuitivo a favor de los particulares, con amplias herramientas procesales de tutela de su posición jurídica.
- c) Se establece un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción u subjetivo.
- d) Se concibe al proceso contencioso administrativo como un legítimo y acabado proceso jurisdiccional, con sus propios conceptos y con independencia con relación al fuero y a las normas de los procesos civiles.

8. LA PROPUESTA DE UN CONSEJO DE ESTADO

A nuestro juicio, la propuesta de una reforma constitucional que instituya el Consejo de Estado —que suscribimos plenamente— debe estar enmarcada dentro de un proceso de reforma y modernización de la Administración Pública y de reestructuración de la justicia administrativa, con la finalidad de consolidar el Estado constitucional y conferir uniformidad y predictibilidad a los criterios emitidos en los diversos tribunales administrativos en materia de derechos económicos fundamentales que existen en la actualidad.

La existencia de un Consejo de Estado no es ajena a la historia jurídica nacional. Así, el primer antecedente puede ser encontrado en la Constitución de 1828, cuyo artículo 92 preveía el Consejo de Estado, como un órgano integrante del Poder Legislativo, que sesionaba en receso del Congreso —de manera similar a la actual Comisión Permanente— y estaba integrado por diez senadores elegidos por ambas cámaras. Su principal atribución fue la de velar sobre la observancia de la Constitución y las leyes, así como formar expediente sobre cualquier infracción para dar cuenta al Congreso (artículo 94.1). Asimismo, se le asignó la atribución de prestar su voto consultivo al Presidente de la República en los negocios graves de gobierno (artículo 94.2).

Con la Constitución de 1834, esta situación varía y deja de depender directamente del Congreso, aunque sus miembros sí eran elegidos por este. Estaba compuesto por dos consejeros de cada uno de los departamentos.

En la Constitución de 1839, las funciones de este Consejo no eran discordantes a las previstas en las constituciones anteriores, entre otras, en materia de control de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo y las funciones de órgano consultivo que le eran propias. La Constitución de 1920 fue el último texto constitucional que incluyó la institución del Consejo de Estado, aunque con funciones mucho más limitadas que su predecesora, pues le encomendaba: la elaboración de proyectos de ley que le encargue el Poder Ejecutivo, emitir los informes que le soliciten los ministros de Estado, proponer al Poder Ejecutivo el nombramiento o la remoción de los empleados del Consejo de Estado y elaborar el reglamento interior de su despacho.

Pese a la experiencia nacional en materia del Consejo de Estado, la propuesta que ahora se presenta es mucho más afín al modelo francés. En ese país, actúa como última instancia administrativa y asegura la unidad de la jurisprudencia en los procedimientos administrativos. Sus decisiones son definitivas y no son susceptibles de interposición de ningún recurso impugnativo (salvo en vías de recursos excepcionales como el de revisión o de rectificación de error material). Se dedica a verificar la conformidad del acto con relación a la ley, por lo que puede ejercer el control de la legalidad de actos administrativos, ya sea por incompetencia o por contravenir por su contenido con las disposiciones constitucionales.

En Colombia, se efectúa una adaptación del modelo francés a través del Consejo de Estado, el único en la justicia administrativa de América Latina; al cual, a partir de 1914, se le asignó la atribución de ser el tribunal supremo de lo contencioso administrativo. La Constitución colombiana de 1991 fortalece esta jurisdicción especial en los artículos 236 a 238. Le habilita para disponer la suspensión de los actos administrativos por los motivos y requisitos previstos en la ley. Asimismo, la Constitución, al repartir las competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en lo que hace a las leyes y a los decretos con fuerza de ley, los pone bajo el control de aquella (artículo 241) y los decretos de gobierno que no la posean quedan bajo el control de este (artículo 237) (Vidal Perdomo, 1994, p. 237).

En el Perú, se propone que el Consejo de Estado se constituya en el Supremo Tribunal de la justicia administrativa, que garantice condiciones de predictibilidad y seguridad jurídica en las decisiones de los tribunales administrativos y actúe como última instancia de revisión jurisdiccional de las resoluciones de estos órganos colegiados especializados en materias de relevancia económica que resuelven controversias y, en consecuencia, declaran derecho.

Así, el control jurídico del Consejo de Estado, en vía de proceso contencioso administrativo, revisaría las resoluciones o actos que pongan fin a la instancia administrativa de los tribunales administrativos de derecho económico. En este sistema, coexistiría el Consejo de Estado con aquellos jueces en lo contencioso administrativo, que tendrán competencia para la revisión en vía judicial de actos administrativos emanados de otros órganos de la Administración Pública distintos a los tribunales administrativos.

El Consejo de Estado cumpliría sus funciones mediante dos atribuciones principales: el control de juridicidad de las resoluciones administrativas, con la finalidad de garantizar la protección de los derechos económicos fundamentales del ciudadano y la correcta interpretación e integración de las normas de derecho administrativo en los procedimientos incoados contra las decisiones de la Administración Pública.

La labor del Consejo de Estado se encontraría primordialmente dirigida a la resolución de casos que impliquen la existencia de «zonas grises» en el ámbito administrativo. Por ejemplo, la adecuación de un acto administrativo tanto a principios constitucionales como a normas legales, zonas en las que los precedentes administrativos tienen pareceres discordantes y, en ocasiones, insuficientes. La inacción administrativa en la tutela de los derechos económicos fundamentales se sustenta, en última instancia, en la falta de una habilitación legal que expresamente le atribuya interpretar la juridicidad desde la esfera de la constitucionalidad. Desde nuestro derecho administrativo, se declara que las autoridades públicas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho³⁴⁶; pero, en la práctica, ignoran la *fuerza normativa* de la Constitución en caso de colisión entre la norma legal y la Constitución.

Enfatizamos que la justicia administrativa ya no solo debe ejercer un control de juridicidad con relación a la ley, como clásicamente se estableció, sino también con la Constitución (Bachof, 1987, p. 43). Por estas razones, se hace sumamente necesaria la instauración de un órgano jurisdiccional especializado de revisión de las resoluciones de los tribunales administrativos, sin eximir a estos de su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones de sometimiento pleno a la Constitución. Así, se facilitarían a la Administración de parámetros generales de constitucionalidad que deberán ser observados obligatoriamente por los tribunales administrativos al resolver, más aún si la Constitución declara, en su artículo 51, la supremacía de la Norma Suprema sobre toda norma legal.

De otro lado, el Consejo de Estado cumplirá un rol de homogeneización de los precedentes administrativos. Para cumplir con estas funciones, debe ser competente

³⁴⁶ En la definición del principio de legalidad prevista en el numeral 1.1 del artículo IV del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

para resolver de oficio o a pedido de parte no solo las cuestiones sobre el fondo del asunto, sino la compatibilidad constitucional y legal de la resolución administrativa en cuestión. Sus resoluciones podrían ser impugnables excepcionalmente ante el Tribunal Constitucional, solo si se constataran vulneraciones a los derechos fundamentales de los justiciables. Por ello, el tribunal se encontraría facultado extraordinariamente a revisar las resoluciones del Consejo de Estado, a pedido de parte, por medio del proceso constitucional de amparo.

En suma, el Consejo de Estado sería la institución de la justicia administrativa que garantice la predictibilidad de la Administración Pública y la tutela del interés general, así como de los derechos económicos fundamentales de los ciudadanos.

CAPÍTULO 26

ENJUICIAMIENTO CRÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993: PROPUESTA PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y PROSPECTIVA SOBRE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

1. CRÍTICA AL RÉGIMEN POLÍTICO HIPERPRESIDENCIALISTA Y NECESIDAD DE SU REFORMA

Como cuestión previa, debemos afirmar la relevancia dentro de un enjuiciamiento crítico del régimen económico de la Constitución de precisar su relación con la forma de gobierno o régimen político. El enjuiciamiento debe ser integral, por cuanto las disfunciones que se advierten en el régimen político y sus instituciones inciden en el funcionamiento del régimen económico y, por ello, es indispensable abordar ambos dentro de una propuesta de reforma constitucional.

Gaspar Ariño afirma que no hay eficiencia económica sin instituciones fuertes y estables. Sin Estado no hay mercado. El metamercado o el diseño institucional del Estado es esencial para el funcionamiento del mercado y de la creación de la riqueza:

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, sistema 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. Y así, economía y justicia se implican y refuerzan. Lo que hace rico a un país no son sus recursos naturales [...], sino lo que se denomina *institutional endowment*: 1) sus recursos humanos, su formación; 2) su civilidad, esto es, sus reglas de comportamiento, que son respetadas por los sujetos públicos y privados; 3) sus instituciones, a través de las cuales se vertebran la sociedad y el Estado (Ariño Ortiz, 2004, p. 59).

Dentro del marco institucional, juega un rol fundamental el funcionamiento del régimen político. Así, uno de los aspectos centrales de la Constitución histórica

peruana fue la forma de gobierno presidencial que, como en otros países de América Latina, asumió particularidades que la diferencian profundamente del modelo original estadounidense. Pedro Planas lo calificó como el régimen semipresidencial latinoamericano; es decir, un presidencialismo modulado por mecanismos parlamentarios (1997, p. 121).

De acuerdo a Juan Linz (1994), las características fundamentales de la forma de gobierno presidencial son: la legitimidad democrática dual y la rigidez del sistema. Esta legitimidad dual sería la matriz de recurrentes *breakdowns of democracy*. La legitimidad democrática dual se manifiesta por la elección popular tanto del presidente de la República como la del Congreso. La rigidez del sistema se manifiesta en mandatos fijos y en que la estabilidad del presidente de la República en el cargo no depende del Congreso ni viceversa, debido tanto a su origen como a su supervivencia separada (Shugart & Mainwaring, 2002, pp. 23-25).

Una de las principales diferencias con el sistema de gobierno parlamentario radica que en este, cuando se celebran elecciones, el partido mayoritario forma el gobierno, o bien los distintos partidos negocian acerca de la conformación de coaliciones de gobierno, con el resultado que se cuenta con el respaldo del Parlamento para la conformación del gabinete. Así, si en algún momento este respaldo es socavado, el voto de una cuestión de confianza resuelve la crisis. Por el contrario, en los sistemas presidenciales no hay un mecanismo de solución de conflictos de esta naturaleza entre el Ejecutivo y el Legislativo (Tsebelis, 2006, p. 94).

A estas características debemos agregar que el presidente de la República, elegido por sufragio directo concentra las atribuciones que el jefe de Estado y el jefe de gobierno tienen en el constitucionalismo histórico, asumido en las textos constitucionales del siglo XIX y XX y nuevamente reiterado en la Constitución peruana de 1993 en los artículos 110 y 118.³⁴⁷

García Belaunde (1991) afirma, con razón, que la figura del presidente de la República aún es la clave de bóveda del régimen político latinoamericano. El presidencialismo latinoamericano distorsionó el modelo presidencial estadounidense, como señala Carpizo, por la desesperación ante la creciente pobreza y carencias sociales que abrió la puerta del caudillo que supuestamente resolvería todos los problemas.

El «caudillo» fue un fenómeno reiterado en el siglo XIX y en gran parte del siglo XX en América Latina, que con elementos peculiares y modernos llegó hasta las últimas décadas del siglo XX, como lo evidencia el liderazgo mesiánico de Fidel Castro en Cuba, así como los casos de Alberto Fujimori en Perú o Hugo Chávez en

³⁴⁷ Artículo 110. El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación.

Artículo 118. Corresponde al Presidente de la República: [...] 3. Dirigir la política general del Gobierno.

Venezuela (Carpizo, 2006). En estos dos últimos casos, emergió un nuevo modelo denominado «autoritarismo competitivo», un régimen híbrido entre el autoritarismo y la democracia (Levitsky & Way, 2002, citado por Dargent, 2010, p. 79); en rigor, un autoritarismo bajo la fachada de instituciones democráticas que se encuentran capturadas al servicio del poder autocrático.

En el Perú, desde el surgimiento de la República en el siglo XIX, se incorporaron mecanismos propios del parlamentarismo, dentro de una forma de gobierno en esencia presidencial. Así, la Constitución de 1828 estableció, en el artículo 97, el requisito de validez del refrendo ministerial de los actos del presidente de la República, que se mantiene hasta el presente. El órgano colegiado del Consejo de Ministros se instituye en el artículo 93 de la Constitución de 1856, por influencia de la Convención Nacional de 1855 caracterizada, a juicio de Manuel Vicente Villarán, por exaltar la autoridad del Congreso y disminuir la del Poder Ejecutivo. En ese contexto, el voto de censura a los ministros fue establecido en la Ley de Ministros promulgada en 1856 (Villarán, 1994, p. 145). Asimismo, con la Ley de Ministros emerge la figura del presidente del Consejo de Ministros. Se constituye en nexo y elemento de coordinación entre el gobierno y el Congreso, con la finalidad de personificar y facilitar el ejercicio del control parlamentario (Planas, 1997, p. 122).

En el siglo XX, la forma de gobierno presidencialista en el Perú, instaurada en las constituciones de 1933 y 1979, habilitó al Congreso a la censura ministerial. Así, en el artículo 172 de la Constitución peruana de 1933, se previó el voto de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, que podía ser presentado por solo un diputado o senador y se votaba en la misma sesión. Empero, la Constitución peruana de 1933 no previó, como contrapeso, la atribución del presidente de la República de disolver las cámaras legislativas y convocar a elecciones parlamentarias. Asimismo, la Constitución de 1933, en su artículo 157, es el primer texto constitucional que menciona explícitamente a la figura del presidente del Consejo de Ministros; se estableció además la obligación de que este concurra a las cámaras, separadamente, para exponer la política del Poder Ejecutivo en el artículo 167.

Es con la Constitución de 1933 que se amplían los poderes parlamentarios no solo en la teoría, sino en la práctica constitucional, con la intención de fortalecer al Congreso frente a la hegemonía presidencial (Hakansson Nieto, 2001, p. 158). En rigor, el modelo de régimen político establecido en la Carta Fundamental de 1933 giró del presidencialismo a un régimen híbrido mal diseñado que generó periodos de confrontación de poderes, cuando la carencia del presidente de la República de una mayoría parlamentaria estable en el Congreso generaba el impasse político y el inmovilismo del Poder Ejecutivo, que sirvieron de pretexto o de clima favorable para el golpe de estado de 1948 contra Bustamante y el de 1968 contra Belaunde.

Como consecuencia de la experiencia histórica precedente, la Constitución peruana de 1979 modificó el régimen híbrido, pero no hacia un presidencialismo modulado o atenuado, sino a una forma de gobierno de clara hegemonía presidencial. Es así que la atribución de disolución de la Cámara de Diputados fue prevista como un contrapeso de la censura ministerial en el artículo 227 de la Constitución peruana de 1979, si esta censuraba o negaba la confianza a tres Consejos de Ministros. En el régimen constitucional peruano, durante la vigencia de la Carta Fundamental de 1979, la censura del gabinete no se ejerció, dato de la realidad que confirma que, más allá de la norma constitucional, la práctica política reforzó la esencia presidencialista del régimen político. La censura ministerial devino en un símbolo político y, salvo por su utilización excepcional, no constituyó un instrumento para la exigencia de la responsabilidad política. La inmutabilidad del gobierno y el Parlamento en la práctica fue institucionalizada por la Constitución peruana de 1979, debido a las restricciones previstas para la disolución de la Cámara de Diputados.

A nuestro juicio, la Constitución peruana de 1993, surgida del golpe de estado de 1992 e impuesta por la mayoría oficialista del denominado «Congreso Constituyente Democrático», exacerbó el presidencialismo de la Constitución histórica del Perú, al extremo —como señala Landa— de configurar un presidencialismo hipertrófico (2006, pp. 301-302) que se caracteriza por una concentración de poderes legislativos proactivos y reactivos del presidente de la República. Es interesante resaltar que la forma de gobierno en Argentina siguió un proceso similar, que también es criticado por la doctrina de ese país por constituir un modelo de hiperpresidencialismo (Dalla Via, 1999, p. 530 ss.).

El presidente de la República no solo concentra las funciones de jefe de Estado y jefe de gobierno; sino que, conforme al artículo 110, «personifica a la Nación», atributo que no gozan ni siquiera los monarcas constitucionales quienes solo representan o simbolizan la unidad y continuidad del Estado³⁴⁸. Si bien el presidente de la República define la orientación de la política general del gobierno, debe nombrar un presidente del Consejo de Ministros, quien conforme al texto constitucional propone al presidente de la República a los ministros, así como su remoción, conforme al artículo 122, aun cuando no ocurra así en la práctica constitucional, debido a la preeminencia de la presidencia de la República, salvo que este así se lo delegue expresamente.

El artículo 125 prevé que el Consejo de Ministros tiene las siguientes atribuciones: (i) aprobar los proyectos de ley que el presidente de la República somete al Congreso; (ii) aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el

³⁴⁸ El primer antecedente de esta singular definición de la presidencia de la República proviene del artículo 134 de la Constitución de 1933.

presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley; (iii) deliberar sobre asuntos de interés público; y (iv) las demás que le otorgan la Constitución y la ley.

Hay que subrayar que, en la Constitución peruana de 1993, el presidente del Consejo de Ministros es definido en el artículo 123.1 como «después del presidente de la República, el portavoz autorizado de la política del Gobierno». Así, se asemeja a un vocero para difundir el pensamiento del Ejecutivo. El presidente del Consejo de Ministros, dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión; es decir, el programa gubernamental. Con esa finalidad, plantea obligatoriamente la cuestión de confianza, conforme al artículo 130 de la Norma Suprema.

En el régimen político peruano, el presidente de la República concentra atribuciones muy poderosas: ejerce la potestad de reglamentar las leyes (artículo 118.8); dirige la política exterior y las relaciones internacionales (artículo 118.11); nombra embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros (artículo 118.12); declara la guerra y firma la paz, con autorización del Congreso (artículo 118.16); preside las sesiones del Consejo de Ministros (artículo 121); preside el Sistema de Defensa Nacional (artículo 118.14); ejerce la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 167); así como otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente (artículo 172).

Así, el presidente de la República está dotado de iniciativa legislativa tal como lo están los congresistas, conforme al artículo 107; pero, a diferencia de los proyectos de los parlamentarios, sus proyectos de ley tienen preferencia en el Congreso en la agenda legislativa cuando son enviados con carácter de urgencia (artículo 105).

En materia de la constitución económica, es relevante que la preeminencia legislativa del presidente de la República es reforzada en materia financiera. Así, en materia presupuestaria, la iniciativa legislativa corresponde al Ejecutivo y, conforme al artículo 79, siguiendo a la Carta Fundamental de 1979, los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. Asimismo, prevé que el Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo por solicitud del Poder Ejecutivo y que las leyes de índole tributaria referidas a beneficios y exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas, que evidencia que en este régimen político opera como poder fáctico la tecnocracia de dicho ministerio, un actor con poder de veto, que desde la década de 1990 del siglo XX es de una definida opción neoliberal (Durand, 2007, p. 181 ss.).

El texto fundamental de 1993 fortalece la expansión de facultades del Poder Ejecutivo en materia presupuestaria, con el establecimiento de un plazo que vence el 30 de noviembre, para que el Congreso remita al Poder Ejecutivo la autógrafa de Ley de Presupuesto; de tal manera que, vencido este, si la autógrafa de la ley no es remitida al Poder Ejecutivo, entra en vigencia el proyecto de este, que es promulgado por decreto legislativo, conforme al artículo 80 de la Norma Suprema.

En la politología, si la Constitución identifica actores individuales o colectivos que deben ponerse de acuerdo para el cambio del *statu quo*, estos son los denominados jugadores con veto (Tsebelis, 2006, p. 104). Así, en el sistema presidencialista, se requiere un consenso entre el Congreso y el presidente de la República para promulgar leyes. Cuando no hay consenso, uno de los poderes reactivos del presidente de la República es la atribución presidencial del veto previsto en el artículo 108 de la Constitución que establece que, si el presidente tiene observaciones que hacer «en todo o un parte» de la ley aprobada por el Congreso, las presenta a este en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Parlamento. En consecuencia, solo pueden ser reconsiderados los aspectos sobre los cuales el presidente de la República formula observaciones.

De otro lado, uno de los poderes proactivos del presidente de la República, que le faculta a establecer un nuevo *statu quo*, es la previsión constitucional de los decretos de urgencia. El inciso 19 del artículo 118 de la Constitución establece que es atribución del presidente de la República: «Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso». Así, se prevé aquí, de forma expresa, que el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia, lo que es insuficiente para su control político, el cual debe ser regulado en la Norma Suprema y no en el reglamento del Congreso, como ocurre en la actualidad. Consideramos que debe tasarse taxativamente los presupuestos fácticos habilitantes para la expedición de los decretos de urgencia y preverse a nivel constitucional los instrumentos de control parlamentario, tal como ocurre en el derecho comparado: fijar un plazo para la ratificación parlamentaria de los decretos de urgencia (Italia) o para su conversión en leyes (España).

De este modo, se evitaría que los decretos de urgencia se conviertan en legislación de conveniencia política, que terminan siendo el caballo de Troya de una tecnocracia autoritaria o, lo que es más grave, en instrumentos para la corrupción, tema que está en estudio e investigación a raíz del caso Odebrecht, particularmente durante el segundo gobierno de Alan García Pérez (2006-2011). Así, durante ese régimen, se dictaron hasta tres decretos de urgencia (032-2009, 107-2009 y 081-2010-EF) para

facilitar la contratación del Metro de Lima (Durand, 2018, pp. 149-151). En este punto, acudimos a Durand:

Dado que los regímenes presidencialistas predominan en América Latina y que han tendido a reproducir bajo nuevas fórmulas constitucionales el decretismo, el presidencialismo y el caudillismo (O'Donnell, 1984; Incarnato, 2007; Serrafero, 2014) tienden por lo mismo a concentrar poderes en el Ejecutivo o en el «salvador de la patria», y pueden, al mismo tiempo, bajo ciertas condiciones normativas, actuar como Legislativo al usar y abusar del decreto. En la medida que en América Latina el Poder Judicial, siendo autónomo, es el más débil e influenciado de los tres poderes, el acceso y la influencia en el Ejecutivo también les otorga ventajas o influencias sobre este tercer poder. Como se trata de un juego generalmente oculto en el que los mecanismos de influencia operan principalmente en la sombra, el decretismo y la discrecionalidad presidencial se combinan con el secretismo, que generan a las corporaciones un beneficio particular que provoca impactos institucionales, fiscales y sociales negativos, y refuerzan asimetrías y desigualdades varias (2018, p. 52).

En América Latina, debe destacarse el caso de Argentina bajo Menem (1989-1999), quien implementó su programa de reformas neoliberales mediante los decretos de necesidad y urgencia, asumió la capacidad de legislar sin pasar por el Congreso y hasta los utilizó para presionar al Legislativo para aprobar una ley. Similar proceso ocurrió bajo Collor de Melo en Brasil (1990-1992) (Jones, 2002, p. 243)³⁴⁹.

Como afirma Patricia Donayre, el interés nacional, que sustenta a los decretos de urgencia en la Constitución peruana, es una condición de procedibilidad que se ve librada a la interpretación discrecional del Poder Ejecutivo y a sus necesidades, con un control parlamentario de eficacia prácticamente nula, al materializarse en fórmulas de derogación o modificación ineficaces por ser posteriores a la expedición del decreto y por no influir en su puesta en vigencia (Donayre, 2001, p. 298). A lo que se agregan los poderes excepcionales atribuidos desde la Constitución de 1979 de dictar «las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía del Estado»³⁵⁰. Debe advertirse que esta disposición es una previsión de defensa extraordinaria del Estado, que habilita a la concentración de poderes desorbitados por el presidente de la República. No están tasadas con precisión las amplias medidas cuyo ejercicio se faculta al presidente de la República y no se regula

³⁴⁹ Sobre el decretismo en los regímenes de Menem y Collor de Melo, véase Incarnato, María Florencia, «El fenómeno del 'decretismo' entre 1989 y 1992 correspondiente a las presidencias de Menem y Collor de Melo» *Revista de Ciencia Política* 1. <http://www.revenciapolitica.com.ar/num1artl.php>

³⁵⁰ El artículo 211.18 de la Constitución peruana de 1979 previó estos poderes excepcionales, siguiendo al controvertido artículo 16 de la Constitución francesa de 1958. Sobre los poderes presidenciales excepcionales en Francia, véase Planas, 1997, pp. 298-299.

su control, situación que acrecienta los peligros para el Estado constitucional si un gobernante con tendencias autoritarias pudiese sentirse amparado para suspender la vigencia de la Constitución, al amparo de los poderes presidenciales excepcionales.

Además, a diferencia del sistema presidencial estadounidense, la Constitución peruana de 1993 mantiene la atribución del presidente de la República de dictar normas con rango de ley mediante decretos legislativos. Se requiere, como en el texto fundamental anterior, la previa delegación de facultades legislativas por el Congreso sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa. Si bien la legislación delegada se extendió en el derecho comparado, se prevé, a nivel constitucional, los instrumentos de control para evitar el abuso en su ejercicio por el Poder Ejecutivo. Más aún cuando en nuestra práctica constitucional las leyes autoritativas de legislación delegada fueron usualmente muy genéricas en la precisión de la materia delegada³⁵¹. La Constitución debiera prever que el Congreso delegante puede limitar la legislación delegada estableciendo en la ley autoritativa no solo el objeto y alcance de la delegación, sino incluso los principios o criterios que han de seguirse en su ejercicio.

Con relación a las relaciones entre poderes, es destacable la atribución del presidente de la República para decidir la disolución del Congreso unicameral, la cual es propia del régimen político parlamentario, en la cual el jefe del Estado no es jefe del gobierno. Así, el artículo 134 de la Constitución peruana faculta al presidente de la República para disolver el Congreso unicameral, si este censura o niega la confianza a dos Consejos de Ministros, y convocar a elecciones parlamentarias. Esa misma disposición no habilita la disolución en el último año del mandato presidencial o cuando rige el estado de sitio.

Más consistente sería establecer la disolución, como en el régimen parlamentario, como instrumento para restablecer el equilibrio de poderes y con flexible discrecionalidad por parte del Poder Ejecutivo para decidir el momento oportuno para

³⁵¹ Sobre el particular, Donayre propone la adopción de un control complejo denominado intermedio, en los siguientes términos: «El procedimiento del denominado control intermedio —siguiendo la pauta marcada por la Constitución española— quedaría entonces esbozado en la ley de delegación, la misma que deberá especificar que dicho control se hará efectivo mediante la remisión que hará el Ejecutivo del o de los proyectos de decretos legislativos elaborados, dentro del plazo que precise la ley, debiendo asumirse la revisión de los mismos por parte de la comisión del Congreso a la que corresponda según la materia delegada. Dentro de los siete días posteriores a su remisión, la comisión deberá emitir un dictamen, de ser su pronunciamiento favorable a la modificación del proyecto de decreto legislativo o en el supuesto de recomendarse su improcedencia por no someterse a los límites previstos para dichos efectos. De lo contrario, se interpretará el silencio como positivo. De pronunciarse la comisión pertinente, el Congreso en Pleno procederá a su debate, debiendo devolver dicho proyecto al Ejecutivo con las propuestas de modificaciones a introducir o simplemente ordenando que se adecue el texto del decreto a los prescrito en la ley delegante» (2001, pp. 303-304).

su aplicación. A nuestro juicio, la Constitución peruana de 1993 optó por que en el juego político la disolución se configure como una amenaza del presidente de la República sobre el Congreso, a fin de que este se avenga a una relación de confianza forzada o por conveniencia con gabinetes sin mayoría parlamentaria, como ocurrió en 2018 durante el gobierno del presidente Martín Vizcarra quien, confrontado con la mayoría parlamentaria fujimorista, recurrió a la cuestión de confianza para la aprobación de sus iniciativas de reforma constitucional para ser sometidas a referéndum. Finalmente, disolvió el Congreso el 30 de setiembre de 2019, al amparo del precitado artículo 134 de la Constitución, en una decisión controvertida por cuanto se basó en una denegación tácita a una cuestión de confianza.

De otro lado, al condicionar la disolución al supuesto de la caída por responsabilidad política de dos Consejos de Ministros, entonces se abre la posibilidad de un juego político en el que una mayoría parlamentaria opositora opte por censurar individualmente a los ministros y no al Consejo de Ministros en su integridad, eludiendo así la disolución y, a su vez, que el presidente de la República, como jefe de gobierno, mantenga la misma orientación política pese al cambio de integrantes en el equipo ministerial, lo que agravaría la confrontación entre poderes.

Estas posibilidades están abiertas debido a que el presidencialismo peruano coexiste con un sistema electoral de representación proporcional que facilita el multipartidismo y, por ende, la fragmentación del Congreso. Aun cuando es cierto que el multipartidismo tiene un aspecto muy positivo, por cuanto abre la posibilidad de la búsqueda de consensos con partidos pequeños, no cabe duda que esa fragmentación combinada con el presidencialismo es considerada, correctamente por Lijphart (1994), como un factor de fuerte inestabilidad.

Asimismo, otra disfuncionalidad del régimen político peruano es que el Congreso unicameral es elegido en la primera vuelta y el presidente de la República a dos vueltas, si no obtiene la mayoría absoluta en la primera, generando la eventualidad de un Ejecutivo en minoría parlamentaria, como ocurrió con el presidente Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018), quien enfrentó una oposición parlamentaria obstruccionista y desestabilizadora permanente del fujimorismo y el aprismo durante ese periodo.

Cabe destacar, como peculiaridades de la potestad de disolución del Congreso en la Constitución peruana de 1993, al denominado «interregno parlamentario» o lapso de suspensión del funcionamiento del Congreso generado por la disolución. Resulta particularmente grave que el artículo 134 prevea un plazo tan dilatado para las elecciones del Congreso extraordinario: dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución³⁵².

³⁵² Cabe anotar que, en Dinamarca, por reforma constitucional de 1953, se facultó al Rey a disolver el Parlamento unicameral, pero se estableció que en ningún caso los mandatos parlamentarios cesan antes de que se haya celebrado nuevas elecciones.

A este prolongado interregno, se suma la potestad ejecutiva de legislar mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que este se instale, conforme al artículo 135.

El texto fundamental establece que la Comisión Permanente actúa como órgano fiscalizador transitorio, legitimando así la dictadura constitucional. A nuestro juicio, no es propiamente un control parlamentario, pues no se prevé mecanismos de ratificación, convalidación, modificación o derogación de los decretos de urgencia por la Comisión Permanente. Simplemente esta actúa como una «mesa de partes» para examinarlos y elevarlos al próximo Congreso. En suma, se abre un periodo de concentración de funciones legislativas del Poder Ejecutivo, sin control parlamentario, que recuerda al fujimorato³⁵³. Así, se estableció una cláusula constitucional derogatoria de la separación de poderes.

El precitado artículo 135 prevé que el control de la legislación de urgencia solo operaría reunido el nuevo Congreso, después de que el presidente del Consejo de Ministros haya expuesto ante este los actos del Ejecutivo emitidos durante el interregno parlamentario³⁵⁴.

Además de todas estas atribuciones constitucionales reforzadas, tanto en Perú como en Brasil, los presidentes de la República construyen sus bases de apoyo político mediante políticas de patronazgo y clientelismo: el control de los presidente sobre los nombramientos de funcionarios y la asignación de recursos en determinadas circunscripciones electorales se utilizan para forjar apoyo para su propia agenda legislativa³⁵⁵.

Desde la politología, Linz y otros académicos cuestionan severamente al régimen político presidencialista por contribuir a la inestabilidad política y la ruptura del sistema democrático³⁵⁶. Si bien es cierto que esta crítica debe matizarse, por cuanto el presidencialismo latinoamericano presenta diversas variantes y peculiaridades,

³⁵³ Vergara (2010, p. 99) utiliza el término «fujimorato» para referirse a los diez años de gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000).

³⁵⁴ Cabe señalar que, en España, las diputaciones permanentes ejercen el control de los decretos leyes durante la disolución parlamentaria, conforme al artículo 78 de la Constitución española de 1978.

³⁵⁵ Sobre el caso de Brasil, ver Mainwaring, 2002, p. 94.

³⁵⁶ «Un punto de partida para el análisis puede ser el hecho de que unos 33 países del tercer mundo (pero ninguno en el Primero o Segundo) han adoptado (siguiendo el ejemplo norteamericano) constituciones presidencialistas. Casi universalmente esos regímenes han soportado quiebras institucionales —usualmente en la forma de uno o más golpes de estado— por medio de los cuales grupos conspirativos de oficiales militares arrebatan el poder, suspenden la Constitución, desplazan a funcionarios electos, imponen la ley marcial y promueven normas autoritarias... Ningún país que siga el modelo presidencialista, excepto Estados Unidos, ha sido capaz de eludir alguna de las experiencias antidemocráticas... En cambio casi dos tercios de los países del tercer mundo que han adoptado constituciones parlamentarias, comúnmente basadas en los modelos británico o francés, han mantenido sus regímenes y han eludido las típicas rupturas de sistema norteamericano» (Riggs, 1988, citado por Nino, 2005, pp. 626-627).

consideramos que, para corregir sus disfunciones, el peor remedio es su hipertrofia instaurada por la Constitución peruana de 1993. Así, en términos de O'Donnell (1997), se instaura una «democracia delegativa» o un régimen político que, al ser democrático por su legitimidad electoral, mantiene un Poder Ejecutivo que prevalece exorbitantemente sobre los otros poderes del Estado³⁵⁷.

En suma, en el Perú, como en otros países de América Latina, el presidencialismo se basa no solo en la figura del presidente de la República, sino también en los poderes fácticos del ejército y de la tecnocracia del Ministerio de Economía y Finanzas, de orientación neoliberal, con una clase política en la cual sus importantes integrantes actúan como operadores de grupos de poder económico, apoyados, según su conveniencia, por importantes medios de comunicación, en su mayoría de propiedad cerrada. El reto de la reforma constitucional es fortalecer los contrapesos al poder presidencial e instaurar un régimen político que evite que una mayoría concentre todos los mecanismos del poder.

Como afirma Linz, una sociedad democrática debe transparentar los conflictos, permitir la articulación y formulación explícita de las posiciones encontradas, la negociación ardua y dura para llegar al compromiso y poder decir a sus representados «conseguimos esto y solo cedimos esto». Este es el tipo de proceso que puede legitimar a los líderes de los distintos sectores de la sociedad para hablar en nombre de sus representados, para comprometerles a cumplir los acuerdos a los que hayan llegado (Linz, 1977, p. 168). Este ideal de sociedad democrática está pendiente de construir en el Perú, que aún intenta superar la anomia social y el déficit institucional después de la década del fujimorato; situación que se agrava con el nuevo ciclo de corrupción sistémica (2001-2016) desarrollado en los gobiernos democráticos subsiguientes capturados por Odebrecht.

Paradójicamente, las democracias presidenciales de América Latina, debido a la escasa capacidad para procesar los conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo, comienzan a presentar rasgos de parlamentarismo, con la utilización del juicio político al presidente de la República como una suerte de voto de censura (Pérez Liñán, 2009, p. 21).

La tesis de la parlamentarización de los regímenes presidenciales latinoamericanos por el uso de los juicios políticos y declaraciones de incapacidad moral, se refuerza con el caso de la renuncia del presidente peruano Pedro Pablo Kuczynski, en 2018, ante la inminencia de ser vacado del cargo por el Congreso dominado por el fujimorismo en alianza con el aprismo.

³⁵⁷ Sobre la necesidad de reformar el presidencialismo peruano actual, ver Paredes Castro, 2003; y Eguiguren Praeli, 2007.

A nuestro juicio, no hay condiciones histórico-estructurales en la cultura política latinoamericana para un sistema de gobierno parlamentario o de gabinete. En cambio, se abre como la alternativa más viable, en el Perú y en América Latina, el sistema de gobierno mixto o semipresidencial de origen francés (cfr. Nogueira, 1993; Landa Arroyo, 2004, p. 306)³⁵⁸. En esta forma de gobierno, el presidente de la República es elegido por sufragio universal directo, a dos vueltas, y el gabinete es colectivamente responsable ante el Parlamento. Pero, a diferencia de nuestro actual régimen político, el presidente de la República no goza de la atribución constitucional de remover a los ministros, mientras mantengan la confianza del Congreso. En el sistema semipresidencial, el presidente de la República no controla el Poder Ejecutivo a través de un Primer Ministro afín en todas las situaciones legislativas, sino solo cuando su partido o bloque de partidos aliados tiene una mayoría de escaños parlamentarios. Además, el presidente de la República puede disolver a la asamblea legislativa. Este sistema de gobierno fue propuesto en Brasil en la Asamblea Constituyente de 1987-1988 y en un referéndum en 1993 durante el gobierno de Raúl Alfonsín en Argentina, sin éxito (Shugart & Mainwaring, 2002, pp. 22-23).

En ese orden de ideas, compartimos el juicio de Nino en el sentido que las válvulas de escape y los mecanismos de consenso que ofrece este régimen político son más efectivos para desactivar la tensión política. El caso del presidente francés Francois Mitterrand (1981-1995) es un ejemplo de cómo un presidente puede atenuar su desgaste político y recurrir a la designación de un Primer Ministro de signo opositor —Jacques Chirac—, así como puede a su vez recuperar prestigio gracias al desgaste del Primer Ministro. A su vez, un presidente de la República en este régimen político puede girar radicalmente de política mediante un cambio de Primer Ministro, lo que es muy difícil de justificar cuando el presidente de la República dirige la política general del gobierno (Nino, 2005, p. 636).

En suma, una reforma constitucional hacia el semipresidencialismo contribuirá a superar las crisis entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, así como a construir un régimen de colaboración de poderes.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el hiperpresidencialismo, al personalizar el ejercicio del poder en la experiencia peruana y latinoamericana, no contribuye sino a debilitar la estabilidad del sistema político y la viabilidad de la edificación del Estado constitucional. En materia económica y financiera, se expresa en la práctica abusiva del decretismo que, sin control político, constituyen un grave peligro para la democracia y un riesgo permanente de corrupción. Sin un régimen institucional

³⁵⁸ Planas (1997, pp. 116-119) lo denomina «régimen semiparlamentario».

consistente y con válvulas de escape efectivas para afrontar las crisis políticas, el meta-mercado institucional no se consolidará y frustrará la eficiencia económica y social de la constitución económica.

2. ENJUICIAMIENTO AL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Como hemos señalado en el capítulo 7, el autogolpe de estado de 1992 perpetrado por Fujimori no fue bien visto en la comunidad internacional, que lo censuró muy débilmente, pero que le exigió, para seguir apoyándolo, que tome un curso de acción que en cierta medida legitimase su permanencia en el cargo. Fue así como, con el apoyo de la Organización de Estados Americanos, gobiernos extranjeros y el sistema financiero internacional, propuso la convocatoria a una asamblea, denominada Congreso Constituyente Democrático (CCD) para elaborar una nueva Constitución, la que, como ya hemos tenido ocasión de ver, consolidó el sistema neoliberal que su gobierno había comenzado a aplicar y que más tarde perfeccionaría.

La Constitución de 1993 fue aprobada por estrecho margen mediante un referéndum cuya legitimidad hasta hoy se discute. Posteriormente, Fujimori fue reelegido hasta el año 2000 en un proceso electoral también cuestionado por la utilización de los fondos públicos para promover su candidatura, el espionaje a sus rivales mediante el Sistema Nacional de Inteligencia y el apoyo logístico de las Fuerzas Armadas. Al finalizar este segundo periodo, contando con la mayoría de un congreso unicameral dócil y después de numerosos atropellos cívicos destinados a la demolición de las instituciones y múltiples actos de corrupción, trató de reelegirse por tercera vez, lo que hizo en elecciones amañadas, especialmente por el control tanto del Jurado Nacional de Elecciones como de las principales empresas de televisión mediante una red que había tejido con su jefe de inteligencia Vladimiro Montesinos. Pero un conjunto de escándalos de corrupción y hasta de tráfico de armas, de enorme gravitación, hicieron que abandonara el poder y renunciara desde el extranjero, escondiéndose en el Japón con el apoyo de las autoridades de este país. Después, tanto el gobierno provisional de Valentín Paniagua Corrao (2000-2001) como los democráticos de Alejandro Toledo Manrique (2001-2006), Alan García Pérez (2006-2011), Ollanta Humala Tasso (2011-2016), Pedro Pablo Kuczynski Godard (2016-2018), se rigieron por la Constitución de 1993, la misma que fue reformada, pero mantuvo la esencia del régimen económico.

Como se sabe, las constituciones surgen dentro de un determinado contexto histórico, político, económico y social que condiciona su formulación y aplicación. Esto debemos tenerlo muy presente al momento de confrontar los textos correspondientes al régimen económico de las constituciones de 1979 y 1993, pues fueron

diferentes los momentos en que se concibieron. En ese sentido, resulta indudable, tal como señalamos en el capítulo 6, que el modelo constitucional económico de 1979 otorgaba al Estado un rol que los defensores del modelo neoliberal, que estaban en mayoría en el antes citado CCD, no deseaban mantener ni siquiera como alternativa futura y que, en defensa de su posición, contaban con el ejemplo reciente de una Administración estatal no solo ineficiente y corrupta, sino además con numerosas empresas estatales deficitarias y el recuerdo cercano de una inflación galopante. Es por ello que las modificaciones introducidas en el modelo constitucional de 1993 marcaron un claro distanciamiento con aquella opción política que habilitaba al Estado a una intervención intensa y directa sobre el mercado.

Dentro de las características más acusadas del modelo actualmente vigente, se encuentra la desaparición de todo principio valorativo inspirador del régimen económico, lo que marca una diferencia importante con la Carta anterior, que en su artículo 110 proclamaba que dicho régimen se fundamentaba en principio de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana (Fernández Segado, 1994, p. 26). Se caracteriza también por una privatización generalizada de la vida económica, lo que desapareció la posibilidad de reservar al Estado por ley, por causa de interés social o seguridad nacional, actividades productivas o de servicios. La competencia económica privada, que debe ser vigilada por el Estado y combatir toda práctica que la limite, adquiere un rol central, pues es la que asume la función de impulsar el desarrollo económico y reconoce los derechos de los consumidores y usuarios.

Son características también de la Constitución de 1993 el reforzamiento de la protección del derecho a la propiedad privada, lo que prevé de forma inexcusable que toda expropiación requiere el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Por su parte, la libertad de contratación se convierte en inmune a la ley, pues los términos contractuales no pueden ser modificados, lo que hace posible la existencia de los denominados *contratos-ley*, mediante los cuales el Estado puede establecer garantías que no pueden ser modificadas legislativamente. Establece también de forma taxativa que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones y se garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera. En este modelo económico, de clara inspiración liberal, no hay referencia a los mecanismos de la planificación tanto para el sector público como para el privado.

Sin embargo, es preciso anotar que, si bien el Estado ya no formula la política económica o planifica, tal como lo permitía la Constitución de 1979, el artículo 58 de la vigente reconoce que orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e

infraestructura, lo que abre una ventana para hacer realidad el principio de solidaridad que históricamente inspiró a los promotores de una economía social de mercado.

También cabe recordar que los preceptos constitucionales referidos al régimen económico no pueden analizarse sin tener a la vista la totalidad del texto constitucional. Así, no creemos necesario en este lugar hacer referencia a disposiciones tales como la de considerar a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado, la igualdad de los ciudadanos frente a la ley o el derecho a participar en forma individual o asociada en la vida económica, pues todo ello es de pacífica aceptación. Y dada la similitud en los textos, como se apreció en los capítulos anteriores, tampoco hacemos referencia aquí al sistema monetario y bancario o al régimen hacendístico y presupuestario.

De otro lado, el CCD nació con la finalidad de subsanar un golpe de Estado y en él no estuvieron representados muy importantes sectores políticos y económicos, así como de la opinión pública, cuya característica fue la ausencia de consenso y del diálogo con las fuerzas políticas de la oposición, la falta de un clima constituyente y la mediocridad argumentativa de la mayoría de sus integrantes, concentrándose en el presidente de la República un amplio e innecesario elenco de poderes. A pesar de ello, la Carta vigente revela el influjo que tuvo sobre ella la Constitución de 1979, pues un amplio número de artículos están transcritos casi sin modificación. Algunos aspectos positivos, como la ampliación de las garantías constitucionales o la acogida a la institución de la Defensoría del Pueblo, no pueden ocultar su pobreza en otros aspectos, como cuando elimina expresamente un conjunto de obligaciones sociales del Estado presentes en la Constitución de 1979, lo que pone de manifiesto una notable falta de sensibilidad y una profunda distancia frente a los postulados básicos que demanda el Estado social y democrático de derecho y los valores superiores que lo inspiran.

Finalmente, no puede dejarse de mencionar que la inmensa mayoría (sino la totalidad) de los estudiosos consideran mucho más completa y acabada la Constitución de 1979 que la de 1993, pero que esa opinión mayoritaria se resiente al momento de analizar el régimen económico, pues también son muchos los que defienden el modelo liberal. Así, Zegarra Mulanovich afirma que, como la Constitución de 1993 logró enmarcar a cuatro gobiernos democráticos seguidos, dejó de ser semántica —en términos de Lowenstein— para ser efectivamente normativa, razón por la cual no hay que restaurar a la socialdemócrata Constitución de 1979 (Zegarra Mulanovich, 2013, pp. 125-154). A nuestro juicio, si no es viable ese retorno ya sea por pragmatismo o por conveniencia política, sí son necesarias e impostergables algunas reformas constitucionales en el ámbito político y económico, lo que se sustenta en numerosos ensayos y propuestas a las que hacemos referencia en el siguiente apartado.

La mayoría también considera —y nosotros coincidimos con esta apreciación— que no era indispensable cambiar la Constitución de 1979 en su integridad y que era en todo caso solo suficiente introducir algunas modificaciones. Ello se confirma con el otorgamiento del Congreso al Poder Ejecutivo, antes del golpe de Estado de 1992, de facultades extraordinarias para la promulgación de un numeroso conjunto de decretos legislativos que cambiaron radicalmente la regulación anterior en materia económica.

Resulta demostrativo de la calidad del debate sobre el régimen económico constitucional en el CCD, que sus promotores repitieran casi textualmente los conceptos contenidos en el texto «La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979», de carácter extremo y neoliberal, que publicó la empresa privada Apoyo en 1992, con la colaboración de la AID (agencia del Gobierno de los Estados Unidos) y con el auspicio de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP).

3. LO QUE DEBERÍA MANTENERSE, SUPRIMIRSE Y PERFECCIONAR EN EL ACTUAL RÉGIMEN ECONÓMICO

El contenido y orientación de la Carta de 1993, el carácter autocrático del gobierno que la impulsó y la mayoritaria mediocridad de los integrantes del CCD fueron algunas de las razones que dieron lugar a propuestas de modificación, las que en un primer momento propusieron restituir la Constitución de 1979 y, más tarde, modificar parte importante de aquella. Tal como hemos dicho en los párrafos anteriores, todo debate y propuesta de cambio tuvo siempre como referencia obligada a los textos de 1979 y 1993. Fueron también dos los documentos que sugirieron un cambio constitucional integral, pero con estilo y contenido distinto. El primero de ellos, elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú en 2001, a propuesta del ministro de Justicia del régimen transitorio del Dr. Valentín Paniagua, el mismo que señala los lineamientos de la reforma y abarca todo el contenido usual de un texto constitucional, el que citaremos a continuación como «las bases». El segundo documento es el proyecto de reforma constitucional elaborado por el Congreso de la República en el año 2002, el que se presenta como un nuevo texto constitucional que contiene 254 artículos y cuenta con una exposición de motivos, al que citaremos a continuación como «el proyecto». Para la formulación de estos dos documentos, se recibieron diversas iniciativas de instituciones y personas.

El tercer documento fue elaborado en el año 1992 por los autores de este libro, denominado «Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional», que tuvo clara influencia sobre los dos anteriores y al que citaremos a continuación como

«la propuesta KO». Finalmente, es preciso mencionar el trabajo de Baldo Kresalja R., «Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el Régimen económico constitucional», publicado en 2001 por la Comisión Andina de Juristas en el libro *Las tareas de la transición democrática*, al que haremos frecuente referencia.

No existe disposición constitucional en materia económica que, por si misma, pueda garantizar un crecimiento estable en la economía y una distribución equitativa entre los participantes. Intervienen en ello variables muy numerosas que es imposible aquí enumerar. Si bien las normas constitucionales podrán ayudar a lograr esos anhelados objetivos, la pericia, sabiduría y prudencia son cualidades propias de gobernantes notables y exitosos, que se practican como fruto de una vida con experiencias enriquecedoras y múltiples, en la que el ideal de una humanidad mejor no ha sido jamás relegado. El texto constitucional debe ser, entonces, principalmente una referencia o derrotero claro para los gobernantes sobre sus obligaciones; no puede ser mucho más, hay que reconocerlo.

Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional
Baldo Kresalja Roselló y César Ochoa Cardich

Si hay algo que debería incorporarse en un nuevo texto constitucional sería recuperar, en la enunciación de los derechos fundamentales de la persona, el de alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia, así como la referencia a un sistema de seguridad social que cubra los riesgos frente a diversas contingencias que debería precisar la ley y, por último, la obligación del Estado de atender preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación, tal como lo señalaba la Carta de 1979. Y en cuanto a enfrentar la informalidad y el desempleo, materia directamente vinculada a las características del aparato productivo, no puede dejarse de lado la necesidad de planificar indicativamente y en ocasiones imponer prioridades, estar atentos al desarrollo tecnológico y priorizar no el puesto de trabajo, hoy con dinámica y variabilidad constante, sino al trabajador como persona.

Asimismo, se debería revalorizar los aspectos sociales vinculados al desarrollo económico, refiriéndose a la obligación de todos los ciudadanos de contribuir al bien común, y afirmar que la riqueza debe estar siempre subordinada al interés social. En este sentido, creemos que debería reiterarse lo que señalaba el artículo 42 de la Constitución de 1979, que declaró al trabajo como fuente principal de riqueza, entendiendo el concepto de trabajo en un sentido amplio que va más allá de lo estrictamente laboral y que comprende la protección a las facultades creativas del ser humano y a su permanente mejoramiento mediante un continuo y siempre

inacabado proceso de aprendizaje, más aun cuando —tal como lo señalan diversos autores— el proceso de globalización en curso genera una exclusión en amplios sectores de la población, poniendo en evidencia que, así como el capital especulativo y financiero se internacionalizó y no tiene prácticamente control, el trabajo aún es local y, por tanto, goza de menor protección.

Tiene amplio y casi unánime apoyo la declaración de que el régimen económico se fundamenta en la economía social de mercado, a lo cual hemos hecho ya referencia en el presente libro. Como sabemos, una economía social de mercado tiene sus raíces en los derechos fundamentales de la propiedad privada, la libertad de empresa y la libertad de contratación, pues el Estado tiene un rol subsidiario, sin ser su misión principal actuar como empresario, sino hacer posible que otros compitan y satisfagan las necesidades humanas de carácter material, lo cual no impide la creación de mecanismos destinados a proteger la competencia y defender a los consumidores y usuarios. Por todo lo anterior, consideramos acertado que el proyecto incluyera, entre sus principios fundamentales, el siguiente: «El régimen económico de la república se fundamenta en la economía social de mercado. Esta se orienta a lograr el desarrollo humano sostenible y la justicia social. La iniciativa privada es libre».

Existe también una amplia aceptación sobre la necesidad de mantener el derecho de todos los ciudadanos a participar en la vida económica y a respetar la libertad de empresa y de contratación. En cuanto a la primera, quizá pudiera agregarse lo que constituye su contenido esencial, al que ya hemos hecho referencia. Esto hay que ponerlo de relieve y tener presente la existencia entre nosotros de una cultura de recelo frente a las libertades económicas, que felizmente parece estar superándose, así como una tendencia legislativa de carácter reglamentista, que podría llegar a desconocer ese contenido esencial y dar lugar a prohibiciones discrecionales administrativas, sin fundamento técnico. Cabe recordar también que la libertad de empresa es un derecho público subjetivo, que debe entenderse limitado por su función social y que, como tal, tanto los particulares como los poderes públicos están en la obligación de respetar y promover, para lo que resulta pertinente una legislación de defensa de la competencia. Los límites a ese derecho están consagrados en la propia Constitución, tales como los derechos de las personas, la protección de la seguridad o la salud, la adecuada información a los consumidores y la subordinación de la riqueza al interés general, entre otros.

En lo que se refiere a la participación de los trabajadores, las bases acertadamente hacen mención solo a la participación en las utilidades, pues toda normatividad dirigida a generar un sistema de cogestión o de copropiedad revela, en la práctica, ser ineficaz y muy poco promotor de la inversión, pudiéndose en todo caso asumir lo que decían esas mismas bases en el sentido de que «el Estado puede promover otras modalidades de participación».

En términos generales, se acepta la necesidad de que, salvo pequeñas modificaciones en la redacción, se mantengan el mandato al Estado de favorecer y vigilar la competencia libre y leal, así como que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios u oligopolios, pues lo que hay que sancionar son las prácticas que limitan o debilitan la libre competencia, el abuso de la posición de dominio y la publicidad engañosa. Se debe incluir en el texto, como nuevos principios: el buen gobierno de las sociedades y la transparencia financiera. Punto controvertido fue la ausencia de disposición constitucional destinada a autorizar al Estado a poner límites, fiscalizar o crear procedimientos ad hoc para las concentraciones empresariales, tema en el que nos inclinamos por introducir una referencia general, correspondiendo a la ley de la materia su desarrollo dentro de un amplio marco de posibilidades de acción. También creemos que debe incluirse una disposición que señale que, en casos de emergencia o de calamidad pública, puede el Estado intervenir y dictar normas de contenido económico, aunque siempre de duración transitoria y guardando relación con las causas que la motiven.

Kresalja señala que el rol subsidiario del Estado en el ámbito económico no significa ausencia o renuencia a actuar, sino más bien priorizar su actuación para poder lograr un auténtico desarrollo que debe dirigirse a permitir el funcionamiento del mercado, lo que hace real el acceso a este por parte de los ciudadanos y establece servicios básicos esenciales (Kresalja, 2015). Y como es de difícil precisión el concepto de «economía social de mercado», así como también para seguridad de los ciudadanos y agentes económicos, y como guía de legisladores y jueces, considera conveniente que se enumere cuáles son las principales acciones del Estado en el ámbito económico (Kresalja, 2001b, p. 146). Esto fue lo que propuso la propuesta KO y que posteriormente fue recogido en el proyecto, aunque no con contenidos iguales, sino similares. Cabe destacar que con el contenido de estas dos propuestas se superaría grandemente las limitaciones del marco constitucional económico vigente y que ello podría contribuir en importante medida a la edificación del Estado social y democrático de derecho.

Un concepto no suficientemente desarrollado en la Carta Fundamental vigente es el de los servicios públicos económicos y sociales. Si bien reconoce implícitamente como servicios públicos a los tradicionales vinculados a la salud y asistencia social, a la seguridad social y a la educación, pues en ellos el Estado juega un rol muy activo, la nota característica es la habilitación expresa a la participación de la empresa privada para que comparta con el Estado la gestión de los mismos. De otro lado, en su artículo 58, prevé que los servicios públicos constituyen uno de los canales por los que el Estado orienta el desarrollo del país, lo cual en principio lo habilita para definir, en una ley de desarrollo constitucional, cuáles son los servicios públicos esenciales.

Es necesario recordar también que, en los servicios públicos locales, las municipalidades están habilitadas para intervenir tanto por mandato constitucional como por la ley orgánica respectiva. Las bases, el proyecto y la propuesta KO tratan específicamente del tema, entre otras razones, para diferenciar los servicios públicos de las denominadas actividades esenciales o de soberanía del Estado, tales como las correspondientes a la política exterior o de defensa nacional, dando énfasis a que el servicio público cubre aquella actividad indispensable para la vida en común desde el punto de vista económico y social que no pudo ser satisfecha por el mercado (Kresalja, 2001b, p. 159).

Las bases, siguiendo la propuesta KO, señalan que las actividades esenciales para la vida en sociedad pueden ser consideradas servicios públicos y que el Estado se encuentra obligado a supervisar su funcionamiento dentro de los correspondientes marcos de regulación, alentando su gestión por la empresa privada y previendo la participación de las asociaciones de usuarios con el objeto de garantizar que sean ofrecidos con oportunidad, calidad y transparencia. El proyecto indica que la ley calificará las actividades esenciales para satisfacer las necesidades de interés colectivo que constituyen servicios públicos y que su regulación es facultad exclusiva del Estado. El tema de los servicios públicos se encuentra unido al debate sobre si debe existir disposición constitucional expresa que defina el estatus de los organismos o entes reguladores; a lo cual, por ejemplo, hace mención expresa el proyecto en sus artículos 108 y 109. La propuesta de KO incluye a la radio y la televisión como servicios públicos económicos sujetos a concesión e indica que se deben regir por una legislación especial, sin menoscabo de la libertad de información y de expresión. En síntesis, puede afirmarse que lo dispuesto sobre servicios públicos debe ser ampliado y perfeccionado, dado que es un tema de mucha importancia para el futuro de la sociedad peruana y la afirmación de una ciudadanía activa e informada.

Otro tema polémico y de gran importancia es el referente a la planificación económica o planes de desarrollo. En forma injustificada, en la Carta Fundamental de 1993, no hay mención al tema en forma alguna en contraste con lo señalado en la Constitución de 1979, cuyo texto se consideró por muchos como excesivo. El vacío de la situación descrita hizo que la propuesta KO recogiera un sentir general y señalara que el Estado formula su política económica y de inversiones mediante un Plan Nacional de Desarrollo de aplicación únicamente al sector público y con carácter indicativo. Las bases recogieron este sentir bajo el título «Planeación estratégica de las acciones estatales». El proyecto, en su artículo 105, señala que el gobierno formula su política económica, social, laboral y ambiental mediante planes estratégicos de nivel nacional, regional y local y que, por ley orgánica, se establecerán los mecanismos de concertación y participación ciudadana. Creemos que debe introducirse en el texto

constitucional un mandato sobre la necesidad de contar con un plan de desarrollo a mediano y largo plazo, en especial para la inversión pública, como una herramienta necesaria para juzgar la actuación de los gobiernos y privilegiar consensuadamente determinadas inversiones, constituyendo además una información relevante para el planeamiento de sus negocios por los agentes económicos.

Consecuencia del concepto de economía social de mercado es el del rol subsidiario del Estado en materia económica. En contraposición al régimen de reservas y a la numerosa actividad empresarial estatal protegida por la Constitución de 1979, la Carta Fundamental vigente dispuso, en su artículo 60, que reconoce el pluralismo económico, que el Estado solo autorizado por ley expresa puede realizar actividad empresarial, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional; y que las actividades pública y privada reciben el mismo tratamiento legal, planteamiento que fue también incluido en el proyecto. El debate sobre este artículo 60 reside en que se utilizó en más de una ocasión para descartar dogmáticamente, sin mayor estudio, algunas iniciativas que promovían una intervención empresarial estatal, directa o indirecta, en proyectos de gran impacto económico y social, en los cuales el capital nacional no estaba en condiciones de competir. La necesaria delimitación de la intervención del Estado en la economía, como garantía esencial para todas las personas y los agentes económicos en especial, no debe llevar a descartar o hacer prácticamente imposible la intervención del Estado cuando sea necesaria e indispensable, por lo que debería reformularse el citado artículo, más aún cuando empresas de capital estatal extranjero adquirieron importantes empresas nacionales, antes estatales, de servicios públicos.

Asunto muy debatido es aquel que, en la Constitución vigente, otorga el mismo tratamiento legal a la inversión nacional y extranjera, señalándose únicamente que, si otro país adopta medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas. Las bases señalaron que la inversión extranjera debe recibir el mismo trato que la que recibe la nuestra en otros países, lo que repitió el proyecto. Las bases sugirieron que por ley se limite el máximo de la inversión minoritaria extranjera en los medios de comunicación social que empleen el espectro electromagnético. Y eso fue lo que hizo la Ley de Radio y Televisión (ley 28278), que en su artículo 24 limitó esa participación al 40%. Pero la discutible disposición constitucional dio lugar a que el Tribunal Constitucional señale que esta limitación no tiene validez por vulnerar el trato igual a los inversionistas nacionales y extranjeros previsto en el artículo 63 de la Constitución, «entendiendo que la igualdad entre los capitales y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales».

Aunque se trata también de una seguridad para los ciudadanos, no hay consenso sobre la conveniencia de haber estipulado a nivel constitucional en la Carta Fundamental vigente que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera, lo cual fue incorporado también al proyecto, habida cuenta de las crisis económicas que con frecuencia se presentan en el mundo desarrollado y que pueden tener un serio impacto en la vida económica del país, lo que haría al mandato constitucional de imposible cumplimiento.

Si bien el texto constitucional incluye un mandato destinado a defender el interés de los consumidores y usuarios, lo que garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios y vela en particular por la salud y la seguridad de la población —protección legal que es relativamente reciente en todos los países—, es fundamental reconocer que, al ser ella parte esencial en un régimen de economía social de mercado y de libertad de empresa, es conveniente perfeccionarla. Las disposiciones actuales son más completas que las contenidas en la Constitución de 1979, pero ello no impide tratar de hacerlas más eficaces y reconocer las importantes diferencias en el nivel cultural y material de nuestros consumidores, sin hacer dogmática la aplicación de estándares tales como «consumidor razonable» o «consumidor diligente», impuestos por la corriente neoliberal, así como ampliar el rol de las asociaciones de consumidores y usuarios y, sobretodo, exigir que se brinde un información oportuna y veraz para evitar decisiones erróneas de consumo. Tanto la propuesta de KO, como las bases y el proyecto, proponen ese perfeccionamiento³⁵⁹.

El régimen financiero y presupuestal, así como las disposiciones sobre moneda y banca, pueden en lo esencial mantenerse. En lo que se refiere a la deuda pública, conviene mantener el mandato en virtud del cual solo el Estado garantiza la contraída por gobiernos constitucionales y que el endeudamiento, tanto interno como externo, requiere autorización del Congreso. Parece necesario establecer la proporcionalidad entre el pago de la deuda pública externa y la interna, así como la obligatoriedad de consignar partidas presupuestales para el cumplimiento de los mandatos judiciales firmes y de laudos contrarios al Estado o a los organismos públicos. Pueden también perfeccionarse las disposiciones sobre el Sistema Nacional de Control, fortaleciendo institucionalmente a la Contraloría General de la República y dando importancia a la transparencia, oportunidad, eficacia y rendición de cuentas en la gestión pública.

Los temas vinculados a la educación, a la sociedad de la información, los organismos reguladores, la preservación de los recursos naturales y los recursos genéticos, así como la protección de la diversidad biológica y el medio ambiente son vistos en la próxima sección de este capítulo.

³⁵⁹ El año 2010, se puso en vigencia, mediante la ley 29571, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que supera largamente a las disposiciones infraconstitucionales anteriores.

4. PROSPECTIVA SOBRE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

No pretendemos postular un ejercicio de futurología, pero nos aventuramos a formular hipótesis que podrán ser en el futuro contrastadas en la realidad y quizás demostradas como falsas o poco relevantes sobre la evolución próxima de la constitución económica. Nos arriesgamos a ello considerando que a lo largo del presente libro se advierten claves para el futuro, las que en nuestra opinión vislumbran tendencias en la evolución próxima de la constitución económica y en sus principales normas de desarrollo constitucional.

4.1. El Estado social en el siglo XXI y la interpretación innovativa del Tribunal Constitucional

La caída del muro de Berlín significó el inicio de la implosión del modelo totalitario soviético, pero no el fin del Estado social como ilusamente proclamaron los neoliberales que aún vaticinan que profundizaremos el camino de la privatización, la desregulación y la contracción de los derechos laborales que sacrificaremos en el altar de la competitividad. Se ignora que el rol del Estado fue históricamente decisivo en la formulación y aplicación de políticas económicas, desde la agricultura hasta la alta tecnología, desde la creación de la industria de telecomunicaciones hasta la Internet y también en las políticas de supervisión de mercados de valores y sistemas bancarios (Stiglitz, 2003). Como señala Stiglitz, «no fue Rockefeller quien promovió las leyes antimonopólicas a fines del siglo XIX y no ha sido Gates el que ha preconizado la aplicación efectiva de dichas leyes hoy en día» (2003, p. 38). En ese orden de ideas, Sachs (2006) afirma: «Von Hayek se equivocó. En democracias fuertes y vibrantes, un Estado generoso en bienestar social no es el camino a la esclavitud, sino a la justicia, la igualdad económica y la competitividad internacional».

En el Perú, la posibilidad de una reforma constitucional del régimen económico encuentra la férrea oposición de grupos de poder económico, de los tecnócratas neoliberales y de los grandes medios de comunicación que son sus voceros ideológicos. Así, pretenden petrificar el ordenamiento económico del fujimorismo bajo la concepción de un promocionado, pero a la vez inexistente modelo de Estado mínimo. Sin embargo, los casos de corrupción descubiertos vinculados a los últimos gobiernos han dado lugar a una crisis institucional que para algunos analistas abre el debate a la posibilidad de una reforma total de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente, pero hasta la fecha se trata de una posibilidad que no está acompañada de un apoyo popular masivo.

Mientras tanto, el rol del Tribunal Constitucional se potenció, así como el de su jurisprudencia. Si bien es cierto que en la Constitución peruana de 1993 se vació

al régimen económico de las declaraciones que explicitaban con más riqueza los valores jurídicos del Estado social de derecho, la jurisprudencia constitucional reciente viene desarrollando paulatinamente un proceso de mutación constitucional y busca recuperar dichos valores para superar el déficit social del neoliberalismo. Como señala Lucas Verdú, la dicotomía Constitución-realidad constitucional explica el fenómeno de la mutación constitucional, en cuanto imposición o modulación de la Constitución cuando el texto escrito fundamental no coincide o no se ajusta a la realidad constitucional y entonces muda, o cambia de alcance, sin alterarse literalmente y sin afectar su *telos* (1984, p. 74). Así, sostenemos que efectivamente se opera una mutación por la interpretación innovativa del Tribunal Constitucional de los preceptos constitucionales en materia socioeconómica (1984, p. 209). El régimen económico constitucional se ha reinterpretado a la luz de la cláusula del Estado social.

Así, el texto literal de la norma se mantiene, pero sus contenidos se transforman de acuerdo a las necesidades y aspiraciones de la persona humana. Se trata de postulados propios de cierto renacimiento de la concepción iusnaturalista de los derechos humanos y de la interpretación constitucional pluralista, siempre abierta a la dinámica e integración política de los diferentes intereses sociales (Landa, 2004, p. 28)³⁶⁰.

En ese contexto, es jurídicamente viable el rescate del concepto de la función social de la propiedad y de la empresa. Se avanzará a la supeditación del derecho de propiedad al cumplimiento de su función social y también ambiental (Pisarello & Tedeshi, 2011, p. 32). Asimismo, ya no cabe duda de la importancia en la afirmación de una sociedad democrática no solo de las políticas públicas, sino también de la responsabilidad social de la empresa para que esta contribuya a la inclusión de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad, entre ellos a las mujeres, por equidad de género³⁶¹, al derecho al trabajo decoroso, al desarrollo sostenible de los recursos

³⁶⁰ Borea conceptúa al iusnaturalismo como «la escuela que estima que la organización jurídica de una sociedad específica debe establecerse respetando un conjunto de principios generales objetivos que están inscritos en la naturaleza y que han sido descubiertos y son estimados como valores fundamentales por los seres humanos, los cuales siempre están vigentes, y que rechaza la calificación de jurídica de cualquier orden o sistema que contravenga estos principios fundamentales que tienen una jerarquía mayor y, por lo tanto, obligatoria frente a las órdenes emanadas por los órganos creadores del derecho positivo» (1994, II, p. 57).

³⁶¹ «Algunos breves datos: en el Perú del total de analfabetos que todavía existen, el 75% son mujeres; el 85 de los hogares encabezados por mujeres son pobres; el 87% de las víctimas de la violencia familiar son mujeres. Al respecto, el notable economista del desarrollo y la pobreza, Amartya Sen, premio Nobel de Economía del año 1998, ha acuñado un concepto muy duro de procesar, creo que no solo para las mujeres. Se trata del término 'mujeres desaparecidas' para indicar la *ratio sexual* prevista y la *ratio real*. Ello significa que, bajo condiciones de nutrición y cuidado de salud equivalentes, las mujeres viven en promedio algún tiempo más que los hombres. Deberíamos esperar una *ratio sexual* de 103 mujeres por cada 100 hombres. Pero en muchos países esta *ratio* es muy distinta, lo cual da pie a una profunda

naturales, a la tutela de los consumidores y usuarios, así como a la práctica constante de la negociación ardua para la solución de los conflictos sociales no solo de índole laboral, sino también los relacionados a los derechos de los pueblos originarios.

Quienes estamos interesados en la consolidación del Estado constitucional, debemos prestar más atención a los fundamentos económicos de la democracia. Los sondeos de opinión en América Latina evidencian que los pobres, por su situación de penuria económica, sienten una mayor distancia hacia las instituciones democráticas que otros sectores.

En esa dirección, el papel fundamental del Estado, del mercado y de la sociedad civil es contribuir al desarrollo económico dentro de un nuevo sistema jurídico de contrapesos, que la doctrina y la jurisprudencia constitucional deben desarrollar. Así, la afirmación del Estado social a través de estos es un elemento ineludible en la agenda para el desarrollo económico y social de los próximos años.

4.2. Reforma del Estado y las autoridades administrativas independientes

La principal característica de las autoridades administrativas independientes en Estados Unidos, Alemania, Francia y España, entre otros modelos, es el considerable grado de autonomía que la ley les atribuye, una autonomía cuantitativa y cualitativa muy superior a otras entidades denominadas autónomas dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, a tal punto que se encuentran, para unos, en el límite del derecho administrativo y, para otros, en un terreno de nadie entre el Poder Legislativo y el de Poder Ejecutivo (Martínez, 2002, p. 29)³⁶².

En una reforma integral del Poder Ejecutivo y de modernización de la gestión pública en el Perú, ciertas entidades administrativas relevantes en la relación Estado-mercado, como los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y la Superintendencia del Mercado de Valores, que regulan sectores de especial trascendencia económica y social para el buen funcionamiento del mercado y que en su estructura están integrados por tribunales administrativos u órganos colegiados especiales, en un futuro próximo deben estar

sospecha de discriminación contra mujeres y niñas en cuanto a nutrición, educación y cuidados básicos. El término 'mujeres desaparecidas' describe esta brecha relativa a las mujeres con que hubiésemos debido contar si todas recibiesen una nutrición y cuidado de la salud equivalentes. El mundo alberga alrededor de 100 millones de mujeres desaparecidas, entre ellas 36 millones en la India» (Patrón, 2007, p. 263).

³⁶² La necesidad de una reforma en ese sentido generó incluso la propuesta de una reforma constitucional para otorgar facultades jurisdiccionales a la Superintendencia del Mercado de Valores con la finalidad de que sus decisiones no sean revisadas en la actual sede jurisdiccional peruana, como sugiere Postigo (2003, p. 169).

dotadas de un marco institucional de autonomía potenciada bajo la forma jurídica de autoridades administrativas independientes, garantizado en la Norma Suprema³⁶³.

El modelo institucional de autoridades administrativas independientes está referido a organismos a los que se garantiza una autonomía potenciada (independencia) frente al gobierno nacional, en razón a que la función administrativa que desarrollan exige que sean organismos técnicamente neutrales. Se trata de evitar que la autoridad administrativa independiente sea juez y parte. A nuestro juicio, deben ser neutrales e imparciales frente a los intereses privados y políticos. Las transformaciones de la economía y del Estado requieren entes neutrales y objetivos respecto a las relaciones entre el Estado y el mercado; pero parciales frente al interés público, como la defensa de la competencia y la protección de los usuarios y consumidores.

En ese sentido, la participación del gobierno en el nombramiento y cese de los miembros de las autoridades administrativas independientes debe ser limitada y estas deben actuar libres de órdenes e instrucciones gubernamentales (Martínez, 2002, p. 254). Y no debería descartarse la creación de un Consejo de Estado como última instancia administrativa para que actúe como control de la legalidad; de esa manera, además, ya solo podrían llegar al Poder Judicial casos verdaderamente excepcionales.

4.3. El planeamiento estratégico

El país debe orientarse al logro del desarrollo sostenible en los ámbitos económico, social, ecológico y tecnológico. Para el logro de estos fines, no se utilizará la planificación tradicional, sino que se requerirá de un planeamiento estratégico diferente de la planificación practicada en el siglo XX. Villarán señala que debe tener como punto de partida el futuro y no el pasado: la relevancia del futuro significa convertir a la prospectiva en la actividad fundamental del planeamiento estratégico (2006, p. 35). Hay que recordar que tanto el planeamiento como el presupuesto constituyen sofisticadas técnicas de intervención pública en la economía, las que deben ser utilizadas con cautela, las prioridades económico-sociales claramente definidas. Para esa tarea, se deberá fortalecer al Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) con el objeto de que sus propuestas tengan una conexión dinámica y actualizada con las autoridades nacionales, regionales y locales, buscando el mejoramiento de la calidad

³⁶³ Como señala García de Enterría sobre el modelo estadounidense de las *independent agencies*: «Estas Comisiones o Agencias independientes aciertan a construir un sistema de independencia de los funcionarios respecto de los poderes de libre remoción o remoción del Presidente, tradicionalmente vinculados a la responsabilidad única del Presidente en el gobierno de la rama ejecutiva. Una sentencia de 1935, *Humphrey's Executor vs. U.S.* declaró la constitucionalidad de esa técnica objetiva e independiente de gobernar y su protección contra el sistema *spoils system* que mantienen a los funcionarios solo *during pleasure* del Presidente» (1996, pp. 176-177).

de vida de la población y el desarrollo sostenible. Es pertinente tener presente que son muchas las autoridades y líderes empresariales que constantemente reclaman planes y directivas para encauzar acciones e inversiones en actividades y rubros específicos que le den al país ventajas comparativas y generen empleo de calidad, pero ellos están ausentes o son muy limitados.

4.4. El cambio climático y el desarrollo ambiental sostenible

En el ámbito ambiental, el desarrollo sostenible procura la preservación de nuestros recursos naturales, la descontaminación y la sustentabilidad en el largo plazo para la protección de los derechos de las generaciones futuras. En el contexto del cambio climático, será ineludible para los Estados reforzar las políticas públicas para la protección del ecosistema y de los recursos naturales. En el Perú, es vital para su viabilidad futura la protección y desarrollo de los recursos hídricos. Nuestra rica biodiversidad constituye un patrimonio de la humanidad y un invaluable recurso estratégico en el siglo XXI. La explotación de la gran minería, a la que no podemos renunciar, obliga a la defensa del ambiente con la inclusión de la sociedad civil, lo que va más allá de las tendencias autoritarias de algunos empresarios y políticos que actúan como sus operadores, quienes temen a la participación ciudadana y consideran, en general, a las organizaciones no gubernamentales como enemigos del desarrollo económico. Se ignora que la globalización tiene como uno de sus ejes la creciente expansión de las ONG. El Estado constitucional se construye con la participación ciudadana de la sociedad civil que debe constituirse en un factor de estabilización social para el desarrollo económico.

El Ministerio del Ambiente deberá constituirse en una autoridad nacional con órganos resolutivos con independencia funcional y legitimación tecnocrática para dirimir los conflictos ambientales, así como en un foro con participación ciudadana para la formulación de las políticas públicas y las normas jurídicas de alcance nacional que sean necesarias para el desarrollo sostenible³⁶⁴.

4.5. La descentralización económica

En una prospectiva de un nuevo modelo de Estado, la descentralización económica requerirá de una reforma constitucional en materia del régimen de los recursos naturales no renovables. En un estadio avanzado del proceso de descentralización, cuando se constituyan regiones por fusión de las circunscripciones departamentales

³⁶⁴ «La tendencia mundial está orientada a promover autoridades independientes más allá de la coordinación intersectorial, haciendo a los países más atractivos para la inversión al ser más eficientes y reducir los costos de transacción de las operaciones que pueden derivarse de los conflictos» (Alza Barco & Ipenza Peralta, 2007, p. 81).

actuales, se pasaría del patrimonio originario de la Nación a reconocer el patrimonio originario de las regiones sobre los recursos naturales no renovables ubicados en su territorio. Como consecuencia de ello, el proceso de descentralización incluiría, dentro de las competencias de las regiones, la gestión sostenible de los recursos no renovables ubicados en el territorio de sus respectivas circunscripciones, la que deberá ser compartida y coordinada con el gobierno nacional, en armonía con las políticas de Estado, el principio de solidaridad y dentro de los límites de la ley de desarrollo constitucional en materia de descentralización. El uso moderado y regulado de la consulta previa a la población de las comunidades campesinas y nativas deberá estar presente en ese proceso.

4.6. La sociedad red

Manuel Castells define a la sociedad de la información como una extrapolación tecnológica de la sociedad industrial, identificada con la cultura occidental de modernización. En cambio, con relación a la sociedad red, la define como algo más que redes de telecomunicación. Así, sostiene que:

[...] debemos situar el centro en el centro del análisis la capacidad para organizarse en red, local y globalmente, de las instituciones, las organizaciones y los actores sociales. La conectividad y el acceso a las redes se convierten en esenciales. La combinación adecuada de tecnología de la información y la comunicación, desarrollo de la capacidad humana para aprovechar el potencial completo de estas tecnologías y reestructuración organizativa basada en las redes, se convierten en la clave para asegurar la productividad, la competitividad, la innovación, la creatividad y, finalmente, el poder y el reparto del poder (Castells, 2006, p. 73).

Himanen y Castells destacan dos modelos de sociedades red que se mantienen en la cima de las clasificaciones globales de avance tecnológico y de competitividad económica. Ambos son modelos de innovadores exitosos. Por un lado, el modelo estadounidense denominado «modelo Silicon Valley», que alude al principal complejo mundial de innovación tecnológica y empresarial de la revolución de la tecnología de la información ubicado en California, el cual se basa en un modelo de acumulación individual de riqueza generado en la iniciativa individual. De otro lado, el modelo de Finlandia, una Nación que afirma su identidad cultural en el mundo globalizado, cuya esencia radica en el Estado de bienestar y en la legitimación de la actuación del gobierno en representación de la Nación; los innovadores se estimulan con la promoción permanente del Estado mediante un sistema público educativo de alta calidad, con universidades dedicadas a la investigación en estrecha asociación con el sector privado (Castells & Himanen, 2006, pp. 79-119).

A nuestro juicio, entre ambos modelos opuestos, el más conveniente para el desarrollo sostenible con equidad y cohesión social es el finlandés, que nos obliga a una profunda revolución educativa que convierta a la educación pública en el principal instrumento de igualdad de oportunidades y de movilidad social en la futura sociedad red peruana.

4.7. La lucha contra la corrupción

Así como el sistema de derechos humanos se consolidó como supranacional, el sistema financiero está cada vez más globalizado y la lucha contra la corrupción se internacionaliza, como sostiene Gordillo, por la presión de los acreedores extranjeros, con la Convención Interamericana contra la Corrupción como una de sus primeras manifestaciones (Gordillo, 2003, p. IV-31). En la misma dirección, se ubica la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La corrupción sistémica alcanzó altísimos niveles en la historia republicana del Perú desde la consolidación de la deuda interna en el gobierno de Echenique en el siglo XIX hasta el régimen mafioso de Fujimori-Montesinos (1990-2000), en el que da un salto cualitativo a nivel mundial³⁶⁵. Durante el periodo subsiguiente (2001-2016), los gobiernos democráticos son capturados por la corrupción de la transnacional brasileña Odebrecht (Durand, 2018), otras empresas de ese país y con el apoyo del gobierno de Brasil, en un intento imperial de captura y sometimiento a los países vecinos.

Cuando los cristianos medievales condenaron el pecado de la simonía, afirmaban que la investidura eclesiástica excluía su venta y su compra. Análogamente, términos como «soborno» y «prostitución» denotan, tanto como la simonía, la venta y compra de servicios que no debían ser vendidos ni comprados en vista de cierta noción de su significado (Walzer, 1997, pp. 22-23). El discurso de los neoliberales en el Perú viene reclamando la privatización a ultranza del Estado, lo que alcanzó su máxima expresión con el gobierno de Fujimori y Montesinos, pues «privatizaron» el Estado para su beneficio, al extremo de comprar a jueces, a militares y a los tráfugas parlamentarios para consolidar su red de corrupción³⁶⁶. Como ya mencionamos líneas arriba, la corrupción sistémica y estructural continuó en el siglo XXI con los nuevos gobiernos de Toledo, García y Humala, en distintas proporciones y en diferentes rubros; pero ello dio lugar a una robusta y actualizada respuesta por parte de la sociedad

³⁶⁵ Ver, por todos, el magnífico estudio de Quiroz, 2013.

³⁶⁶ En otros países de América Latina, destaca el caso de Menem, quien impulsó un radical programa neoliberal de privatización y desregulación que estuvo asociado a graves escándalos de corrupción y a las causas del colapso de la economía argentina en el año 2001.

en su conjunto y de un pequeño grupo de líderes políticos comprometidos con los destinos del país³⁶⁷.

Así como la defensa de los derechos humanos se globaliza con la jurisdicción supranacional y el caso del exdictador chileno Augusto Pinochet, la extradición de Fujimori concedida al Perú por la Corte Suprema de Chile en el año 2007 nos demuestra que no solo la defensa de los derechos humanos se internacionaliza, sino también el combate a la corrupción. A la fecha, se encuentran en trámite investigaciones y procesos penales vinculados a los antes citados presidentes y algunos altos funcionarios públicos.

En ese nuevo contexto, consideramos viable la creación de mecanismos alternativos de lucha contra la corrupción con participación de personalidades de gran prestigio de la sociedad civil. Asimismo, deberá reformarse y modernizarse la Contraloría General de la República, organismo burocrático que está aún muy lejos de cumplir su misión institucional y que en muchos casos se constituye en un obstáculo para una eficiente gestión pública; además, el fortalecimiento institucional del Ministerio Público para el combate al crimen organizado, el que tendrá un rol protagónico en la lucha contra la corrupción y la defensa del patrimonio del Estado.

4.8. A modo de conclusión

El funcionamiento de una economía social de mercado exigirá más estado de derecho que procure el respeto del imperio de la ley, integrar al sector informal en la legalidad y combatir a la economía delictiva del narcotráfico, para de esta manera poder superar las nuevas fracturas de la sociedad peruana.

En el marco institucional, la doctrina y jurisprudencia innovativa del Tribunal Constitucional deberá reafirmar el rol del Estado social en el ámbito de los servicios públicos esenciales y en la tutela de los derechos sociales y económicos fundamentales, dentro de un régimen económico constitucional basado en el equilibrio entre el Estado, el mercado y la sociedad civil.

Se debe promover la conectividad y el acceso universal a Internet como nuevos derechos económicos fundamentales en la sociedad red. Serán exigencias del día a día la responsabilidad social de la empresa, la tutela del interés de los consumidores y usuarios, así como la conservación de la biodiversidad como recurso estratégico para el desarrollo sostenible. La reforma de la gestión pública fortalecerá institucionalmente

³⁶⁷ Un primer intento de estudio sobre el fenómeno de la corrupción fue la creación de la Iniciativa Nacional Anticorrupción en el año 2001 bajo el gobierno del Dr. Valentín Paniagua, la que publicó el informe «Un Perú sin corrupción. Condiciones, lineamientos y recomendaciones para la lucha contra la corrupción» (Ministerio de Justicia, Lima, 2001).

a la agencia de defensa de la competencia y a los organismos reguladores de los servicios públicos, a la Contraloría General de la República. Se deberá consolidar el planeamiento estratégico como instrumento para el desarrollo sostenible. Asimismo, deberá potenciarse la acción del Estado ante el cambio climático para la protección de los derechos de las futuras generaciones, así como profundizar la lucha contra la corrupción con participación activa de la sociedad civil.

No está de más añadir que todo ello deberá acompañarse de una reforma política que tiene un amplio respaldo de los estudiosos y que deberá vincularse a la reorganización territorial del proceso descentralizador, además de desconcentrar actividades administrativas, la reforma profunda del sistema electoral para mejorar la representación política y la necesidad de volver a implantar una doble cámara legislativa (un senado). La administración de justicia, la reforma hospitalaria y asistencial, así como la prevención y el uso inteligente del agua en las ciudades y en las labores productivas son también retos que deberán acompañar a las reformas económicas a los que nos hemos referido más arriba.

CAPÍTULO 27

ÉTICA PARA EL DESARROLLO

El fin (*telos*) de la ética no es el conocimiento (*gnosis*), sino la acción (*praxis*).

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*

Los hados guían a quienes los aceptan, y a los que no los aceptan los arrastra.

Máxima estoica

Por más egoísta que se pueda suponer al hombre, existen evidentemente en su naturaleza algunos principios que le hacen interesarse por la suerte de otros, y hacen que la felicidad de estos le resulte necesaria, aunque no derive de ella nada más que el placer de contemplarla. De esta naturaleza es la lástima o compasión, emoción que experimentamos ante la miseria ajena, ya sea cuando la vemos o cuando se nos obliga a imaginarla de modo particularmente vivido [...] Como no tenemos la experiencia inmediata de lo que otros hombres sienten, solamente no es posible hacernos cargo del modo en que están afectados, concibiendo lo que nosotros sentiríamos en una situación semejante [...] Por medio de la imaginación nos ponemos en la situación del otro, concebimos estar en su cuerpo, y, en cierta medida, nos convertimos en una misma persona, de allí nos formamos una idea de sus sensaciones, aun sentimos algo que, si bien, en menor grado, no es del todo desemejante a ellas.

Adam Smith, *La teoría de los sentimientos morales*, parte I, sección I

El estudio de la ética no forma parte del derecho, pero no cabe duda de que entre ambas áreas existe una relación estrecha y a veces intensa. Muchos podrán cuestionar que el tema de la ética —y específicamente el tema de la ética para el desarrollo— se trate en un libro de derecho constitucional económico. Para nosotros, sin embargo,

este tratamiento es natural y necesario. Como se podrá apreciar, el libro se inicia con un capítulo destinado a la dignidad humana y los derechos humanos. Y el respeto a la persona humana y a su dignidad, que constituye el cimiento sobre el que se edifica todo el derecho constitucional y el orden jurídico de la República, es tanto un tema jurídico como ético. En nuestros días, ese respeto se manifiesta básicamente a través de lo que se denomina los «derechos humanos», que son en buena proporción un listado de máximas morales de aceptación universal que no tienen necesariamente expresión en un ordenamiento jurídico concreto, pero que constituyen una guía para las conductas individuales y empresariales, así como también sirven de inspiración a numerosas normas jurídicas.

El fenómeno de la globalización y la comprobación de las inmensas diferencias en condiciones de vida entre personas de distintos países ha puesto en evidencia la necesidad de compartir universalmente unos mínimos morales que hagan posible un desarrollo económico que respete el medio ambiente. Por tanto, un área como el derecho constitucional económico, cuyo objeto es señalar los límites de la actuación e intervención del Estado en la economía, así como de los derechos y obligaciones que tienen los individuos entre ellos y con el Estado en el mismo ámbito, se relaciona algo más que indirectamente con las medidas conducentes a lograr un desarrollo humano aceptable para todos. Si a ello se suma la circunstancia de que el Perú es un país en vías de desarrollo y con grandes diferencias educativas y económicas en su población, entonces las normas de su Constitución, que tienen relación con el aspecto económico, se encuentran íntimamente ligadas a las reflexiones provenientes de una ética para el desarrollo. Esta es la razón de la existencia del presente capítulo.

1. GENERALIDADES

No hay ética sin libertad. La ética es posible cuando hay alternativas y posibilidades abiertas, cuando se puede valorar, optar y decidir; porque la realidad ética es obra del esfuerzo, el empeño y la acción constantes y voluntariamente asumidos (Gonzales, 1997, p. 9).

En nuestros días, predomina la inercia, la inmovilidad y los escepticismos; se produce también un debilitamiento de la condición personal del ser humano, de su individualidad, y queda absorbida dentro de grandes determinaciones de la vida colectiva, de los sistemas y estructuras de lo social. Se quebranta la confianza en la excelencia o virtud del hombre y se extiende la creencia de que todo vale igual y de que todo está permitido, y se disuelve así la diferencia entre lo bueno y lo malo.

¿Dónde empieza lo inaceptable? ¿Qué hará que nuestras existencias hayan valido la pena de ser vividas? ¿Hay que procurar que nuestras sociedades sean más justas o que sean más libres? ¿Cómo resolver los conflictos cotidianos entre nuestros placeres y nuestros deberes, entre nuestros múltiples compromisos, entre las expectativas legítimas de nuestros allegados y las necesidades vitales de los menos favorecidos? ¿Hay que respetar la ley aunque unos pocos la violen, aunque muchos la violen, aunque todos la violen? En sociedades cada vez más heterogéneas, cada vez más libres, cada vez más desorientadas, estas cuestiones son más esclarecedoras y urgentes que nunca.

Ética económica y social

Christian Arnsperger/Philippe Van Parijs

Es preciso recobrar entonces la dignidad humana; es decir, las capacidades afirmativas inherentes al ser del hombre, la fuerza de persistencia, de trascendencia y creatividad, de todo lo que configura la capacidad de afirmar el ser y engendrar el *ethos*, esta segunda naturaleza definitoria del hombre civilizado, todo lo cual implica reconocer la significación vital y creadora de la libertad misma. En este sentido, es necesario lograr una ética de la felicidad reconciliada con la vida, opuesta a las morales del sufrimiento, del deber por el deber mismo.

El hombre puede dar contenidos distintos a lo que considera bueno o malo, mejor o peor, valioso o no valioso; pero lo que no varía y es una nota permanente de la naturaleza humana es su necesidad de distinguir y valorar éticamente. La eticidad es lo universal y constitutivo de las diferentes morales, sean cuales sean: «La no indiferencia es la esencia de la eticidad» (Gonzales, 1997, p. 29).

A diferencia de saberes contemplativos, la ética es un tipo de saber que pretende orientar la acción humana para obrar racionalmente y ordenar las metas de nuestra vida. Dice Adela Cortina (2000b, p. 17 ss.), a quien seguimos en este apartado, que no se trata de un saber teórico preocupado por averiguar qué son las cosas, sino de un saber práctico dirigido a la acción. Y dentro del saber práctico, no uno que dirige la acción a obtener un objeto concreto, que es el caso de la técnica o el arte, sino a obrar bien; es decir, racionalmente, en el conjunto de nuestra vida entera.

Y obrar racionalmente significa deliberar bien antes de tomar una decisión con el objeto de realizar la elección más adecuada. La ética nos muestra, pues, cómo deliberar bien para hacer buenas elecciones a lo largo de nuestra vida, para lo que es necesario forjarse un buen carácter. Tener conciencia de los fines que se persiguen y habituarse a elegir y obrar en relación con ellos es la clave de una ética de las personas y de una ética de las empresas. Como las elecciones que realiza esta última tienen indudable impacto social, surge de ahí la responsabilidad social innegable que tienen las empresas.

Libertad y responsabilidad son pues elementos indispensables en el mundo ético, pero también lo es el futuro, ya que los proyectos éticos no son inmediatos, sino que necesitan contar con el futuro, con el tiempo y con sujetos que, al ser libres, puedan hacerse responsables de dichos proyectos.

2. GLOBALIZACIÓN Y TECNOLOGÍA

Todos coincidimos en que vivimos un cambio de época, cuya aceleración es cuantitativa y cualitativamente superior a cualquier otra vivida antes por la humanidad. Y uno de los aspectos esenciales para que ello sea así es la aplicación generalizada de la tecnología, en especial en el ámbito de las comunicaciones. La informatización y la tecnología son, sin duda alguna, factores determinantes de la vida social y tienen un gran impacto en muchas áreas del conocimiento y el comportamiento humano, lo que por cierto incluye a la ética.

La globalización es un fenómeno irreversible que puede entenderse como la interconexión eficaz entre las distintas sociedades, la cual produce una creciente interdependencia entre todos sus habitantes, en casi todos los niveles de la vida social, y es su columna vertebral la sociedad de la información. Globalización y tecnología son dos caras de la misma moneda.

El hecho tecnológico globalmente considerado genera rechazo como necesidad. El hombre contemporáneo contempla con temor las posibilidades de transformación en el ámbito de su vida individual y en la colectiva por el uso de nuevas tecnologías; pero, de otro lado, no está dispuesto a dejar pasar la ocasión de un mayor bienestar que ellas conllevan. Lo que lleva a comprobar que no son las tecnologías la preocupación primera, sino cómo van a utilizarse.

Hasta hace unos decenios, se concebía a la tecnología como una «ciencia aplicada», lo cual es hoy insuficiente, pues ha adquirido autonomía propia frente a la ciencia. Ahora, la tecnología ha llegado en muchas ocasiones a ser la «condición de posibilidad» de la ciencia o una de sus condiciones principales. No es ya la racionalidad científica, sino la tecnología el paradigma de comprensión y valoración de la realidad, lo que no significa que no estén presentes los problemas que siempre acompañan al ser humano precisamente por su condición humana, sino que las respuestas vendrán condicionadas por la racionalidad tecnológica que será la que propondrá tanto las cuestiones teóricas como los criterios de actuación práctica, los problemas éticos. Por tanto, uno de los temas centrales «a encarar por el hombre contemporáneo lo constituirá la búsqueda de criterios éticos compartibles y razonables en una sociedad globalizada» (Queraltó, 2003, p. 15).

En un cambio de época como en el que vivimos, la pregunta entonces más acuciante para el hombre será «¿qué debo hacer?», tanto para enfrentar los antiguos problemas como para los nuevos que se plantean desde las nuevas circunstancias tecnológicas, aplicables por ejemplo a las posibilidades de acción sobre la especie humana derivadas de la biotecnología, como la clonación de seres humanos, o la promoción y defensa de los derechos humanos en una sociedad globalizada con culturas muy diversas, algunas de las cuales rechazan la igualdad de derechos del hombre y la mujer.

A este respecto, es importante reconocer que la globalización impone una «interdependencia radical» entre las distintas sociedades y entre los distintos grupos sociales, de modo que las acciones de unas no son indiferentes para otras. En este contexto, donde la circunstancia del hombre se convirtió en una «cosmo-circunstancia», la pregunta «¿qué se debe hacer?» adquiere un rango de importancia antes desconocido. Por otra parte, en una sociedad globalizada cuya racionalidad es tecnológica, el criterio de validez es la «eficacia operativa»; es decir, la necesidad de aplicación directa de sus resultados, propios de una sociedad volcada a la acción que, como decía Aristóteles, es el fin de la ética. Nos dirigimos así a una «filosofía de la praxis», tratando de llegar a una convergencia general que garantiza la estabilidad y el avance sociales, no a un imposible uniformismo ético-social, con el objeto de promover la felicidad y el cumplimiento de los derechos humanos. Por ello, creemos que es posible «una convergencia práctica en algo que se halla ya en las raíces profundas de la cultura contemporánea, por ejemplo, los derechos humanos. La práctica de los mismos, una vez convertida en referencia y hábito, hará mucho más fácil una convergencia teórica en la justificación de las actitudes y decisiones» (Queraltó, 2003, p. 19).

Debe tratarse de entender a la sociedad global de nuestros días como un mosaico social interactivo; es decir, grupos sociales distintos —nacionales, étnicos, políticos, etc.— interrelacionados, cuya estabilidad depende en buena cuenta de sus relaciones con los demás y con la totalidad. Se trata de una interacción activa y dinámica con capacidad de dar respuesta a los problemas que surgen, los que suelen ser más complejos que los de épocas precedentes.

Desde el punto de vista económico, las economías locales ceden parte de su importancia a las economías dirigidas por empresas multinacionales que se asientan en diversos países, según conveniencias financieras, fiscales y geográficas. Esas compañías son los verdaderos protagonistas económicos de la globalización, la cual puede entenderse entonces como una fase en la evolución del capitalismo (Queraltó, 2003, p. 64). Lo que hay que tener presente es que la racionalidad económica actual

es un ejemplo fidedigno de racionalidad tecnológica, lo que tiene gran importancia en los procesos de integración política.

Ahora bien, los hechos así descritos tienen importantes consecuencias en el plano ético tanto a nivel local como internacional, pues moldea la cultura y la mentalidad del hombre, lo que tiene gran importancia en su bienestar, más aún cuando se mantienen tan grandes diferencias entre grupos sociales y países. Las virtualidades de las tecnologías de la comunicación se hacen sentir en videoconferencias, teleenseñanza, operaciones quirúrgicas a distancia, etc., así como en el culto desmedido a la imagen. Ello da lugar a lo que podría llamarse un imperativo tecnológico: «[...] todo aquello que tecnológicamente se pueda hacer posee una tendencia irrenunciable a su realización» (Queraltó, 2003, p. 67).

El acceso cada vez más generalizado a la información, el abaratamiento de los costes sociales merced al desarrollo tecnológico, la creciente conciencia ecológica, la institucionalización progresiva del sentido de libertad política —que no hay que identificarlo con la democracia social de partidos, sino que es un sentimiento enraizado en el mundo actual en zonas mucho más profundas—, la influencia real de las asociaciones civiles en la vida sociopolítica, el desarrollo de los medios de comunicación social y la consiguiente *creación* de opinión pública, etc.; constituyen elementos nuevos de la situación actual, no en el sentido de que antes no existieran, sino en que su influjo es mucho más acusado y decisivo y adquiere un papel de coprotagonista en la acción social; y tales elementos conforman una sociedad mundial en la que los tradicionales centros de poder han de compartir el mismo necesariamente.

Ética, tecnología y valores en la sociedad global
Ramón Queraltó

Pero también la descentralización del poder, que es un signo distintivo de la sociedad tecnológica, hace posible un desarrollo democrático y formas de convivencia potencialmente más justas y deseables que las heredadas, lo que lleva a una necesaria integración con los demás con el objeto de proteger el bienestar alcanzado. Como decía José Ortega y Gasset, «yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella, no me salvo yo». Es también característica de esa sociedad la diversificación social que da lugar a nuevas profesiones, nuevas formas de producción, una movilidad social laboral acrecentada, a las exigencias de los países menos desarrollados, etc. Todo ello hace necesario una respuesta rápida y «global» a los problemas. Dice Ramón Queraltó que «una palabra puede simbolizar la respuesta a toda esta situación: eficacia, eficiencia social, necesidad de actuación adecuada y en el menor tiempo» (2003, p. 70).

3. ÉTICA CÍVICA (DE MÍNIMOS Y DE MÁXIMOS)

Es preciso aquí hacer referencia a lo que se denomina «ética cívica», la que nace de la experiencia que constata que es posible la convivencia entre ciudadanos que profesan distintas concepciones religiosas, ateas o agnósticas, siempre que compartan unos valores y unas normas mínimas. La ética cívica nace de la convicción de que los hombres somos ciudadanos, no súbditos, capaces de tomar decisiones de un modo moralmente autónomo. Ello significa que lo que comparten los ciudadanos no son determinados proyectos de felicidad, porque cada uno de ellos tiene su propio ideal de vida buena, que son éticas de máximos plurales, sino unos mínimos morales innegociables que son compartidos porque los distintos grupos sociales llegaron a la convicción de que son valores y normas a los que una sociedad no puede renunciar sin hacer dejación de su humanidad (Cortina, 2000b, p. 38)³⁶⁸.

Ha hecho fortuna esa útil distinción entre éticas de mínimos y éticas de máximos. Las éticas de justicia o éticas de mínimo se ocupan únicamente de la dimensión universalizable del fenómeno moral; es decir, de aquellos deberes de justicia que son exigibles a cualquier ser racional y que, en definitiva, solo componen unas exigencias mínimas. Las éticas de la felicidad, por el contrario, intentan ofrecer ideales de vida buena, en los que el conjunto de bienes de que los hombres podemos gozar se presentan jerarquizadamente como para producir la mayor felicidad posible. Son, por tanto, éticas de máximos, que aconsejan seguir su modelo, nos invitan a tomarlo como orientación de la conducta, pero no pueden exigir que se siga, porque la felicidad es cosa de consejo e invitación, no de exigencia (Cortina & Martínez Navarro, 2001, p. 117). La articulación de mínimos y máximos hace posible construir una ética democrática que consiste en los mínimos que los ciudadanos comparten, alimentados por los máximos que profesan. También aplicar esos mínimos a los distintos ámbitos de la vida social, como la medicina, la empresa o la ecología, lo que es tarea de la ética aplicada. Y, finalmente, construir una ética universal desde aquellas exigencias de justicia que son inapelables, entre las que se encuentra el deber

³⁶⁸ Cortina comenta que se afirma con frecuencia que en una sociedad pluralista conviven dos tipos de ética: una ética estatal, que legitima las instituciones democráticas y pugna por plasmarse en leyes, positivándose en ellas; y un conjunto de «morales privadas», no estatales, a las que se permite sobrevivir, pero no presentarse en público, porque lo público se identifica con lo estatal y lo político con el terreno de la coacción. «Las morales no sostenidas por el Estado como suyas —se dice entonces— deberían quedar relegadas a la vida privada». Ello —dice Cortina— es incorrecto, en primer lugar porque la ética cívica es pública y el Estado debe respetarla ya que es propia de los ciudadanos; pero ello no significa que sea una ética del Estado. Y en lo que respecta a las éticas de máximos, hay que decir que toda moral es pública, lo que no significa que tenga vocación de estatalidad. Lo que hay es una ética pública cívica común, de mínimos y éticas públicas de máximos, comprometidas ambas en la tarea de construir una sociedad mejor (2010, pp. 37-38).

de respetar los modelos de felicidad de los distintos grupos y culturas (Cortina & Martínez Navarro, 2001, p. 118).

No es posible una ética empresarial sin una ética cívica. Los valores concretados en los derechos humanos —como la libertad, la igualdad y la solidaridad—, así como el valor de la tolerancia activa, la imposibilidad de proponer a otros el propio ideal de vida o ética de máximos, componen el caudal de la ética cívica en las sociedades con democracia liberal. No significa ello que todos los individuos o las empresas estén de acuerdo con esos valores y derechos, pero las instituciones de esas sociedades cobran su sentido al protegerlos y defenderlos. Por ello han de impregnarse de esos valores y respetar y promocionar los derechos morales incorporados en su cotidiano quehacer. Justamente por eso es posible una ética de la empresa, atendiendo a la especificidad de su actividad, la que deberá contar no solo con los mínimos comunes, sino también con los valores que resulten de los mínimos de las distintas actividades (Cortina, 2000b, pp. 42-43).

[...] la recién nacida ética de la empresa tiene por valores irrenunciables la calidad en los productos y en la gestión, la honradez en el servicio, el mutuo respeto en las relaciones internas y externas a la empresa, la cooperación por la que conjuntamente aspiramos a la calidad, la solidaridad al alza, que consiste en explotar al máximo las propias capacidades de modo que el conjunto de personas pueda beneficiarse de ellas, la creatividad, la iniciativa, el espíritu de riesgo.

Ética de la empresa
Adela Cortina

Si la economía en general no debe desligarse de los valores básicos de una ética cívica, tampoco lo podrán hacer las empresas que constituyen el pilar fundamental de la actividad económica moderna. El desarrollo y preocupación durante los últimos años, en especial en los países desarrollados, sobre una ética aplicada a los negocios y a la empresa intenta restaurar el valor de la confianza, fundamentalmente en el largo plazo, después de un periodo de escándalos y fraudes notables. Y se extiende la convicción que las empresas que mejor sobreviven en épocas de dura competencia como las actuales son aquellas que adoptan ciertos valores éticos. Estos son fundamentalmente dos: la creación de un sentido de pertenencia entre sus miembros y una confianza entre las personas que de un modo u otro se relacionan con la empresa (proveedores y consumidores) (Cortina & Martínez Navarro, 2001, p. 173).

La empresa necesita legitimar su existencia y sus comportamientos y solo puede obtenerla mediante la creación de confianza a la que nos hemos referido. Nace pues una cultura empresarial que no separa la ética del negocio, sino que más bien genera

una forma de vida cada vez más obligatoria para los que pretender sobrevivir en el mundo competitivo. Ese nuevo *ethos* empresarial se caracteriza por la responsabilidad por el futuro, el desarrollo de la capacidad comunicativa (crear un entorno afectivo), la identificación de los individuos del desarrollo del sentido de pertenencia, la una cultura en la cual la moral impulsa la creatividad y la confianza entre la empresa y el público (Cortina & Martínez Navarro, 2001, p. 174).

Ahora bien, ese modelo de ética empresarial supone aceptar un marco ético en el que cobra sentido la defensa y promoción de los derechos humanos y el reconocimiento de que toda persona es un interlocutor válido. Supone asumir que es posible conjugar las actitudes morales que hoy legitiman la actividad empresarial —como es, por ejemplo, la búsqueda de la calidad en el producto— con los valores básicos de una ética cívica —es decir, una ética de la responsabilidad—, lo que incluye el tratar de preservar un medio ambiente sano y la superación de la pobreza extrema en todo el mundo.

4. ÉTICA PARA EL DESARROLLO

Las normas éticas de la economía no son unas soluciones fijas e inamovibles. Sin duda, hay constantes éticas que surgieron en tiempos muy antiguos y se encuentran presentes en todas las culturas y sociedades, como el precepto que señala «no robarás, engañarás o explotarás». Pero también hay variables éticas a tomarse en cuenta, especialmente en el campo de la economía, que difieren en las naciones y grupos sociales y que pueden tener una variación importante. Así sucedió, por ejemplo, con los temas de los intereses o la usura y del «justo precio». En esta materia es pertinente no caer en extremos y no detenerse únicamente en motivos sentimentales y olvidar los resultados que brinda la vida cotidiana.

Como bien sabemos, la razón de ser y la meta que le da sentido a la actividad económica es garantizar las condiciones básicas de la vida humana (Küng, 1999, p. 249), el empoderamiento de las capacidades personales que permita una vida digna de valorar y la creación de una buena sociedad. El sujeto del desarrollo es la persona, individualmente considerada, así como la de los grupos sociales y sociedades en los que vive. Las personas tienen dignidad y, por tanto, deben ser tratadas como fines en sí mismas. Son seres autónomos capaces de regir su propio comportamiento y por tanto interlocutores válidos. Así, por ejemplo, la búsqueda de ganancia está ciertamente justificada desde el punto de vista ético, siempre que queden a salvo otros valores superiores; pero esto en modo alguno justifica la maximalización de las ganancias como principio de la política económica. Es entonces válida la pregunta que se hace Hans Küng: «¿Por qué exigir un máximo de ganancias (económicas),

cuando ello supone cargar con un máximo de costes (sociales o ecológicos)?» (1999, p. 249). En la era postmoderna, una actuación económica responsable consiste en establecer un estrecho vínculo entre las estrategias económicas y el juicio ético. Dice también Küng: «Este nuevo paradigma de ética económica se concretiza en que —admitida la legitimidad de la ganancia— somete la actuación económica a la prueba de si lesiona bienes o valores superiores, o si tiene suficientemente en cuenta la realidad social y medio ambiental y también el futuro» (1999, p. 249).

Como hemos tenido ocasión de ver, el contenido del derecho constitucional económico es, en síntesis, la determinación de cuál es el rol del Estado en la economía y cuáles son las relaciones del mismo con los ciudadanos y de estos entre ellos. Ahora bien, la forma en que puede llevarse adelante la libertad de empresa —es decir, sus límites y prerrogativas—, el uso que pueda darse a un derecho fundamental como el de la propiedad, la amplitud del contenido contractual, los pactos ilícitos en materia de competencia, la protección a los consumidores y usuarios y la prohibición de la publicidad engañosa, las obligaciones resultantes de los servicios públicos, la emisión monetaria, el equilibrio presupuestal, las regulaciones nacionales e internacionales del comercio, las vías para hacer efectivos los derechos y la protección del medio ambiente, son temas que, como muchos otros que sería aquí largo enunciar, están estrechamente vinculados a aspectos éticos, esencialmente de la ética aplicada a la economía, las organizaciones y la empresa en particular. En consecuencia, cuando se estudia y analiza las nociones y normas que surgen del derecho constitucional económico, no debe dejarse de lado, en la construcción de un Estado social y democrático de derecho, las reflexiones vinculadas a una ética para el desarrollo.

La ética para el desarrollo constituye uno de los ámbitos de la ética aplicada, el área donde se establecen los principios y se laboran orientaciones que ayudan a afrontar los problemas y desafíos propios del desarrollo de los pueblos, pero sin aludir necesariamente a la complejidad de las situaciones concretas. Se sitúa en la intersección de dos grandes ámbitos: las relaciones entre los pueblos y las tareas del desarrollo humano, y subraya la necesidad de un compromiso práctico indispensable en las relaciones internacionales, el que persigue la consecución de una paz justa y duradera. Esta actuación pone de relieve su conexión tanto con la ética como con la filosofía política y que complementan otras investigaciones como las que se dan en el ámbito de la ética de la empresa. Esa ética para el desarrollo, como otros campos de la ética, no trata tanto sobre lo que es, como acerca de lo que debe ser. Dice Martínez Navarro que la ética para el desarrollo es «una reflexión razonada en torno a los valores que dan sentido al proyecto de desarrollo humano de los pueblos. Más concretamente, se trata de una reflexión filosófica sobre la dignidad de las personas, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia como respeto mutuo, la paz como fruto de la justicia,

los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y del patrimonio cultural de la humanidad» (2000, p. 26). De otro lado, la ética para el desarrollo es laica y respetuosa de todas aquellas creencias que no promueven valores contrarios a los que hacen posible el desarrollo. Desde esta perspectiva, todas las grandes religiones tienen planteamientos comunes y de apoyo a las tareas del desarrollo de las personas y los pueblos, además, muchas de ellas comparten la idea de que las personas tienen un margen de libertad del que son responsables³⁶⁹.

Las *tareas* del desarrollo que llevan a cabo muchas personas e instituciones en todo el mundo para enfrentar los múltiples desafíos que se presentan cuentan con algunos elementos que deben ponerse de relieve. El primero es que toda actividad posee unos bienes internos que la convierten en valiosa, los que solo pueden ser obtenidos mediante la correcta realización de las actividades propias del ámbito de que se trate. En segundo término, valores, principios y actitudes que son necesarias de adoptar para promover esos bienes internos de la actividad en cuestión. El tercero, el respeto a los valores y principios derivados de la ética cívica, tales como libertad, igualdad, solidaridad, diálogo, etc. Luego, conocer los datos de la situación concreta, porque sin un buen conocimiento empírico nuestra buena voluntad puede fracasar.

³⁶⁹ Como resume Bordón: «La Doctrina Social Católica tiene tres principios fundamentales: el de la dignidad y prioridad de la persona humana, aún individualmente considerada, para la que debe haber siempre espacio en la organización de la empresa y de la sociedad; el de solidaridad con los más necesitados, que obliga a la sociedad nacional e internacional a buscarles un alivio radical, y el de la subsidiariedad, u obligación de los organismos de poder de respetar y ayudar a las organizaciones sociales comunitarias para ejecutar todo cuanto ellas pueda hacer, sin intentar sustituirlas. De todo lo cual se deriva también que, desde una ética humana, el mercado libre de ninguna manera puede ser el único criterio regulador de la vida social. En, síntesis: «No es el hombre para el mercado sino el mercado para el hombre» (2002, p. 777). Según el teólogo peruano Gustavo Gutiérrez: «Ante un orden económico presentado como un orden natural que se regula a sí mismo —movido por la famosa «mano invisible» para beneficio de todos, que hace del lucro y del consumo un motor incondicional de la actividad, que depreda la tierra y está en busca de lugares donde depositar la basura industrial, el aserto del destino universal de los bienes de este mundo debe ser trabajado y profundizado» (2005, p. 165). En la teología protestante, Altmann, al reflexionar sobre la distribución equitativa de los bienes, cita a Lutero: «En una de las peticiones de la oración más profundas de la fe cristiana, aquella que Jesucristo mismo enseñó, se expresa delante de Dios esta solicitud: “El pan nuestro de cada día danoslo hoy”. En la magistral interpretación de Martín Lutero se expresa que el “pan nuestro de cada día” significa “todo lo que pertenece al sostenimiento y a las necesidades de la vida, como comida, bebida, vestimenta, calzado, hogar [...], buen gobierno, buen tiempo, paz, salud, disciplina, honra, amigos leales, vecinos fieles y cosas semejantes”». Altmann concluye su ensayo citando al poeta peruano César Vallejo: «Estoy triste hasta la cabeza y más triste hasta el tobillo, de ver el pan crucificado». Desde el judaísmo, Kliksberg dice: «En el siglo I, vivió en el exilio de Babilonia un sabio muy respetado y querido llamado Hillel. Escribió tratando de resumir un camino de vida. “¿si no yo por mí, quién?”. Es decir, todo ser humano tiene la obligación de velar por su salud, su vida, su familia, los roles en que es irremplazable. Agregó “pero si yo solo por mí, para qué?”. La vida sin preocupación por los otros sin trascendencia, sin amor al prójimo, es vacía, pierde sus sentidos principales. Y finalmente agregó: “¿Y si no ahora cuándo?”. No es posible esperar. Necesitamos frente a la exclusión ese compromiso activo con los otros, y esa urgencia ética apremiante» (2002, p. 208).

Como sabemos, la noción de desarrollo es un fenómeno más amplio y complejo que el mero crecimiento económico e implica avances en alimentación, salubridad, seguridad, educación y en general una mayor calidad de vida para toda la población. Para lograrlo, se produce una polémica filosófica y metodológica entre los neoliberales partidarios de reducir al máximo la intervención del Estado en el mercado y los social-demócratas que, bajo el concepto de economía social de mercado, consideran que debe intervenir en la vida económica no para gerenciar la producción, sino para superar las carencias económicas, educativas y culturales que lo impiden; es decir, para lograr el despliegue de las capacidades humanas de toda la población, superar la inequitativa distribución de la riqueza y el respeto al equilibrio ecológico. Por cierto, ambas posiciones coinciden en que el desarrollo debe trabajarse simultáneamente a nivel local, nacional y mundial, poniendo énfasis en las interrelaciones que se producen entre los tres niveles.

El Premio Nobel de economía, Amartya Sen, ratificó recientemente lo que otros señalaron con anterioridad: que son muchos los factores que determinan el desarrollo económico, tales como la tecnología, la iniciativa privada, las habilidades, las políticas comerciales, la eficiencia de los sistemas fiscales y otras políticas públicas; pero señaló que, junto a ellos, una buena ética empresarial juega también un papel sustancial en el éxito económico. Para Sen, el desarrollo económico no es el crecimiento del PBI o el aumento de algún indicador de la renta nacional, sino primariamente «un fomento de la libertad humana, y en particular de la libertad de disfrutar una buena calidad de vida» (2003, p. 39). Desde esta perspectiva, dice Sen, es preciso eliminar las principales fuentes de falta de libertad, como son la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, el abandono de servicios públicos, la intolerancia, etc. No le quita valor al crecimiento del PBI o al desarrollo tecnológico, por ejemplo, pero las libertades que disfrutaban los individuos dependen de otros factores, como los servicios de educación y atención médica o la posibilidad de disfrutar de derechos políticos y civiles. Así, para concebir el desarrollo como un proceso de expansión de las libertades fundamentales, la atención debe dirigirse a los fines más que a algunos de los medios para lograrlo. En este orden de ideas, el desarrollo es en sí una tarea tanto ética como económica. El desarrollo, visto como libertad, supone responsabilidades morales que surgen del orden económico (Lo Biondo, 2002, p. 408).

La ética del desarrollo establece que, aunque los seres humanos deben tener suficientes bienes para llevar una vida decente, esta no consiste en abundancia de ellos; sino que es, además, necesaria la solidaridad global, pues el desarrollo es el ascenso integral de los hombres y mujeres en todas las sociedades. En consecuencia, tener «lo suficiente» significa que las necesidades básicas de las personas son atendidas en forma tal que esta pueda dedicar parte de sus energías a otros asuntos que no sean la

misma subsistencia, aunque es cierto que en la actualidad a un número importante de seres humanos les falta «lo suficiente».

Es importante tener presente que en la tradición occidental se enseñó que la riqueza «superflua» es aceptable moralmente cuando su dueño le da un empleo noble o la disfruta con espíritu noble. Sin embargo, la posesión de grandes riquezas conduce a la insensibilidad ante las necesidades de los demás, más aún cuando grandes masas carecen de «lo suficiente». El camino para enfrentar esta disyuntiva es el de la ética cívica, dándole más importancia a la responsabilidad que a la culpa, pues la primera mira al presente y al futuro, que presupone libertad, mientras que en la segunda, el peso se encuentra en las faltas o injusticias pasadas (Goulet, 2000, p. 72).

Lo que puede afirmarse con énfasis es que hoy día es imposible el aislamiento de un país o de una sociedad y que el tratar de levantar una muralla destruiría los actuales fundamentos internacionales de la tecnología, cuyo impacto unificador es incuestionable, lo que a su vez da lugar a una mayor homogeneización del comportamiento humano. Así, son logros contemporáneos y valores ampliamente aceptados la confianza en la capacidad humana para dominar la naturaleza, el sentido de la vida terrestre y el que toda persona deba ser juzgada por sus propios méritos. Pero más allá de ese efecto unificador yacen las bases de la solidaridad humana.

Existe una humanidad común que es la base ontológica de la solidaridad entre los seres humanos, los que ocupan un único planeta, gobernado por leyes físicas idénticas y sometidas a los mismos determinismos en cuanto a clima, relieve y geografía. Las exigencias de la supervivencia humana, no menos que la de la justicia, hacen necesaria la solidaridad, la que es incompatible con la lucha entre competidores ampliamente desiguales. Solidaridad supone superar las divisiones entre los grupos de intereses. Así, cuando los actores del desarrollo toman decisiones conforme al valor ético de la solidaridad, trascienden los límites de sus propios intereses y buscan entender el bien que los demás buscan. Solidaridad en acción es colaboración (Lo Biondo, 2002, p. 414).

La realidad, sin embargo, es que la solidaridad se ejerce solo excepcionalmente, pues algunas clases de hombres y algunas naciones tratan de dominar a otras, aunque invoquen para ello «el bien común de la humanidad». El bien preciado de la paz, por ejemplo, no puede prevalecer cuando se enseñorea el hambre o las estructuras de dominación. Y no es realista esperar que los problemas se resuelvan solos o mediante una mano oculta que arbitra los intereses encontrados. Por ello, «la auténtica solidaridad solo se puede conquistar después de muchos conflictos, porque la comunidad mundial solo puede establecerse si se revisan totalmente las reglas que gobiernan en la actualidad los intercambios y el acceso al poder» (Goulet, 2000, p. 76).

Especialmente conectada con esa realidad, se encuentra un problema de gran actualidad que es el referente a la ecología y a las amenazas para la naturaleza que provienen especialmente de los llamados países desarrollados. La vía para salir del subdesarrollo debe pasar necesariamente por un «desarrollo sostenible» que incorpore la sabiduría medioambiental, lo cual es imposible sin un desarrollo ético y sin una vida sencilla que limite las actuales manifestaciones y características del consumo incontrolado. En otras palabras, la tarea esencial de la ética del desarrollo es humanizar las acciones y decisiones para lograrlo.

5. BIENESTAR, EXIGENCIAS DE JUSTICIA Y SATISFACCIÓN DE NECESIDADES

Sin perjuicio de lo ya señalado sobre el derecho al bienestar, es preciso recordar que el término «bienestar» es ambiguo y poco adecuado para expresar los bienes internos del desarrollo. Se le confunde, por ejemplo, con felicidad y sugiere también no solo la satisfacción de necesidades y derechos básicos, sino que tiene connotaciones de vida confortable, pequeños lujos y caprichos superfluos. Es cierto que es una condición necesaria, pero no suficiente para ser feliz y que un cierto nivel de bienestar material y de aceptación social es imprescindible para estar en condiciones y aspirar a la felicidad, aunque no se identifica con ella. Desde esta perspectiva:

Un mínimo de bienestar, entendido como disfrute efectivo de un conjunto de bienes básicos que satisfacen las necesidades más elementales de las personas, es sin duda una de las metas del desarrollo, o al menos una condición indispensable para que las personas puedan desarrollarse plenamente. Sin embargo, dado el desgaste y la equívocidad que aqueja al término, sería preferible sustituirlo por algún otro más adecuado al significado que acabamos de mencionar: satisfacción de las necesidades básicas, bienes primarios, disfrute de los derechos socio-económicos básicos, bienes que conforman un «mínimo decente» o cualquier otra expresión equivalente que exprese la cobertura de aquellas necesidades cuya satisfacción hasta un mínimo socioculturalmente requerido es condición de posibilidad para llevar una vida digna de ser vivida (Martínez Navarro, 2000, p. 69).

Ahora bien, resulta preciso distinguir entre las exigencias de justicia y las exigencias de bienestar, «puesto que las primeras expresan ese “mínimo decente” que cualquier Estado que se pretenda legítimo en nuestros días no puede por menos que reconocer, garantizando el disfrute de los derechos sociales básicos a toda la población, mientras que las exigencias de bienestar pueden ser inabarcables en la práctica para cualquier Estado, puesto que no se basan en las necesidades básicas de las personas, sino en los deseos psicológicos infinitos de los individuos» (Martínez Navarro, 2000, p. 71).

La libertad implica posibilidades de participación de los ciudadanos en la cosa pública (libertad positiva, libertad de los antiguos), pero también implica la posibilidad de elegir por propia cuenta el modelo de felicidad personal, sin imposiciones paternalistas (libertad negativa, libertad de los modernos). Así, mientras un Estado que se pretenda legítimo debería poner las bases para una participación efectiva de los ciudadanos en el poder político, garantizando los derechos básicos que sustentan la libertad positiva, no ocurre lo mismo con los elementos de bienestar que pueden configurar el modelo de felicidad de cada cual; en ese terreno el Estado debería abstenerse de todo paternalismo y de toda concesión electoralista para dejar que cada cual asuma el coste de sus propias concepciones del bienestar, puesto que el Estado debe respetar la libertad negativa del modo que su propio nombre sugiere: negándose a inmiscuirse en la búsqueda de la felicidad, que es un asunto que permite múltiples interpretaciones y compete a cada cual decidir con cuál de ellas prefiere quedarse.

Asegurar la libertad positiva compromete al Estado a proporcionar a todos los ciudadanos y ciudadanas unos mínimos de justicia que incluyen la educación, la asistencia sanitaria y unos ingresos mínimos de inserción social, mientras que asegurar la libertad negativa le compromete únicamente a garantizar las libertades para que cada cual pueda promover su modelo de vida buena. Pretender que el Estado tenga que garantizar también la consecución de todos los modelos de vida buena que tengan los ciudadanos sería pedir un imposible que se basa en la confusión de las necesidades con los deseos.

Ética para el desarrollo de los pueblos
Emilio Martínez Navarro

Para que una propuesta de desarrollo sea éticamente válida y viable, es preciso insistir en la distinción entre necesidades y deseos, porque una propuesta basada en el ambiguo concepto de bienestar y en su correlato de deseos ilimitados es injusta e inviable y puede servir como coartada para mantener el *statu quo* actual, desequilibrado e injusto a favor del privilegiado norte rico. En cambio, una propuesta basada en la justicia como atención equitativa a las necesidades supone una respuesta éticamente válida a los desequilibrios actuales. Ello nos lleva a la difícil cuestión de realizar un listado de necesidades básicas, que se enfrentan a la dificultad que muchas de ellas se satisfacen a través de mediaciones culturalmente establecidas, siguiendo pautas condicionadas por el clima, las tradiciones, las creencias y las manifestaciones ideológicas, encaminadas a perpetuar la dominación de ciertos grupos sociales (Martínez Navarro, 2000, p. 73).

Hay que tener presente que gran parte de la insistencia en la producción y consumo de bienes considerados como esenciales para satisfacer las necesidades básicas es el resultado de un complejo proceso de construcción cultural en el que actúan como patrones la acumulación de bienes como requisito para la integración social,

la ostentación de riqueza como parte del estatus social y el estímulo al consumo en la realización personal. No cabe duda que en muchas de las sociedades modernas se establece el tener como objetivo principal y casi único de la vida humana, frente al desarrollo del propio ser y al despliegue de las relaciones humanas. Por ello es que el desarrollo sostenible para todos hace fundamental un cambio de la mentalidad que identifica las necesidades básicas con «poseer y consumir», sustituyéndola por otra que signifique sobre todo «relacionarse y compartir» (Martínez Navarro, 2000, p. 74).

Capacidades funcionales humanas básicas:

1. Poder vivir hasta el final una vida humana completa, tanto como sea posible; sin morir prematuramente, o antes de que la vida de uno haya quedado tan reducida que no merezca la pena ser vivida.
2. Poder tener buena salud; estar suficientemente alimentado; tener alojamiento suficiente; tener oportunidades de satisfacción sexual; poder desplazarse de un lugar a otro.
3. Poder evitar el dolor innecesario y perjudicial, así como tener experiencias placenteras.
4. Poder usar los cinco sentidos, imaginar, pensar y razonar.
5. Poder vincularse a personas y cosas fuera de nosotros mismos; amar a quienes nos aman y se preocupan de nosotros, sentir pena por su ausencia; en general, amar, padecer, sentir anhelos y gratitud.
6. Poder formarse una concepción del bien y comprometerse en una reflexión crítica acerca de la planificación de la propia vida.
7. Poder vivir con y para otros, reconocer y mostrar preocupaciones por otros seres humanos, comprometerse en varias formas de interacción familiar y social.
8. Poder vivir preocupado por animales, plantas y el mundo de la naturaleza, y en relación con ellos.
9. Poder reír, jugar, disfrutar de actividades recreativas.
10. Poder vivir la propia vida y la de nadie más; poder vivir la propia vida en el propio entorno y contexto.

Capacidades humanas y justicia social
Martha Nussbaum

Para poder satisfacer las necesidades básicas, es preciso una «revolución cultural», cuya ocurrencia no puede en absoluto asegurarse, la que debería saber distinguir las necesidades de los deseos, pues estos últimos solo podrían ser perseguidos en la medida en que no impidan la satisfacción de las necesidades de otros seres humanos, que siempre tienen prioridad. Y es evidente que uno de los principales obstáculos para llevar adelante esa revolución cultural son las características del capitalismo contemporáneo y sus redes de propaganda comercial, cuya maquinaria emite ininterrumpidamente

un mensaje único: «la felicidad consiste en comprar mercancías». Dice, con razón, Martínez Navarro:

La producción para el deseo es la producción característica y dominante en el capitalismo avanzado, esto es, una producción derivada de la creación de aspiraciones «individualizadas» por un aparato cultura (y comercial) [...] La dinámica actual del mercado capitalista se encuentra más orientada por un proceso de estimulación de la demanda sustentado en un sistema de valores simbólicos sobreañadidos, distorsionantes, muchas veces hasta el infinito, del valor de uso de la mercancía, que por el propio valor de uso. Por el contrario, la felicidad como fenómeno social no tiene validez económica si no presenta la forma de un deseo solvente individual monetarizable (Martínez Navarro, 2000, p. 78).

Según Martínez Navarro (2000, p. 79), ese tipo de sociedad engendra más necesidades insatisfechas de las que colma y ello es una condición para mantener una demanda efectiva que pueda sostener el crecimiento que se deriva de la reproducción ampliada del capital, además, ese grado de frustración en el consumo tiene que ir por delante incluso del grado de crecimiento en la producción, para evitar que aparezcan tendencias a la sobreacumulación. Así, muchos productos no se actualizan y difunden para satisfacer necesidades mayoritarias que se generan en los grupos menos favorecidos, sino para convertirse en bienes superfluos de las clases más acomodadas, que son las únicas que podrán adquirirlos y ver así colmadas sus aspiraciones de ostentación. Es característica de ese tipo de sociedad la confusión entre fines y medios, lo que lleva a considerar necesidades a las que no son tales. Pero lo que no hay que olvidar es que, a lo largo del espacio y del tiempo, son los satisfactores, no las necesidades humanas, lo que ha variado.

En el mundo moderno, el término «bienestar» se identifica con felicidad, que es un término más modesto y manejable. Consistirá en disfrutar de una vida placentera, lo que no da mucha cabida a la justicia. Así, en la vida diaria, es común entender «bienestar» al usarlo para las posibilidades de consumo, de consumir mercancías. De esta forma, la felicidad se reduciría al bienestar y ese estar bien se identificaría con las posibilidades de consumo. Pero la felicidad no consiste en consumir indefinidamente, como sabemos, sino más bien desentrañar los motivos por los cuales se consume y los mecanismos que inducen a consumir. La lucidez permite tomar conciencia de la artificialidad del consumo y, la prudencia, discernir entre el exceso y el defecto. Dice Cortina —a quien venimos siguiendo— que «la vida en plenitud no se alcanza compitiendo por el máximo, sino buscando los bienes materiales suficientes para poder llevar a cabo actividades que valen por sí mismas. La prudencia muestra que el proyecto de una vida de calidad deberá prevalecer sobre el proyecto de acumular una gran cantidad de bienes. Y muestra también que una vida de calidad

es la que puede mantenerse con un bienestar razonable; una vida inteligente, dispuesta a valorar los bienes que no pertenecen al ámbito del consumo indefinido, sino al ámbito del disfrute sereno» (2014a, p. 174), tales como el disfrute de las relaciones humanas, el ejercicio físico, el contacto con la naturaleza y los bienes culturales.

6. VINCULACIÓN ENTRE ÉTICA Y DERECHO

Las normas morales y las normas jurídicas tienen algunas semejanzas y diferencias que es conveniente recordar (Cortina & Martínez Navarro, 2001, p. 41-42). Las semejanzas se encuentran en que ambas tienen enunciados que indican que hay ciertos actos obligatorios para las personas, actos voluntarios que implican responsabilidad y que en ciertos casos coinciden, como en «la prohibición de matar». Pero también hay importantes diferencias, pues las normas morales connotan un tipo de autoobligación que uno reconoce en conciencia; es decir, con independencia de cuál es el origen fáctico de la norma. Las normas jurídicas solo pueden imponer un tipo de obligación externa y no precisan que las acepte de buen grado el sujeto para que su cumplimiento sea exigible, pues obliga a todo miembro de la sociedad, en tanto ciudadano que vive bajo la jurisdicción de un Estado, lo cual en ocasiones da lugar a conflictos como aquellos que surgen de lo que se denomina la «objeción de conciencia» del ciudadano.

De otro lado, las normas morales se presentan como instancia última de obligación, ya que el sujeto considera a su propia conciencia como el último tribunal de apelación. Los mandatos legales, en cambio, no se manifiestan como instancia última y, en caso de incumplimiento, deberá responderse ante los tribunales de justicia. Finalmente, las prescripciones morales exhiben un carácter de universalidad que no poseen las jurídicas: en las primeras, su contenido se considera exigible a todo humano que se encuentre en la situación en que la norma es aplicable; mientras que las normas jurídicas solo exigen su cumplimiento al conjunto de ciudadanos a quienes afecta el ordenamiento jurídico de un estado determinado. Dworkin afirma que el derecho es, ante todo:

Una actitud interpretativa, introspectiva dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante que hace a cada ciudadano responsable por imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto al principio, y que requieren estos compromisos en nuevas circunstancias [...] La actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos (Dworkin, 1992, p. 290).

Las preguntas que surgen de la ética y del derecho frente al «derecho al desarrollo» son diferentes. La ética, por ejemplo, se pregunta si existe realmente un derecho humano al desarrollo, equiparable al derecho a la vida, y en qué argumentos se fundamenta, así como quién es el sujeto de tal derecho (persona individual o pueblo) y si compromete ello solo a los Estados o también a las personas individuales y a las instituciones de la sociedad civil. El derecho en cambio hace otro tipo de preguntas: ¿qué fuente jurídica da origen al derecho al desarrollo?, ¿un pacto internacional de rango equivalente a la Constitución?, ¿una prescripción constitucional de carácter interno?, ¿de qué modos se ha de proteger o realizar el derecho al desarrollo para hacerlo eficaz?, ¿de qué modo se podrían positivizar las normas generales que recogen el derecho al desarrollo? Como sabemos, sin duda, ambas áreas del conocimiento se complementan, aunque no se identifican («la moral sin Derecho es vacía; el Derecho sin moral es ciego») y es necesario tanto una ciudadanía consciente y comprometida con esos valores como aquella que respalda los preceptos legales correspondientes y exige su cumplimiento a los poderes públicos.

Una de las confusiones más habituales que pueden detectarse en los discursos que tratan sobre el desarrollo es la que consiste en mezclar la ética con el derecho, lo moral con lo jurídico, haciendo un revoltillo en el que ambos niveles son tratados como si fuesen uno solo. En cierto modo es comprensible que así ocurra, puesto que moral y derecho son saberes normativos: ambos prescriben directrices que pretenden orientar la acción individual y colectiva. Pero ahí acaba la similitud, porque el derecho es un conjunto de normas bastante precisas —generalmente escritas— y respaldadas por el aparato coercitivo del Estado —de fuerzas internacionales, en algunos casos—, que regulan la convivencia social y política en un territorio determinado, mientras que la moral no es solo una cuestión de normas, sino sobre todo de actitudes vividas, de convicciones y valores interiorizados, que tratan de orientar la vida entera de las personas —individual e institucionalmente— para procurar la realización de aquellos fines últimos que consideran buenos, tanto en la vertiente de la justicia como en la de la felicidad. La moral carece del respaldo de la fuerza coactiva del Estado: su tribunal es la conciencia, y su fuente no es la legislación, sino los aprendizajes incorporados en tradiciones que a lo largo de la historia nos han mostrado que hay modos de vivir que son más humanos que otros. La moral, por sí sola, no tiene más poder que el de señalar el camino correcto, como si de un mapa y una brújula se tratase. En cambio el derecho puede recurrir a la coacción, a la amenaza y a la violencia física: no se limita a mostrarnos un camino —que puede coincidir, o no, con el que muestra la moral—, sino que al mismo tiempo nos recuerda el castigo al que seremos acreedores si no lo seguimos.

Ética para el desarrollo de los pueblos
Emilio Martínez Navarro

Respecto a la participación de los grupos económicos, el crecimiento económico y el derecho al desarrollo, así como a la responsabilidad social de la empresa, nuestro Tribunal Constitucional sentó doctrina jurisprudencial, dentro del marco de la Constitución de 1993, en la sentencia STC Exp. 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril de 2005, en el caso de la Ley de Regalía Minera. Así, en el fundamento jurídico 15, sostiene que:

En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La economía social de mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado social y democrático de derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no solo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

Más adelante, en el fundamento jurídico 16, el supremo intérprete de la Constitución afirma que:

Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Solo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: «tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario».

7. NUEVA *LEX MERCATORIA* Y EMPRESA MULTINACIONAL

Dice Galgano que el futuro que nos espera es el de «una sociedad sin Estado, que tiene dimensiones planetarias y que está regida por un derecho propio, que es un derecho supranacional formado espontáneamente, llamado nueva *lex mercatoria* [...] ordenamiento jurídico originario, propio de la *business community*, y que regula las transacciones internacionales [...] [el mismo que aunque] [...] carente de órganos

coercitivos, se vale de los órganos del Estado que en cada caso resulte competente por razón del territorio» (2003, p. 14).

Conviene aquí recordar que, hasta la aparición de los estados nacionales, las relaciones entre los hombres se regían por derechos universales y que la *lex mercatoria*, que fue un derecho creado e impuesto por la clase mercantil, no conocía mediación política y llevaba a cabo la unidad del derecho a través de la unidad de los mercados. Con la creación de los estados nacionales, el derecho civil pierde universalidad, se fragmenta, en contradicción con el comercio cada vez más internacional; ello sin perjuicio de que la penetración en los Códigos Civiles del principio de la unidad del sujeto, como consecuencia del axioma político de la igualdad entre los hombres, contribuyera a crear las condiciones para la instauración de una economía de mercado basada en el intercambio entre iguales, cuyos valores ya no dependen de los estatus subjetivos de los contratantes, sino que quedan sometidos al libre juego de las fuerzas económicas (Galgano, 2003, p. 9).

La globalización de los mercados y la gran incidencia de los aspectos financieros trajo como consecuencia que el principal instrumento de la innovación jurídica sea el contrato, pues el mundo de los negocios produce y exige nuevas figuras contractuales, contratos atípicos internacionalmente uniformes, lo cual tiene un inmenso valor para las empresas multinacionales. Esto puede comprobarse en la realidad, pues las sociedades filiales simplemente los someten a una traducción sin adaptación especial a la normatividad de los Estados. Y se imponen en la realidad siguiendo la lógica de que lo que es válido en muchas naciones no puede dejar de serlo en una en especial. Dice Galgano:

El contrato era, en su acepción clásica, el instrumento para configurar los intereses particulares; hoy, el contrato entre privados ocupa el puesto de la ley en muchos sectores de la vida social. Llega incluso a sustituir a los poderes públicos en la función de proteger los intereses generales, propios de toda la colectividad, como ha sido, con anterioridad, el interés de los consumidores, que los mecanismos de autorregulación contractual han defendido contra los engaños publicitarios, y como es hoy la serie de intereses generales a los que ofrecen protección distintas autorregulaciones contractuales, a las que incluso la ley hace constante referencia (Galgano, 2003, p. 14).

Pensemos, dice Galgano, en el contrato *on line*, que es un contrato estipulado fuera del espacio y al que ningún derecho nacional resulta aplicable sobre las bases de las reglas comunes del derecho internacional privado. Este contrato no se sitúa fuera del derecho, sino que precisamente se adecúa a la *lex mercatoria*, porque tiene lugar entre miembros de la aldea global y los conflictos que de él pudieran surgir

se resuelven mediante arbitrajes internacionales cada vez más frecuentes. Se trata de una especie de derecho consuetudinario que se impone a los derechos nacionales y que no se puede derogar por las partes del contrato. En este tránsito, el derecho civil recobra su antigua unidad y originaria universalidad, pues camina hacia el ocaso el principio de estatalidad del derecho, así como declina también el principio de nacionalidad. El *shopping* del derecho, que permite a las partes contratantes optar por el derecho de un Estado que no es parte de la relación contractual, es una manifestación de la globalización de aquel, que no es —como se cree— la creación de un único derecho planetario, sino dar a todos la posibilidad de utilizar las diferentes figuras jurídicas ofrecidas por los derechos nacionales (Galgano, 2003, p. 15 ss.).

Es cierto que esta realidad puede no gustar a quienes fueron educados en la idea de la estatalidad del derecho —es decir, en la ecuación derecho igual a ley—, así como a aquellos que confían en la formación democrática del mismo, elaborado mediante acuerdos tomados en el seno de asambleas con representantes de la voluntad popular. Parece que la mediación política de los intereses en juego, propia del derecho legislativamente creado por los Estados, es sustituida ahora por la mediación cultural de los juristas, característica de la antigua *lex mercatoria*. Es cierto que la nueva es creada unilateralmente por la clase empresarial y que por eso se la califica como «derecho despótico»; pero debe advertirse que ella es en cierta medida refinada y encuadrada por convenciones internacionales como el Unidroit.

Algunos afirman que la sociedad global quizá conducirá al ocaso de la democracia representativa y al nacimiento de la tecnodemocracia. Ella no es el resultado de un conflicto entre Estados, sino más bien creación de las empresas multinacionales, las que pueden prescindir de la potencia militar o política de aquellos, pues poseen en sí mismas la fuerza que las impulsa a la conquista del mundo. Señala Galgano que:

La globalización de los mercados produce, por el contrario, un efecto que altera profundamente los órdenes políticos y jurídicos de los propios Estados, frustra la política económica, y reduce la importancia de las leyes. Los Estados soberanos, por potentes que sean, no son tan soberanos como en el pasado. Solo gobiernan un minúsculo fragmento del mercado global, mientras que las multinacionales operan sobre bases planetarias y pueden controlar el mercado en su totalidad. El destino de la democracia [...] es traducirse en democracia indirecta. Los Estados ya no son soberanos *uti singuli*; podrán serlo únicamente *uti soci*, es decir, como miembros de organizaciones internacionales con capacidad para gobernar los mercados globales (Galgano, 2003, p. 20).

Estas reflexiones del gran jurista italiano nos sirven para poner de manifiesto que el tipo de razonamiento propio de una ética para el desarrollo y una ética planetaria está

íntimamente conectado con aspectos jurídicos y que es esencial, en el ámbito económico, tener presente la existencia cada vez más potente de una nueva *lex mercatoria*.

El desarrollo de la empresa en nuestros días hace que se extienda su influencia a distintos sectores de la sociedad, potenciado por la revolución en las telecomunicaciones y el auge de la tecnología. Se canaliza hacia ella enormes cantidades de recursos, los que cada vez en menor proporción pueden ser cubiertos por un número reducido de personas. Surge así la gran empresa contemporánea, una comunidad de intereses diversos (propietarios, proveedores, consumidores, Estado, etc.), ante lo cual debe el derecho contribuir a que la convivencia entre ellos sea lo más armónica posible.

La empresa moderna puso de manifiesto su gran flexibilidad para adecuarse a las cambiantes situaciones nacionales e internacionales, así como al extraordinario desarrollo tecnológico. La economía capitalista manifestó que ella no pertenece exclusivamente al reino de la necesidad, sino que también supo impulsar cambios que aumentaron su libertad de acción.

En la configuración de la empresa moderna, contribuyeron diversos aspectos que guardan relación con el marco ético económico en que surge y entre los que cabe destacar el espíritu del empresario burgués, con su mentalidad calculadora, sus virtudes y forma de vida disciplinada; el cambio de mentalidad producido a favor de la consideración del interés propio como algo legítimo; y un criterio racional como el de la utilidad para orientar el desarrollo económico, entre otros. Posteriormente, surgieron nuevas formas para entender la justicia económica —ya sea mediante la defensa de la justicia como equidad o un posible contrato constitucional—, las cuales ya no estarán sometidas a la coordinación del mercado. Todos estos ingredientes transformaron a la empresa hasta su configuración actual, pero el factor decisivo para su crecimiento y la fuente predominante del poder fue la organización como tal.

Los objetivos de la empresa siempre fueron el producir bienes o servicios, aumentar el valor añadido para lograr beneficios, promover el desarrollo humano y garantizar su continuidad. En nuestros días, consta de muchas unidades de operación dirigidas por una jerarquía de ejecutivos asalariados que la coordinan administrativamente. Dicha coordinación es más rentable y eficaz que la coordinación de mercado: «Conforme la tecnología se hacía más compleja y los mercados se expandían, la coordinación administrativa fue reemplazando a la coordinación de mercado en una parte cada vez más importante de la economía, lo cual supuso la *managerial revolution*, una revolución en la dirección de la empresa» (Cortina, 2000b, p. 71). No es que la empresa sustituya al mercado, sino que lo reemplaza en la coordinación y en la integración del flujo de bienes y servicios, además se convierte la jerarquía administrativa en fuente de estabilidad, de poder y de desarrollo continuado.

El surgimiento de las burocracias empresariales con conocimientos especializados ha acompañado a una separación entre dirección y propiedad, teniendo cada vez un mayor peso lo financiero. De esta forma, es alternativa al mercado porque internaliza los intercambios y prescinde parcialmente del sistema de precios, sustituyendo su mano visible a la mano invisible de las fuerzas del mercado. Y su estructura administrativa descansa sobre la base de un mundo vital como comunidad moral en la empresa.

La empresa multinacional, dicen sus críticos (Ramonet, 2003, p. 97), es un organismo sin cuerpo ni corazón, una red construida por diferentes elementos complementarios esparcidos por el planeta, que se articulan unos a otros según una pura racionalidad económica, que obedece a dos conceptos claves: rentabilidad y productividad. Ello hace que la nacionalidad de la empresa se haya disuelto, lo que a veces se extiende a su propia personalidad. La razón se encuentra en que ese tipo de empresa busca el beneficio máximo, mediante fusiones, deslocalizaciones y aumento de productividad, que la lleva a producir allí donde los costos salariales son más bajos y a vender donde los niveles de vida son más elevados. Esta conducta crea un estado de inseguridad generalizada en los trabajadores y en los lugares en donde se ubica. La crítica se extiende, además, a sus redes de influencia conformados por las opiniones de organismos tales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en los grandes medios de comunicación, todos los cuales exaltan las virtudes del mercado.

La economía actual se caracteriza por un divorcio entre el interés que persigue la empresa multinacional y el de la comunidad, entre la lógica del mercado y la de la democracia (Ramonet, 2003, p. 101 ss.). Hoy la esencia del mercado por excelencia es el mercado financiero internacional que mueve ingentes cantidades de dinero un lado a otro del planeta, de una bolsa a otra³⁷⁰. Las empresas multinacionales subcontratan y venden en todo el mundo, lo que le permite actuar con una gran libertad, ya que no existen instituciones internacionales de carácter político, económico-jurídico en condiciones de reglamentar eficazmente su comportamiento. Los gobiernos nacionales gestionan lo que las empresas multinacionales mandan, perdiendo gran parte de su poder; no tienen los medios para oponerse y frenar los enormes flujos de capitales o de cuestionar las directivas que emiten organismos internacionales como los antes citados. En buena cuenta, muchas decisiones claves de la economía vinculadas a las materias de la inversión, el empleo, la salud, la educación y la cultura,

³⁷⁰ Sobre el particular, Martínez de Pisón menciona que Ignacio Ramonet, en su obra *Un mundo sin rumbo* (1997), cita a Raymond Barre, ex primer ministro francés y defensor del liberalismo económico, sobre los escándalos financieros internacionales: «¡Decididamente no se puede dejar el mundo en manos de una banda de irresponsables de treinta años que no piensan más que en hacer dinero!» (1998, p. 146).

o la protección del ambiente, pasan de la esfera pública a la privada. Ello es puesto en evidencia cuando se constata que entre las principales economías del mundo más de la mitad no son países, sino empresas.

El espacio latinoamericano no es uno privilegiado por las empresas multinacionales para realizar sus mayores inversiones y transferencias de tecnologías. A ello se suma un problema de gran envergadura que afecta el espacio latinoamericano: su pobreza y mala distribución del ingreso, a pesar de tener un crecimiento relativo más o menos importante durante los últimos años. Superar esta condición es, por cierto, una tarea propia de los gobiernos latinoamericanos; pero es muy difícil poder ganar en competitividad en sociedades que adolecen de esos problemas. Sin embargo, el tema de las empresas multinacionales no puede dejarse de tratar, pues ocupan un lugar importante tanto en la inversión como en la producción local; además, su influencia política es indudable, más aún cuando fueron las principales beneficiarias de los procesos de privatización y desregulación que tuvieron lugar a partir de 1990. Esa situación se da en un contexto en el cual las relaciones comerciales con los países más ricos no son precisamente las más equitativas.

8. ÉTICA APLICADA A LA ECONOMÍA Y A LA EMPRESA

Conviene aquí hacer una distinción entre ética, que busca lo que es la moralidad y su fundamentación, y su aplicación a los distintos ámbitos de la vida social; es decir, cómo pueden orientar una actitud determinada. En otras palabras, la ética como discurso acerca de lo bueno, lo deseable, lo justo, desde el punto de vista de la conciencia moral, que no siempre coincide con lo legal o lo socialmente establecido; y la ética aplicada, que trata de establecer los principios, valores y orientaciones que convienen en un ámbito determinado.

Por cierto, como dice Martínez Navarro, «cada ética aplicada hunde sus raíces en un doble suelo: por un lado, en los principios éticos generales que trazan el marco de convivencia y cooperación que sirve de base a la sociedad en su conjunto; y, por otro lado, los principios éticos específicos que los propios protagonistas y afectados de cada ámbito han ido apuntando como relevantes a lo largo de una dilatada práctica histórica» (2000, p. 21). Así, es preciso tener en cuenta que cada tipo de actividad tiene sus propias exigencias morales y proporciona sus valores específicos. No es posible, por tanto, hacer una aplicación mecánica de los principios éticos a los distintos campos de acción, sino que es pertinente averiguar cuáles son los «bienes internos» que cada una de las actividades debe aportar a la sociedad y qué «valores y hábitos» es necesario incorporar para alcanzarlos. Por ello es que la ética aplicada es necesariamente interdisciplinaria (Cortina, 2000b, p. 51).

Mientras la ética económica se refiere a las relaciones sobre economía y ética o a una reflexión en esa línea sobre los sistemas económicos, la ética empresarial o de los negocios se centra principalmente en la concepción de la empresa como una organización económica y como una institución social; es decir, un tipo de organización que desarrolla una actividad específica y en la que resulta fundamental la función directiva y el proceso de toma de decisiones. Ahora bien, la ética de los negocios no puede desligarse de una reflexión sobre el marco económico general en que vivimos; esto es, no puede desligarse de una ética del capitalismo.

Como bien sabemos, la actividad económica estuvo ligada durante siglos al orden institucional tradicional (la familia, la política y la religión). Con el capitalismo, la economía irrumpe con gran fuerza en la sociedad y se convierte en un ámbito autónomo, que obedece a leyes propias. El capitalismo se convirtió en el principio básico de organización de toda la economía y desde ahí impulsó un proceso de modernización y de racionalización social en cuya base se encuentra la libertad, lo cual crea, frente al autoritarismo, un espacio de libertad e incluso las bases económico-sociales para avanzar hacia una mayor justicia. El capitalismo cambió también la forma que tenían los hombres de relacionarse entre sí, ya que la expansión del mercado debilitó hasta enterrar a la sociedad tradicional. Adela Cortina afirma que «la historia acredita que la progresiva transformación ética del capitalismo y de la empresa moderna ha producido innegables frutos de progreso social» (2000b, p. 55); por lo que sería razonable proseguir por ese camino desde una inspiración ética, que inspire y oriente diseños operativos que vayan corrigiendo mecanismos que producen injusticia y dominación en las diversas esferas de la vida económica y empresarial.

Es cierto que vivimos en una época en la que lo económico adquirió una importancia desproporcionada y, en cierta medida, envileció las costumbres. Por ello, señalan algunos, «el mercado, sus leyes y mecanismos, jamás pueden constituir un valor absoluto. Y, sin embargo, en los tiempos presentes ciertamente se ha idealizado el mercado ignorando que existen bienes, que son de naturaleza moral, que son más importantes, pero que no tienen traducción crematística. El mercado tiene carácter relativo, medial o instrumental: debe orientarse hacia el servicio efectivo a los hombres» (Rodríguez Arana, 1996, p. 63).

Muchos creen que históricamente existe un divorcio entre ética y economía, de tal modo que, según algunos, la economía debe prescindir de las consideraciones éticas si no quiere hipotecar su desarrollo, mientras que la ética debería prescindir de los cálculos económicos. Este enfoque, dicen Cortina y Martínez, propició un enfrentamiento al parecer irreconciliable entre dos valores: la eficiencia, como valor propio de la economía, y la equidad o justicia, como valor típico de la moral (2001, p. 171). Se trata, por cierto, de una visión prejuiciosa porque no hay tal independencia de dichos ámbitos

de la acción humana y porque sabemos que los actos que se producen en la vida económica no son ajenos al juicio moral. La cuestión es de otra naturaleza: saber si tales actividades han de ser juzgadas desde unos principios morales externos a ellas o más bien desde unos criterios que puedan rastrearse desde su propia lógica interna.

Como hemos dicho, para cada sector de la ética aplicada es decisivo captar el sentido y fin de cada tipo de actividad para contribuir a la vida social. Por ello, no cabe duda, la economía no es moralmente neutral. Es más, los valores de equidad, eficiencia, calidad, competitividad y solidaridad son algunos ejemplos de lo que una sociedad desarrollada espera ver realizados en las iniciativas económicas (Cortina & Martínez, 2001, p. 172). La economía, como actividad social, no puede desligarse de las concepciones morales y las instituciones jurídicas. Si vivimos en una sociedad que pretende compartir y revisar unos ideales de libertad, justicia, igualdad, paz y protección a la naturaleza, todos los cuales están incorporados en nuestra constitución, la actividad económica debe tomarlos en consideración contribuyendo a realizarlos desde su perspectiva específica. La equidad no se opone a la eficiencia económica.

El concepto moderno de empresa es de innegable importancia; pues la producción, los negocios y los servicios que realiza y brinda son el núcleo del quehacer económico contemporáneo. Pero los objetivos de la empresa no son solo la producción y los beneficios que de los bienes y servicios resultan, sino el desarrollo humano y el bien moral. Es preciso entonces tratar del carácter, los valores y los ideales morales de la empresa, que es lo que significa el vocablo griego *ethos*, del que la palabra «ética» procede.

Nuestra sociedad es de organizaciones, en la que la empresa constituye el paradigma de todas las restantes, razón por la cual muchos conciben a la empresa como un motor de renovación social que goza de cualidades de las que carece la burocracia, a la que se califica como represora de todo aquel que innova³⁷¹. Dice Adela Cortina que:

Frente a las lacras de las viejas instituciones se entiende entonces que una empresa éticamente impecable, es decir, la que persigue los objetivos por las que una empresa existe (satisfacer necesidades humanas) se caracteriza por la agilidad y la iniciativa, por el fomento de la cooperación —no ya del conflicto, como antaño— entre sus miembros, ya que a todos mueve un interés común, por la solidaridad al alza, por el riesgo razonable, por la corresponsabilidad. Pero todo ello dentro de un marco de justicia sin el que cualquier empresa es inmoral (Cortina, 2000b, p. 15).

³⁷¹ Es preciso poner de relieve que en la función pública las consideraciones éticas constituyen algo connatural, en la medida en que ella y la administración son fundamentalmente una forma de servicio a la sociedad y buscan el logro del bien común. De ahí que los ciudadanos esperan de los funcionarios públicos no solo lealtad institucional y eficacia, sino también sensibilidad ante los derechos fundamentales y otros valores que forman parte de la noción de servicio público. Por ello, el rechazo al tráfico de influencias, la venta de información confidencial, la discriminación por razones ideológicas y algunos otros supuestos de corrupción.

Se trata de una empresa que, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, sea a la vez ética y rentable, en que la eficacia no venga reñida con la equidad, lo cual excluye tener por justo lo que solo satisface las necesidades de un grupo, recurriendo al «punto de vista moral», a aquel punto en que ningún hombre puede ser preterido en sus necesidades ni relegado en su dignidad (Cortina, 2000b, p. 16).

Un rasgo definitorio de la ética es que la organización de los negocios es entendida como un «actor moral». Así, la empresa, además de su condición de persona jurídica, es capaz de tener una conducta moral y puede ser considerada responsable y rendir cuentas desde una perspectiva ética (Enderle, 2002, p. 351).

La importancia de la ética empresarial se puede percibir en el núcleo básico de la actividad económica, pues los éxitos están condicionados al funcionamiento eficiente de los convenios, acuerdos, contratos, negociaciones y, por supuesto, de la confianza. Tanto en el intercambio, como en la producción o la distribución de bienes y servicios, es esencial llegar a acuerdos y tener confianza en que se pondrán en práctica. Se trata de un asunto elemental, pero a la vez de largo alcance y está en relación con el establecimiento, dice Sen, de un orden social bueno. Así pues, «el papel primordial de la ética de la empresa es hacer posible la cooperación y la interacción empresarial» (Sen, 2003, p. 42). El comportamiento ético de la empresa en esta área tiene no solo repercusiones en ella misma, sino también en otras empresas y más allá. Además, para Sen hay una conexión estrecha entre los valores morales y la competitividad empresarial; ello es así, en parte, porque aceptar el derecho de los demás a competir es ya un valor ético y porque la competencia puede ayudar a enriquecer la ética social reduciendo la autocomplacencia y el mercantilismo (Sen, 2003, p. 52).

La ética de los negocios —también denominada «ética empresarial» o «ética de la dirección»— pretende guiar el comportamiento personal de los directivos de empresas y, además, de toda persona implicada de una u otra forma en la actividad económica. La cuestión aquí no es directamente saber lo que debe ser la ley, sino más bien lo que la ética requiere más allá de lo que la ley exige, o quizá más acá, donde la trasgresión de la ley escrita es una ley no escrita.

Por diversas razones, como la creciente sensibilidad de las empresas por su imagen de marca y la creciente dificultad de someterlas a legislaciones nacionales, numerosas empresas se han propuesto o impuesto reglas de conducta correcta tanto a nivel de su funcionamiento interno como de las relaciones con sus clientes, sus proveedores, sus accionistas y los poderes públicos.

Pero no basta con promulgar declaraciones y códigos. Hace falta también encontrar argumentos para justificarlos, que convengan de su buena fundamentación a un personal y a una opinión pública que no se dejan impresionar por la referencia a una autoridad (religiosa, por ejemplo). Lo que la ética de los negocios quiere ofrecer es

esta argumentación que permite establecer una clasificación coherente entre lo que es éticamente requerido, tolerado y condenado.

Pero, ¿no se enfrenta la ética de los negocios a un problema fatal? Contrariamente a algunas declaraciones insistentes, no hay ninguna razón para suponer la existencia de una armonía sistemática entre lo que recomienda la ética y lo que requiere la maximización, incluso a largo plazo, del beneficio. Este hecho, en primer lugar, legitima cualquier sospecha con respecto a una disciplina que tendría mucho que perder si sus recomendaciones se apartaran demasiado de los intereses de los que no son solo objetos de estudio, sino a menudo también proveedores de fondos. En segundo lugar, obliga a reconocer que, divergen sensiblemente, las exhortaciones de la ética de los negocios son autodestructivas. Se trate, por ejemplo, del respeto al medio ambiente o de la contratación no discriminatoria, toda empresa que en nombre de imperativos éticos se separase significativamente del comportamiento más beneficioso se expondría a la invasión de competidores menos escrupulosos, a la erosión de sus parcelas de mercado y, en definitiva, se expondría a la quiebra (véase Baumol, 1991).

Ética económica y social

Christian Arnsperger y Philippe Van Parijs

La ética de la empresa es una auténtica necesidad para ella y para la sociedad, aunque no debe considerarse como un conjunto de mandatos que deben ser cumplidos sin atender a las circunstancias ni a las consecuencias que seguirán de la actuación de aquellos, modo típico de lo que se denomina ética de la convicción. La ética de la empresa es una ética de la responsabilidad, la que toma en cuenta las consecuencias propias de sus decisiones y las circunstancias en que se toman. En efecto, las actividades humanas en la empresa tienen un fin propio que les legitima y da sentido, pero que obliga a tomar decisiones cuyas consecuencias es necesario tener en cuenta precisamente para alcanzar ese fin; decisiones que quedan en manos de sujetos que tienen que ser responsables de ellas.

Cabe señalar que las características de la ética empresarial se definen al reconocer que «la actividad empresarial es una actividad humana con una finalidad social, de modo que las actitudes necesarias para alcanzar su meta (búsqueda de la calidad, solidaridad a la alza, excelencia, competencia, etc.) son actitudes morales, y que estas actitudes hoy se modulan sobre el trasfondo de una ética cívica, para lo cual tanto los miembros de la empresa como los consumidores se caracterizan por ser interlocutores válidos» (Cortina, 2000b, p. 90). Ello significa que no es una ética de la convicción, sino una de la responsabilidad por las consecuencias de las decisiones que se toman. En segundo lugar, la empresa se deslegitima si se olvida que tiene una finalidad que le da todo su sentido: servir a los consumidores. Tercero, los miembros

de la empresa son interlocutores válidos cuyos derechos tienen que ser respetados. En cuarto lugar, los miembros de la empresa han de cumplir con sus obligaciones y asumir las responsabilidades que emergen de la marcha de la empresa. Y, en último lugar, una empresa en nuestros días debe atenerse a un marco de justicia, no solo legal, sino ante todo moral.

Como hemos ya señalado, la ética debería constituir el fundamento para exigir el cumplimiento de obligaciones morales a los ciudadanos y la responsabilidad social a las empresas, así como se exige en nuestra sociedad una práctica ética a los profesionales, a los funcionarios públicos y a la clase política. En ese orden de ideas, como sintetiza Camps, desde la perspectiva de género: «Pensar éticamente es pensar en los demás» (2000, p. 139).

Así, las empresas no son entes aislados de la sociedad, sujetos que solo interactúan en el mercado en función del lucro. Corresponde que se les exija, en el ejercicio de la libertad de empresa, una conducta ética y solidaria, no solo frente al Estado, sino ante los consumidores y la sociedad civil organizada. Esta responsabilidad social puede manifestarse en diferentes ámbitos: desde la protección del ambiente y la contribución al desarrollo sostenible³⁷², hasta la colaboración con la educación pública apoyando la difusión de nuevas tecnologías, el auspicio al deporte, la capacitación permanente de los trabajadores, el acceso al trabajo a personas con discapacidad, la promoción de la equidad de género, la lucha contra la desnutrición, entre otros. Así, las empresas ganarán un valor agregado en prestigio y reconocimiento en la sociedad, más allá del *marketing* en esta economía del conocimiento³⁷³.

Esta concepción de la responsabilidad social no es compatible con el Estado mínimo predicado por el neoliberalismo. La responsabilidad social de la empresa corresponde a la realidad económica del siglo XXI. Complementa el rol de un Estado social de derecho que procura garantizar los derechos económicos sociales y culturales, así como los derechos de solidaridad, cuya atención no puede esperar en países con altos niveles de pobreza, exclusión social y distribución desigual del ingreso como

³⁷² El desarrollo sostenible es entendido, si se sigue la definición británica de *sustainable development*, como la integración del progreso social, el desarrollo económico, la protección del ambiente, la utilización prudente de los recursos naturales y el desarrollo del mercado laboral. En este orden de ideas, la responsabilidad social corporativa integra dentro de sus objetivos al desarrollo sostenible.

³⁷³ Desde un enfoque crítico al capitalismo corporativo, dice Klein: «Esta es la razón de que ahora muchas empresas se desentiendan completamente de la producción. En lugar de fabricar los productos mismos, en fábricas propias, los “externalizan” tal como hacen las empresas de las industrias de recursos naturales, que externalizan el uranio, el cobre o la madera. Cierran las fábricas que poseen y contratan la producción afuera, a menudo en el extranjero. Ya medida que los antiguos puestos de trabajo se trasladan al exterior, algo más se va con ellos: la anticuada idea de que el fabricante es responsable de sus empleados» (2001, p. 240).

los de América Latina. Este Estado de justicia, antes social, debe desplegar políticas públicas para promover e incentivar la responsabilidad social corporativa, con beneficios fiscales o con premios que signifiquen un reconocimiento público.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional peruano afirma que el respeto de la dignidad humana es exigible por el Estado y por la sociedad en su conjunto. Como señala Tugendhat, las condiciones en las que vive una persona son dignas precisamente cuando cumplen la condición mínima para que pueda ejercer sus derechos y que en este sentido se lleve una existencia humanamente digna (1997, pp. 348-349).

Así, el concepto de persona debe ser entendido, como señala el Tribunal Constitucional alemán, al interpretar la Ley Fundamental de Bonn, como un: «[...] ser ético espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo, sino como la de un individuo referido y vinculado con la comunidad»³⁷⁴.

En este marco constitucional, se puede construir el concepto de ciudadanía corporativa, según el cual las empresas deben ser «buenas ciudadanas» mediante la transparencia de sus actividades, el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, así como al asumir el compromiso cívico en materias como el desarrollo sostenible, el buen gobierno corporativo y la acción contra la exclusión social, entre otras.

Para concluir, es conveniente recordar lo que señaló sobre la ética empresarial Amartya Sen: «[...] la ética empresarial tiene un papel, directo e indirecto en la promoción del desarrollo económico. Estas influencias cubren una amplia variedad de temas, incluyendo: 1) el fomento de la productividad y eficiencia económica, 2) el desarrollo de la cooperación en el mercado y de la confianza, 3) la prevención de la corrupción y de las irregularidades, 4) la protección del medio ambiente y las sostenibilidad, 5) el fortalecimiento de los derechos humanos junto con el intento de eliminar la pobreza, e incluso 6) la prevención contra el crimen y la violencia apoyados institucionalmente» (Sen, 2003, p. 53).

9. RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS

El concepto de la responsabilidad social de la empresa tomó fuerza en tiempos recientes, al considerar que esta debe trascender el ya superado ideal capitalista que asume la maximización de los beneficios como su único objetivo central. Según este punto de vista, la empresa (capitalista) no puede actuar (separada) ignorante o ausente de la sociedad en la que se desenvuelve u opera. Así, debe ganarse la confianza y el respeto

³⁷⁴ BverfGE, 45, 187 (227) (citado en Alexy, 1997, p. 345).

de las organizaciones de la sociedad civil que luchan por el cumplimiento de las obligaciones y deberes legales y que, además, con justicia reclaman nuevas exigencias de interés social; sean socioeconómicas, ambientales y de derechos humanos. Este concepto estaba implícito en la Carta de 1979 que, en su artículo 130, previó 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 a ley». Cabe señalar, en el derecho comparado, el artículo 333 de la Constitución colombiana de 1991, que declara: «La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones». Esta es la función social de la empresa, análoga a la función social de la propiedad.

La responsabilidad social de la empresa es el reconocimiento y la comprensión por parte de los empresarios y directivos empresariales que su compromiso no se limita más a responder solo a los intereses tradicionales de los accionistas, sino que se debe ampliar hacia otros grupos de interés, porque estos afectan y son afectados por la empresa, como lo son finalmente la sociedad y el planeta (Gastelumendi, 2004, p. 244). Así, se está introduciendo el concepto de balance ético empresarial, que propone una evaluación de la actividad de la empresa, no centrando la reflexión moral en los intereses exclusivos de los directamente implicados en su organización, sino por medio del diálogo y posterior acuerdo entre todos los intereses afectados (Chaves, 2002, p. 134).

Ello es así porque las empresas actúan en el mercado dentro de una comunidad de intereses, en la cual, como ya hemos indicado antes, conviven los grupos implicados en su organización con los grupos de interés social (*multistakeholders*): inversionistas, trabajadores, consumidores, acreedores, tecnócratas, el Estado, los gobiernos regionales, las municipalidades y la comunidad³⁷⁵.

Actualmente, se ha dado un paso más desde la aprobación de los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos en 2011, por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que desarrollan lineamientos de las responsabilidades

³⁷⁵ Cabe señalar que, para el neoliberalismo, no se les debería exigir responsabilidad social a las empresas, tal como lo sostuvo Milton Friedman. Según esa posición, las empresas solo son intermediarios en el mercado. Los agentes económicos son los propietarios de las empresas y los sujetos con los que realizan contratos. Solo los individuos concretos tienen responsabilidad social. Así, quienes tienen responsabilidad dentro de una empresa son sus directivos y gerentes, pero esta se ejerce con relación a los propietarios y los accionistas y consiste en actuar dentro del juego del mercado, maximizando las utilidades económicas en retorno de la inversión realizada en la empresa. Si se insiste en exigir responsabilidad social a las empresas, esta solo tendría sentido con relación a ciertos individuos que pertenecen a las organizaciones, pero no considerados como funcionarios, sino como particulares (ver Friedman, 1962, citado por Ariño Ortiz, 2004, p. 259). Sobre el pensamiento neoliberal de Friedman respecto a la responsabilidad social de la empresa, véase Naranjo Gálvez, 2005, p. 61 ss.

diferenciadas, pero complementarias, de los Estados y las empresas en esta materia. Así, en el Principio 11 se declara: «Las empresas deben respetar los derechos humanos». Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en los que tengan alguna participación.

En esa dirección, se consolidado un amplio consenso sobre la responsabilidad social empresarial que asume la jurisprudencia constitucional. Así, en el caso Cordillera Escalera, STC Exp. 03343-2007-PA/TC, fundamento 23, señala³⁷⁶:

En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

Por cierto, la conducta ética empresarial no debe ser una práctica coyuntural, sino incorporada dentro de un marco institucional transparente y permanente de la actividad empresarial en su relación con los consumidores y las organizaciones de la sociedad civil. Así, por ejemplo, debe destacarse a la inversión que procura generar beneficios para la sociedad y a su vez genera beneficios de imagen y reputación para la empresa. Por su parte, el Estado debe implementar políticas públicas de promoción e incentivo de la responsabilidad social corporativa que fomenten el desarrollo sostenible, en el marco del artículo 58 de la Constitución, que declara que, bajo el régimen de economía social de mercado, el Estado orienta el desarrollo del país.

Si bien es cierto que, como ya hemos dicho, la globalización económica y cultural tiene aspectos controvertidos, también es cierto que puede ser utilizada como un factor de progreso en la universalización de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de solidaridad y los principios éticos. Así, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que se especializa en el estudio y análisis de políticas económicas, estableció informes y directrices que ejercen notable influencia en los países más desarrollados, que son sus adherentes. En este sentido, elaboró las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales,

³⁷⁶ En esa misma dirección, tenemos la STC Exp. 0001-2012-PI/TC, caso Proyecto Minero Conga, fundamento 47.

que contienen algunos principios generales³⁷⁷. De esta forma, las empresas, para ser competitivas, deberán tener plenamente en cuenta las políticas fijadas por los países en que ejercen su actividad y tener en consideración las opiniones de los grupos de interés. A este respecto, deberán:

- a) Contribuir al progreso económico, social y medioambiental con vistas a lograr un desarrollo sostenible.
- b) Respetar los derechos humanos de las personas afectadas por sus actividades de conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales del gobierno de acogida.
- c) Estimular la generación de capacidades locales mediante una cooperación estrecha con la comunidad, incluidos los sectores empresariales, desarrollando al mismo tiempo las actividades de la empresa en los mercados interiores y exteriores de una manera compatible con la necesidad de prácticas comerciales saludables.
- d) Fomentar la formación del capital humano, particularmente mediante la creación de oportunidades de empleo y el ofrecimiento de formación a los empleados.
- e) Abstenerse de buscar o aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o reglamentario relacionadas con el medioambiente, la salud, la seguridad e higiene, el trabajo, la fiscalidad, los incentivos financieros u otras cuestiones varias.
- f) Apoyar y defender unos correctos principios de gobierno empresarial, así como desarrollar y aplicar unas buenas prácticas de gobierno empresarial.
- g) Desarrollar y aplicar prácticas autodisciplinarias y sistemas de gestión eficaces que promuevan una relación de confianza recíproca entre las empresas y las sociedades en las que ejercen su actividad.
- h) Promover el conocimiento por los empleados de las políticas empresariales y su conformidad con ellas, mediante una difusión adecuada de las mismas, incluso a través de programas de formación.
- i) Abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los trabajadores que elaboren, de buena fe, informes para la dirección o, en su caso,

³⁷⁷ Disponible en: <https://www.nebrija.com/responsabilidad-social/index.htm>

para las autoridades públicas competentes acerca de prácticas contrarias a la ley, a las directrices o las políticas de la empresa.

- j) Alentar, cuando sea factible, a los socios empresariales, incluidos proveedores y subcontratistas, para que apliquen principios de conducta empresarial compatibles con las directrices.
- k) Abstenerse de cualquier injerencia indebida en actividades políticas locales.

Estas directivas son, por cierto, el resultado de haber comprobado un extenso abuso por parte de los países más ricos y de sus empresas durante largo tiempo, que trajo como consecuencia una cada vez mayor distancia entre los ciudadanos de esos países y los de los países pobres, como es el caso de Perú. Conviene, sin embargo, pero con realismo, conocer de esas directivas y por eso las mencionamos.

Cabe advertir que la responsabilidad social de la empresa evoluciona hacia un conjunto de acciones distintas y a la vez complementarias, que vale la pena enumerar. En primer lugar, como es lógico, se encuentran las iniciativas encaminadas a mejorar su desempeño y sus beneficios para terceros. En segundo término, una acción compensatoria; es decir, que trata de encontrar el lado positivo de algo que puede ser o que es negativo, como el tema de la contaminación ambiental y los desechos industriales. En tercer término, el patrocinio, conocido también como auspicio publicitario o esponsorización, que persigue financiar económica o institucionalmente eventos a cambio de publicidad con el objeto de que el público la reconozca como promotora de cuestiones de índole social que la distancian de la imagen mercantilista, identificada en ocasiones como lucrativa y abusiva. En cuarto lugar, la utilización de la mercadotecnia relacionada con una causa de índole social, lo que se concreta cuando parte de los ingresos de la comercialización de un producto va a un fin o institución social determinada. En quinto lugar, el mecenazgo, que consiste en la asistencia económica a artistas o científicos, apoyos institucionales de larga duración a cambio de publicidad, como pueden ser los premios que otorgan las empresas a diversas actividades. En sexto lugar, la filantropía, en virtud de la cual la empresa atiende los pedidos de la comunidad a través de donaciones. En séptimo y último lugar, la inversión social para la solución de un problema, como es el caso de las fundaciones vinculadas a la generación de empleo.

En síntesis, al ser la meta de la economía crear una buena sociedad mundial, «las buenas empresas asumen su responsabilidad social como instrumento de gestión, como medida de prudencia y como exigencia de justicia» (Cortina, 2010, p. 143). En otras palabras, para ser competitiva, necesita utilizar los mecanismos propios del mundo actual, como el mercado, la competencia y la búsqueda de beneficio, pero a la vez generar confianza al usar sus recursos morales (Cortina, 2010, p. 53).

10. HACIA UNA ÉTICA PLANETARIA

Tal como lo hemos puesto de manifiesto al referirnos al concepto de ética cívica, en nuestras actuales sociedades —muchas de ellas internamente pluralistas— existe una gran heterogeneidad que se manifiesta en la coexistencia de grupos humanos de diversos tipos —étnicos, religiosos, culturales, biológicos—, algunos de los cuales sostienen una ética propia y una cierta cosmovisión que responde a un determinado modo de vida. Junto a ese pluralismo ético, fue apareciendo la necesidad de una moral común (al menos parcialmente) que pueda servir de base a la cooperación internacional, tan necesaria para afrontar los problemas globales. «Las sucesivas declaraciones de derechos humanos y los principios de acuerdo moral entre las grandes religiones serían manifestaciones de este impulso de convergencia hacia un núcleo ético compartido, no necesariamente incompatible con una amplia pluralidad de creencias y prácticas no compartidas. Un mínimo de acuerdo mundial en ciertas cuestiones éticas básicas es absolutamente necesario para afrontar ciertos problemas con alguna probabilidad de éxito» (Martínez Navarro, 2000, p. 19). En efecto, existen reiterados intentos que ponen en evidencia la posibilidad de un punto de vista moral universal.

Como bien dice Martínez Navarro (2000, p. 85 ss.) —a quien seguimos en este punto—, puede afirmarse que existe una amplia convergencia entre diferentes tradiciones y autores de muy diversa procedencia cultural en torno a unas exigencias mínimas de justicia expresadas en términos de derechos humanos. El principal escollo, dice el autor, no es tanto el desacuerdo en los términos generales, sino en los medios que se proponen como adecuados. La equidad solo puede manifestarse como característica de algo —por ejemplo, un sistema socioeconómico—, pues no existe en abstracto, sino realidades humanas que podemos juzgar como equitativas o no conforme a ciertos criterios. La equidad debe ser una cualidad de la estructura social básica; es decir, del conjunto de las principales instituciones socioeconómicas y políticas que rigen la vida interna de la sociedad. Y esa estructura está contenida en la Constitución Política, la que señala los principales rasgos del ordenamiento económico.

Toda sociedad que aspire al desarrollo ha de revisar críticamente sus concepciones de equidad con arreglo a dos tipos de consideraciones: las que se derivan de las concepciones autóctonas de justicia distributiva y las que se derivan del imperativo moral universal de reconocimiento de todo ser humano como persona, como interlocutor válido que ha de ser ayudado a desarrollar sus capacidades para pasar de interlocutor virtual a interlocutor real.

Ética para el desarrollo de los pueblos
Emilio Martínez Navarro

Se acepta sin mayor polémica que el contenido del bienestar mundial está conformado por bienes del desarrollo, tales como la superación de las desigualdades, la eliminación de la miseria, la defensa de la diversidad cultural y la lucha contra la degradación ecológica.

El significado actual de la globalización es el entrelazamiento entre el capitalismo financiero y las tecnologías de la comunicación, que parecen sobrepasar cualquier control por parte de los Estados nacionales y, por tanto, de sus políticas sociales. Ello pone en evidencia la necesidad de una ética universal; es decir, una macroética de responsabilidad planetaria en el cual tenga presencia el concepto de «corresponsabilidad» en lugar de la tradicional responsabilidad personal, por el hecho de que la primera no se le asignó un individuo dentro del marco de una institución y no puede estar relacionada con los deberes de una obligación individual, sino que precede a toda asignación de responsabilidades políticas en una democracia, capaces de responder a la exigencia de asumir los efectos de las acciones colectivas. Ello va más allá de los Estados constitucionales, cuya interacción política en asuntos exteriores no estuvo sujeta a un orden de leyes global con las sanciones pertinentes (Apel en Cortina & García Marzá, 2003, p. 198).

En este contexto, es preciso analizar el rol que juega la economía de mercado, pues la competencia entre rivales y la lucha por el beneficio es librada, regulada y apoyada por un sistema de normas jurídicas con la finalidad de que el suministro de bienes materiales sea lo más eficiente posible. Sin embargo, a nivel mundial, la presuposición idealizada de que una economía de mercado completamente liberalizada puede ser una garantía para el suministro más eficiente de bienes materiales, se basa en que los seres humanos, como sujetos de necesidades vitales, fueran idénticos a los sujetos de las demandas económicamente relevantes. Porque, como dice Apel, «podría suceder que las reglas del juego de una economía de mercado máximamente eficiente derivaran en una exclusión progresiva de partes de los consumidores virtuales —por ejemplo, los pobres sin poder de mercado ni intercambio— de todo el suministro de vital necesidad» (Cortina & García Marzá, 2003, p. 199).

Entonces, la pregunta relevante es si el proceso de globalización a nivel de una economía de mercado, en el que como hemos dicho existe en la globalización actual un entrelazamiento del capitalismo financiero y la tecnología de comunicaciones, se traducirá en una mejora en el suministro de bienes a todos los consumidores posibles o, por el contrario, producirá una mayor distancia entre ricos y pobres. Así pues, a la propuesta de creación de un orden de leyes cosmopolita debe sumarse un marco institucional de política social que podría denominarse «economía social de mercado», una de cuyas funciones es impedir la exclusión de los participantes débiles en el mercado. Y ello llevaría a una discusión en profundidad de los derechos y obligaciones

universales de todos los seres humanos, una discusión ética sin duda alguna, que es la de los derechos humanos y a la que debe sumarse el problema de determinar las condiciones morales y jurídicas de una sociedad multicultural.

En síntesis, dice Apel, una concepción de la ética universal como una respuesta al proceso de globalización debería ser más que un mero acuerdo sobre una cierta enumeración de valores, aunque esta —como lo fue la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948— pueda ser muy útil e incluir una declaración similar de deberes o responsabilidades morales, con el propósito de contrarrestar el debate sobre los derechos que acusados de ser una expresión del individualismo egoísta occidental (Cortina & García Marzá, 2003, p. 218).

La regla de oro de la dimensión ética del ordenamiento político mundial, dice Küng (1999, p. 235), es que los seres humanos han de tratar a los demás como ellos mismos quisieran ser tratados; base sobre la cual se desarrollan luego los valores fundamentales como el respeto a la vida, la libertad, la justicia, la solidaridad, la integridad, etc. Por cierto, estos valores deben explícitamente formar parte de una ética civil global con derechos y deberes específicos, asumida por todo el conjunto de entidades y empresas públicas y privadas, por colectivos humanos y por individuos. Los deberes son, por ejemplo, contribuir al bien común, tener en cuenta las repercusiones de las propias acciones en la seguridad y bienestar de otros, exigir la igualdad de derechos, preservar la herencia cultural y espiritual de la humanidad, velar por los intereses de las futuras generaciones, participar activamente en el ordenamiento político y comprometerse a eliminar la corrupción, entre otros. Todo ello está contenido en el informe de la Comisión para un Ordenamiento Político Mundial creada por las Naciones Unidas, que lleva el título «Vecinos en un único mundo», de 1995.

Otro documento de singular importancia es «Nuestra creativa diversidad», emitido por la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo de las Naciones Unidas y de la UNESCO, también de 1995. En este documento, se definió el término «desarrollo» como un proceso que promueve la libertad real de los seres humanos, quienes la ponen al servicio de aquello a lo que atribuye valor. Señala, en la búsqueda de una ética global, que «la colaboración entre personas de diferentes culturas e intereses se facilitará y se disminuirán y mitigarán sus conflictos cuando todos los hombres y grupos se sientan unidos y motivados por deberes comunes». Las fuentes de una ética global la constituyen las grandes tradiciones culturales y religiosas en las cuales está presente la antes mencionada regla de oro; también los elementos técnicos procedentes de la cultura civil global, que tiene como pilares éticos los derechos y deberes humanos, la democracia, la protección de las minorías, el compromiso a favor de una pacífica solución de los conflictos y la equidad en las relaciones intergeneracionales.

Dice Oswaldo de Rivero que la actual aldea global tiene solo una calle principal integrada por los países desarrollados y un grupo reducido de barrios ricos de los países pobres y que la norma que rige las relaciones de la calle principal con el resto de la aldea es la ley del ajuste social sin modernización, que sirve para que la mayoría subdesarrollada le pague la deuda que contrae por su falta de competitividad, sin recibir de su parte una inversión y tecnologías que la modernicen (2003, p. 237). Esta selección darwiniana de la revolución tecnológica hace que los estados subdesarrollados se conviertan en especies no aptas para competir y en economías nacionales inviables.

Pero esa ley de la jungla no puede seguir aplicándose —continúa De Rivero— sin serias consecuencias para toda la humanidad, ya que ello da lugar a una reacción por parte de los excluidos que, afectados en su dignidad, terminan enfrentándose a sus depredadores, lo que da lugar a turbulencias sociopolíticas de gran magnitud cuando se sobrepasan determinados límites. Así, pues, el reto principal de la humanidad en el siglo XXI es darle progreso moral a esa aldea darwiniana; es decir, «progresar hacia la práctica de un conjunto común de valores globales que nos identifiquen como una sola civilización planetaria comprometida a reducir la depredación entre humanos, a reconciliar los patrones de producción y consumo con la ecología y darle un sentido ético al progreso científico y tecnológico» (Rivero, 2003, p. 239). Para ello —señala De Rivero—, es indispensable abandonar toda pretensión de ingeniería político-social, pues la idea de lograr una sociedad justa nacional o internacional es una falacia intelectual heredada del Siglo de las Luces, que produjo millones de sacrificios humanos.

Lo que debe buscarse —continúa el autor— es un número concreto de valores humanos planetarios que deben protegerse dentro de cualquier cultura y que nos identifiquen como una civilización humana planetaria, a pesar de nuestra diversidad cultural, los que están por ejemplo incorporados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y esos derechos deben tener respaldo y aplicación; es decir, algún tipo de mecanismo de fuerza pública internacional permanente que los ponga en vigencia y los haga respetar. En el ámbito económico, por ejemplo, es preciso revertir las actuales tendencias «que pretende hacer del mercado una ley natural, moralmente neutra, como la ley de la selección natural, que decide qué personas, empresas o naciones son aptos o no para sobrevivir, sin interesar el desempleo, la pobreza, la ecología y el grado de desarrollo de los países» (Rivero, 2003, p. 241).

La actual globalización económica no puede transmitir los actuales patrones de consumo a las poblaciones excluidas, simplemente porque la Tierra no lo soportaría. Cambiar esta tendencia es sumamente difícil, pero es necesario antes de que continúen las catástrofes climáticas, que el costo de la producción de bienes y servicios

refleje el costo ecológico, pues no puede contabilizarse como riqueza un crecimiento que consiste en recalentar la atmósfera, destruir la biodiversidad, crear escasez de agua, etc. Es por tanto necesario y urgente dar sentido ético al progreso porque nos encontramos ante una nueva fase o etapa de la revolución científico-tecnológica, impulsada por la sofisticación digital, la inteligencia artificial, la ingeniería genética y otras herramientas similares. Es también pertinente insistir en una planificación familiar voluntaria y democrática y tener presentes las palabras de Albert Einstein: «[...] la única cura contra el daño causado por el progreso científico es el progreso ético» (Rivero, 2003, p. 246).

Sakiko Fukuda-Parr, directora del Informe sobre Desarrollo Humano 2003 de las Naciones Unidas, y el economista Jeffrey Sachs de la Universidad de Columbia, señalaron que la gran paradoja de nuestros días es que el enorme sufrimiento de los pobres del mundo, a causa de la enfermedad, la exclusión, el hambre y la falta de acceso a agua potable y saneamiento, puede superarse fácilmente con un mínimo de ayuda por parte de los países ricos, pues con menos del 1% de sus ingresos brutos, ese sufrimiento podría verse significativamente reducido o eliminado. Así pues, para esos autores, «el mayor desafío del desarrollo económico no es cómo aliviar la pobreza, sino cómo conseguir que los países pobres y ricos cumplan sus promesas» (2003)³⁷⁸.

Adela Cortina nos recuerda que hace ya más de dos siglos afirmaba Kant, en sus tratados de pedagogía, «que no se debe educar a los niños pensando en el presente, sino en una situación mejor, posible en el futuro. La profecía que se cumple a sí misma vendría aquí a colación, porque no hay mejor modo de materializar un ideal que educar para alcanzarlo, ayudando a convertirlo en realidad» (1999, p. 251). Por esta razón es que las bases de un plan de educación han de ser cosmopolitas e impartir una formación en las habilidades necesarias para alcanzar determinados fines; en la prudencia para saber adaptarse a la vida en sociedad, ser querido y tener influencia («civilidad»); la moralidad, para poder distinguir entre los fines que son buenos y los que no lo son; todo ello con el objeto de alcanzar una comunidad justa en la que se atienda prioritariamente a sus miembros en lo que a sus necesidades básicas se refiere, pero que al estar razonablemente cubiertas atiendan a las necesidades de los demás seres humanos.

³⁷⁸ Entre otros puntos, los autores indican que la ayuda proporcionada por los Estados Unidos es la más baja de todos los países desarrollados en función de sus ingresos, pero que la opinión pública estadounidense cree que donan a los países pobres mucho más ayuda de la que realmente conceden y muchas de esas donaciones —durante la época de la Guerra Fría y posteriormente— fueron a parar a manos de tiranos y delincuentes por motivos tácticos de política exterior.

Pero, además del uso crítico, hay también en los derechos humanos un esbozo de algo por venir, el empeño de una institución aún no lograda. En la Tierra habitada por cinco mil millones de seres humanos y en rápido crecimiento de esa cifra de población, la reivindicación de lo universal no es un delirio religioso ni un nuevo mito laico occidental, sino una necesidad política que no admite colores nacionales ni aplazamientos interesados. En este sentido, los derechos humanos pueden ser considerados el adelanto de la futura constitución del estado mundial o del centro de control al que pueda recurrirse con eficacia por encima de los estados nacionales. Quizá esta sea la vía del cumplimiento de un viejo anhelo libertario, porque el Estado como hoy lo conocemos desaparecerá cuando ya no sea instrumento de enfrentamiento militar contra otros, sino una administración global de lo que forzosamente ha de ser común o desaparecer. Cuando ya no haya más que un Estado, este dejará de ser Estado al menos en el sentido clásico que hoy conocemos. Es difícil exagerar la importancia de esta perspectiva, que hoy tiene más que ver con la supervivencia que con la utopía, a no ser que aquella no sea ya más que la postrera y desesperada manifestación de esta. Pero también es difícil exagerar los peligros que el cumplimiento perverso de este ideal comportaría. Esta perspectiva enlaza, empero, no solo con amenazas totalitarias de control, sino también con una nueva ilustración política del individualismo [...] La implacable presencia del hambre en el mundo es una realidad que no admite sosiego y anuncia terribles formas posibles de esclavitud futura; el paro y la llamada crisis económica, de perfiles tan discutibles y coartada de chantajes tan patentes, reclama una alternativa al trabajo-producción que no sea ni ocio pagado ni marginación de la actividad creadora. La demanda verídica de los derechos humanos, en su aspiración a verse de un modo u otro institucionalizada, no puede olvidar este urgente trasfondo sobre el que recorta sus reclamaciones. Las palabras de Ernst Bloch vienen bien aquí como cierre provisional del acercamiento teórico a esta cuestión esencialmente práctica: De suerte que la dignidad humana no es posible sin la liberación económica y que esta, más allá de los emprendedores y las empresas de todo orden, no lo es tampoco sin la causa de los derechos del hombre. Estos dos resultados no nacen automáticamente del mismo acto, pero reenvían recíprocamente uno a otro, la prioridad es económica, el primado es humanista. No hay verdadera instauración de los derechos del hombre sin final de la explotación, no hay verdadero final de la explotación sin instauración de los derechos del hombre.

Ética como amor propio

Fernando Savater

Felizmente, «se generaliza cada vez más la idea de que la sociedad no puede subsistir sin reglas de juego, normas de comportamiento, máximas morales, es decir, sin un mínimo de valores vinculantes, actitudes internas y normas obligatorias» (Küng, 1999, p. 283)³⁷⁹.

³⁷⁹ Küng recuerda una advertencia de Mahatma Gandhi en «Los siete pecados capitales del mundo actual»: riquezas sin trabajo/disfrute sin conciencia/conocimientos sin carácter/negocios sin moral/ciencia sin humanidad/religión sin sacrificio/política sin principios.

Creemos conveniente entonces finalizar teniendo presente el contenido integral de este libro y recordando a Víctor Hugo (citado por Kung, 1999, p. 287) cuando sentencia que el futuro tiene muchos nombres:

Para los débiles es lo inalcanzable.

Para los tímidos es lo desconocido.

Para los valientes es la oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad, Samuel (2004). *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Abanto, Manuel (1997). *El derecho de la libre competencia*. Lima: San Marcos.
- Abanto Revilla, César (2013). *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Abramovich, Víctor & Christian Courtis (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Acemoglu, D. & J. Robinson (2012). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Buenos Aires: Ariel.
- Ackerman, Bruce (1978). *Private Property and the Constitution*. New Haven: Yale University Press.
- Acosta, Yahir & Bradly Condon (2013). *Monografía del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC*. Centro de Derecho Económico Internacional del ITAM, p. 1. Disponible en: https://www.mincetur.gob.pe/reglamentostecnicos/documentos_interes/Documento_interes/03_Monografia_del_Acuerdo_OTC_de_la_OMC.pdf
- Agenda Perú (2000). *Perú, agenda y estrategia para el siglo XXI*. Informe Final del Programa Agenda Perú. Lima.
- Aghón, Gabriel (1993). *Descentralización fiscal: marco conceptual, proyecto regional de descentralización fiscal*. Santiago de Chile: CEPAL, GTZ.
- Aghón, Gabriel (2000). Los retos pendientes de la descentralización fiscal en América Latina y el Caribe. Intervención en la conferencia introductoria del seminario internacional *Avances y dificultades de la Descentralización en El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y República Dominicana*, organizado por el Proyecto FODES/GTZ de Nicaragua con el apoyo de los Proyectos GTZ de los países involucrados, Managua, 29-30 de mayo.
- Aguado I Cudolà, Vincencç (1994). *La presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Civitas.
- Aguallo Avilés, Ángel (2003). Una vez más, acerca de la necesidad de hacer un verdadero análisis constitucional de las normas tributarias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 68.
- Aguilar, Giovanna & Rosa Morales (2005). *Las transferencias intergubernamentales, el esfuerzo fiscal y el nivel de actividad*. Documento de Trabajo IEP 144. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

- Agulló Agüero, Antonia (1982). Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario. *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, 37.
- Akerlof, George & Robert Shiller (2016). *La economía de la manipulación*. Bogotá: Paidós.
- Alarco, Germán (2017). *Lecturas prohibidas*. Lima: Otra Mirada.
- Alarco, Germán; César Castillo & Favio Leiva (2019). *Riqueza y desigualdad en el Perú. Visión Panorámica*. Lima: Oxfam.
- Alayza y Paz Soldán, Toribio (1927). *Derecho administrativo general y del Perú*. Lima: Sanmartí.
- Albaladejo, Manuel (1977a). *Derecho civil I. Derecho de bienes*. Vol. 1, tomo III. Barcelona: Bosch.
- Albertí Rovira, Enoch (2004). La Constitución Económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71.
- Alegre Chang, Ada (2010). *Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida*. En *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*. Lima: Gaceta Constitucional, Gaceta Jurídica. Disponible en: <<http://adaalegreconsultores.com.pe/articulos8apdf>>.
- Alexy, Robert (1997). *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert (2003). Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. En Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Aljovín de Losada, Cristóbal & Eduardo Araya (2006). Prácticas políticas y formación de ciudadanía. En *Perú-Chile/Chile-Perú 1820-1920: desarrollos políticos, económicos y sociales*. Lima y Valparaíso: Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Alleyne, George (2002). Salud, ética y desarrollo. En Bernardo Kliksberg (ed.), *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Alonso García, Enrique (1983). El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. *Revista de Administración Pública*, 100-102.
- Alonso García, Enrique (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alonso García, María (1995). *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*. Madrid: Marcial Pons.
- Altmann, Walter (2002). Los desafíos éticos y el desarrollo. Una perspectiva teológica protestante. En Bernardo Kliksberg, ed., *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Alvarado, Betty (1994). Responsabilidades y rentas municipales en el Perú: principales cambios. *Informe de Coyuntura*.
- Álvarez Rodrich, Augusto (1985). La actividad empresarial del Estado en el Perú. *Apuntes* 16.
- Álvarez Rodrich, Augusto (1992). Los objetivos de la privatización de empresas estatales. *Thémis*, 23.

- Álvarez Rodrich, Augusto (1995). Del Estado empresario al Estado regulador. En Julio Cotler, ed., *Perú 1964-1994. Economía, sociedad y política*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Álvarez Soberanis, Jaime (1979). *La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia tecnológica*. CDMX: Porrúa.
- Álvarez Vita, Juan (2012). Derecho al desarrollo y globalidad. *Lex*, 10. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v10i10.157>.
- Alza Barco, Carlos (2005). Enfoque de derechos en los servicios públicos: la Defensoría del Pueblo y el derecho humano al agua. *Debate Defensorial*, 6.
- Alza Barco, Carlos & César Ipenza Peralta (2007). *La gestión pública inconexa. El caso de la política ambiental a propósito de la superposición de lotes de hidrocarburos en las áreas naturales protegidas*. Lima: Asociación Peruana para la Conservación de la Naturaleza.
- Alzamora Valdez, Mario (1963). *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima: P.L. Villanueva.
- Amado, José Daniel (1991). Los instrumentos internacionales de garantía a la inversión extranjera y la Constitución Política del Perú. *Thémis*, 20.
- Amado, José Daniel & Bruno Amiel (2005). La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras. *Thémis*, 50.
- Amado, José Daniel & Luis Miranda (1996). La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato ley. *Thémis*, 33.
- Amat y León, Carlos (2006). *El Perú nuestro de cada día*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Andaluz, Carlos (2006). *Manual de derecho ambiental*. Lima: Proterra.
- Aparicio Tovar, Joaquín (2002). El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida, dirs., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Aragón, Manuel (1995). *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Aramburú Menchaca, Andrés (1988). El arbitraje comercial en el Perú. En *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco.
- Aráoz Villena, Luis Alberto (2006). El ejercicio de la potestad tributaria y del derecho de cobrar tributos y su compatibilidad con el principio de legalidad. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra.
- Araujo Juárez, José (2013). El principio del equilibrio económico. En *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el siglo XXI*. Vol. I. Lima: Adrus.
- Arcos Ramírez, Francisco (2014). Solidaridad. En Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F. J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa, dirs., *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV: Siglo XX*. Vol. IV. Madrid: Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

- Arellano García, Carlos (s/f). Evolución de la cláusula Clavo y la zona prohibida en el derecho constitucional mexicano y en el derecho internacional. <https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/02DrARELLANO.pdf>
- Arias, Luis Alberto; L. Brachowitz; R. Guzmán & José Luis Montalvo (2009). *La descentralización fiscal en el Perú y propuesta de coparticipación tributaria*. Lima: INDE Consultores, Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales.
- Arias, Luis Alberto & Carlos Casas Tragodara (2010). *Propuesta técnico legal de descentralización fiscal*. Lima: Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales.
- Arias Schreiber, Max (1987). *Exégesis. Contratos: parte general*. Tomo I. Lima: Studium.
- Ariño Ortiz, Gaspar (1979). La iniciativa pública en la Constitución: delimitación del sector público y control de su expansión. *Revista de Administración Pública*, 88.
- Ariño Ortiz, Gaspar (1989). Leyes singulares, leyes de caso único. *Revista de Administración Pública*, 118.
- Ariño Ortiz, Gaspar (1993). *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons.
- Ariño Ortiz, Gaspar (1995). *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Madrid: Marcial Pons / Idelco.
- Ariño Ortiz, Gaspar (1999). *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares.
- Ariño Ortiz, Gaspar (2001). Infraestructuras. Nuevo marco legal. En Rafael Izquierdo, ed., *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.
- Ariño Ortiz, Gaspar (2004). *Principios de derecho público económico*. Lima: ARA.
- Ariño Ortiz, Gaspar (2006). Logros y fracasos de la regulación. *Thémis*, 52.
- Arnillas, Federico & Luis Olivera (1998). Perú. Municipios: democracia y legitimidad en contextos de crisis. En *Gobiernos locales y desarrollo en América Latina. Los casos de Perú, Bolivia, Colombia y Chile*. Lima: ESAN / USAID.
- Arnsperger, Christian & Philippe Van Parijs (2002). *Ética económica y social*. Barcelona: Paidós.
- Arroyo Gil, Antonio & Isabel Giménez Sánchez (2014). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98.
- Arroyo Jiménez, Luis (2004). *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Asamblea Constituyente de 1978. *Diario de debates*. Lima: Congreso de la República.
- Asís, Rafael de (2002). La apertura constitucional: la «dignidad de la persona» y «el libre desarrollo de la personalidad» como fundamentos del orden político y de la paz social. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida, dirs., *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*. Granada: Comares.
- Assadourian, Carlos (1982). *El sistema de economía colonial. Mercado interno, regiones y espacio económico*. Lima: IEP.
- Ataliba, Gerardo (1992). Seguridad jurídica. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 22.

- Avendaño Arana, Francisco (2007). Artículo 928. La expropiación. En Walter Gutiérrez Camacho, dir., *Código Civil comentado*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.
- Avendaño Valdez, Jorge (1984). Atributos y caracteres del derecho de propiedad. Lima: PUCP.
- Avendaño Valdez, Jorge (1994). El derecho de propiedad en la Constitución. *Thémis*, 30.
- Avendaño Valdez, Jorge (2003). Definición de propiedad. En Walter Gutiérrez Camacho, dir., *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.
- Avendaño Valdez, Jorge (2005). Derecho de propiedad. Expropiación. En Walter Gutiérrez Camacho, dir., *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Avendaño Valdez, Jorge (2012). La propiedad en el Código Civil. En Giovanni Priori, editor, *Estudios sobre la propiedad*. Lima: PUCP.
- Ávila Cabrera, Víctor (2005). Igualdad de trato entre inversión nacional y extranjera. Solución de controversias. En Walter Gutiérrez Camacho, dir., *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ávila, Humberto (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Trad. Laura Criado Sánchez. Madrid: Marcial Pons.
- Avilés Hernández, Víctor Manuel (1998). *Orden público económico y derecho penal*. Santiago: Conosur.
- Aylwin, Mariana (2002). Ética, desarrollo humano y economía. El desafío de la inequidad en la educación. En Bernardo Kliksberg, ed., *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Baca Oneto, Víctor (2001). La nulidad de los contratos públicos por la ausencia de consignación presupuestaria previa. *Revista de Derecho*, 2.
- Baca Oneto, Víctor (2006). La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración. En especial, el caso del embargo de dinero público. *Revista de Derecho Administrativo*, 2.
- Baca Oneto, Víctor (2008). La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica. En Jorge Danós Ordóñez, José Antonio Tirado Barrera, Verónica Rojas Montes y Roberto Jiménez Murillo, eds., *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano*. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Grijley.
- Baca Oneto, Víctor (2013). El arbitraje con el Estado como alternativa de control de la actuación de la Administración. En Jaime Rodríguez Arana, Miguel Ángel Sendín García y Jorge Danós Ordóñez, eds., *Contratación pública. Doctrina nacional e internacional*. Vol. II. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Lima: Adrus.
- Baca Oneto, Víctor (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano. *Ius et Veritas*, 48.
- Bachof, Otto (1987). *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas.

- Baer, Werner (2002). El neoliberalismo en América Latina. ¿Un regreso al pasado? En Carlos Contreras y Manuel Glave, *Estado y mercado en la historia del Perú*. Lima: PUCP.
- Bákula, Juan Miguel (2002). *Perú: Entre la realidad y la utopía*. Lima: Fondo de Cultura Económica y Academia Diplomática del Perú.
- Balaguer, Francisco (2002). El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación del Estado Social. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida, dirs., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Ballesteros Bofia, Luis Ángel (2000). *Inembargabilidad de bienes y derechos de las administraciones públicas*. Madrid: Colex.
- Baño Leal, J. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24.
- Baquero, Julio (2002). *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Navarra: Civitas.
- Barcelona, Llop, Javier (2011). Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Administración Pública*, 185.
- Barnés, Javier (1989). La propiedad agraria a propósito de la STC37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza. *Revista de Administración Pública*, 119.
- Barquero, Juan (2002). *La función del tributo en el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barra, Rodolfo (1982). Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público. *La Ley*.
- Bartolomé Cenzano, José Carlos de (2002). *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Basadre, Jorge (1984). *Perú: problema y posibilidad*. Lima: Cotecsa.
- Basadre, Jorge (1999). *Historia de la República del Perú*. Octava Edición. Lima: La República / Universidad Ricardo Palma.
- Bassols Coma, Martín (1985). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.
- Baylos, H. (1978). *Tratado de derecho industrial*. Madrid: Civitas.
- Bayona de Perogordo, Juan José & María Teresa Soler Roch (1991). *Compendio de derecho financiero*. Alicante: Compás.
- Bayón Mariné, Ignacio (1972). *Aprobación y control de los gastos públicos*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Beard, Charles (1935). *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Nueva York: MacMillan.
- Beaumont, Ricardo (2005). Tenencia y disposición de moneda extranjera. En Walter Gutiérrez Camacho, dir., *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

- Beaumont, Ricardo (2008). El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas. En César Landa, ed., *Constitución Económica del Perú. Foro Económico Asia-Pacífico (APEC)*. Lima: Palestra.
- Beck, Ulrich (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós.
- Béjar, Héctor (2001). *Justicia social, política social*. Lima: Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación.
- Belaunde, Víctor Andrés (1966). *El debate constitucional. Discursos en la Asamblea 1931-1932*. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- Bellamy, Christopher; Enric Picañol & Graham Child (1992). *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas.
- Benavides, José Luis (2013). El principio de eficacia en la contratación estatal. En *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el siglo XXI*. Vol. I. Lima: ADRUS.
- Benner, Chris (2006). El trabajo en la sociedad red: lecciones de Silicon Valley. En Manuel Castells, ed., *La sociedad red. Una visión global*. Madrid: Alianza.
- Berastain, Claudio (2017). La inversión extranjera en frontera y el anacrónico artículo 71º de la Constitución política del Perú. <http://agnitio.pe/articulos/la-inversion-extranjera-en-frontera-y-el-anacronico-articulo-71-de-la-constitucion-politica-del-peru/>
- Bercovitz, Alberto (1984). Ámbito de aplicación y derecho de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores. *Estudios sobre Consumo*, 3.
- Bercovitz, Alberto (2001). *Apuntes de derecho mercantil*. Pamplona: Aranzadi.
- Bercovitz, Alberto (coordinador) (1992). *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*. Madrid: Cámara de Comercio e Industria de Madrid.
- Bermejo Vera, José (1994). *Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Bernal Blay, Miguel Ángel (2006). Los servicios sociales. Concepto jurídico y fundamentos. En Varios Autores, *Temas actuales de derecho administrativo*. Trujillo: Normas Legales.
- Bernal, María Elena (2006). Breves apuntes sobre la ocupación del dominio público mediante las redes de telecomunicaciones. *Revista de Derecho Administrativo*, 1.
- Bernal Pulido, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal Pulido, Carlos (2006). La posición de América Latina en el contexto de la globalización. *Derecho*, 58.
- Bernales, Enrique (con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda) (1997). *La Constitución de 1993. Análisis comparado. Constitución y sociedad*. Lima: ICS.
- Berstein, Solange (1996). *Reformas a los sistemas de pensiones: Argentina, Chile, Perú*. Santiago: Prisma.
- Bidart Campos, Germán (1986). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar.

- Bidart Campos, Germán (2000). Los derechos económicos sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994. *Revista Hechos y Derechos*, 7.
- Bidart Campos, Germán (2002a). *Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional*. Ponencia presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ciudad de México, febrero de 2002, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Bidart Campos, Germán (2002b). La Constitución Económica (Un esbozo desde el derecho constitucional argentino). *Cuestiones Constitucionales*, 86.
- Bidart Campos, Germán (2002c). *La propiedad en el marco del constitucionalismo social*. Buenos Aires: La Ley.
- Bidart Campos, Germán (2005). Una mirada constitucional al principio de la «buena fe». En Marcos M. Córdoba, dir., *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- Billardi, Cristián (2006). *Solve et repete. Crítica a su vigencia jurídica*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Blackstone, William (1979). *Commentaries on the laws of England*. Chicago: University of Chicago Press.
- Blancas Bustamante, Carlos (2011). *La cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: PUCP.
- Blume Fortini, Ernesto (2001). Preámbulo de la Constitución de Perú. En Antonio Torres Moral y Javier Tejada, dirs., *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blume Rocha, Aldo (2011). *Los decretos de urgencia de Alan García. El abuso y la usurpación de la facultad legislativa por parte del Poder Ejecutivo. Balance constitucional de los decretos de urgencia durante el segundo gobierno del presidente Alan García Pérez*. Lima: Instituto de Defensa Legal / Justicia Viva.
- Bobbio, Norberto (1987). *El futuro de la democracia*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Bocchiaro, José Carlos (1993). *Informe por la Argentina sobre el tema «El principio de la seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo»*. XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Lima.
- Böckenförde, Ernest-Wolfgang (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.
- Bokobo Moiche, Susana (2006). La globalización del derecho tributario. Una aproximación. En *Globalización y derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 9.
- Boloña Behr, Carlos (1993). *Cambio de rumbo. El programa económico para los 90*. Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado.
- Boltanski, Luc & Eve Chiapello (2002). *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid: Akal.
- Bon, Pierre (2016). *Derecho administrativo y justicia constitucional*. Lima: Palestra.

- Bonet Pérez, Jordi (1994). *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Barcelona: PPU.
- Bonilla, Heraclio (2005). *El futuro del pasado. Las coordenadas de la configuración de los Andes*. T. II. Lima: Fondo Editorial Pedagógico de San Marcos.
- Bonilla, Heraclio (2006). *La trayectoria del desencanto. El Perú en la segunda mitad del siglo XIX*. Lima: Arteidea.
- Boquera Oliver, José María (1999). Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy. *Revista de Administración Pública*, 150.
- Borda, Guillermo A. (1989). *Manual de Derecho Civil. Parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bordón, José (2002). Las demandas de ética de la población en América Latina y el rol de los políticos. En *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Borea Odría, Alberto (1977). *La defensa constitucional: el amparo*. Lima: D.E.S.A.
- Borea Odría, Alberto (1994). *Derecho y Estado de derecho. Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Legislativos, Económicos y Sociales.
- Borja Martínez, Francisco (1985). Régimen jurídico de la banca. En *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*. CDMX: Porrúa.
- Botana G., Gema & M. Ruiz Muñoz (coords.) (1999). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Botero, Sandra (2006). La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 33.
- Brack Egg, Antonio (2004). *Biodiversidad, pobreza y bionegocios*. Lima: PNUD.
- Brañes Ballesteros, Raúl (1982). Chile: la nueva constitución económica. Los modelos constitucionales neoliberales. *Comercio Exterior*, 32(1).
- Brañes Ballesteros, Raúl (2000). El acceso a la justicia ambiental en América Latina: derecho ambiental y desarrollo sostenible. En *Derecho ambiental y desarrollo sostenible*. Memorias de Primer Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero. CDMX: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Oficina Regional para América Latina y el Caribe (ORPALC).
- Brañes Ballesteros, Raúl (2015). El derecho para el desarrollo sostenible en América Latina de nuestros días. *Revista de Derecho Ambiental*, 2. Disponible en <http://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36469/38091>
- Braudel, Fernand (1985). *La dinámica del capitalismo*. Madrid: Alianza.
- Brewer-Carías, Allan (2004). *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*. T. I. Colección Textos Legislativos 20. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, Allan (2006). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado.
- Briones, Juan (1999). *El control de concentraciones en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

- Briones, Juan; José Folguera; Andrés Font & Eduardo Navarro (1999). *El control de concentraciones en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- Buchanan, James (1986). *Liberty, Markets and State: Political Economy in the 1980s*. Nueva York: NYU Press.
- Buchanan, James & Gordon Tullock (1980). *El cálculo del consenso*. Madrid: Espasa Calpe.
- Bueno, Gustavo (2005). *El mito de la felicidad*. Barcelona: Ediciones B.
- Bueno Gallardo, Esther (2009). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular el derecho a la intimidad de los obligados tributarios*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bullard, Alfredo (1990). *La relación jurídico patrimonial reales vs. obligaciones*. Lima: Lluvia.
- Bullard, Alfredo (1994). La legislación antimonopólica y el mito del muro de Berlín. *Thémis*, 30.
- Bullard, Alfredo (1997). ¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. *Thémis*, 36.
- Bullard, Alfredo (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Bullard, Alfredo (2006). Enemigos íntimos, el arbitraje y los contratos administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje*, 2.
- Bullard, Alfredo (2011). ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor razonable. En O. Súmar, ed., *Ensayos sobre la protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Bullard, Alfredo (2016). «El Estado soy yo». La arbitrabilidad de las decisiones regulatorias. En Alfredo Bullard González, ed., *Litigio Arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra.
- Bullard, Alfredo & Yashmin Fonseca (1997). Alternativas para la protección legal de los derechos ambientales en el marco del desarrollo sustentable. En Pierre Foy, ed., *Derecho y ambiente: aproximaciones y estimativas*. Lima: PUCP.
- Bullard, Alfredo & C. Patrón (1999). El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal. *Thémis*, 39.
- Bullard, Alfredo; A. Falla & N. Roldán (2012). ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú? *Themis*, 62.
- Bulmer-Thomas, Víctor (1997). *El nuevo modelo económico en América Latina. Su efecto en la distribución del ingreso y la pobreza*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Bulmer-Thomas, Víctor (2002). *La historia económica de América Latina desde la Independencia*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Bulnes Aldunate, Luz (1981). La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho Público*, 29-30.
- Bustamante Belaunde, Luis (2001). La regionalización y la Constitución de 1979. En *Lecturas sobre regionalización*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

- Busto Duthurburu, José Antonio del (1978). *Descubrimiento y Conquista*. Lima: Studium.
- Bustos, Ismael (1981). Introducción al análisis de la Constitución. *Revista de Derecho Público*, 29.
- Byrne, Mónica & Eduardo Joo (2009). Apuntes sobre los convenios de estabilidad jurídica y su interrelación con los acuerdos internacionales suscritos por el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, 7.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo (1983). *Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo & Bernardo Saravia (2006). *Dumping, subsidios y salvaguardias*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabo Martín, Carlos de (1986). *La lucha por el Estado de derecho*. Barcelona: PPU.
- Caillaux Z., Jorge & Manuel Ruiz (2005). La protección jurídica de los conocimientos tradicionales y sus desafíos. En *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, 1. Lima: Palestra.
- Cairo, Omar (2004). *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra.
- Cairo, Omar (2008). *Escritos constitucionales*. Lima: Comunitas.
- Caivano, Roque (2006). Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje. *Revista Peruana de Arbitraje*, 2.
- Callar Ferreyros, María Eugenia; Ada Flores Talavera & Ascanio Dinorath Torpoco (2006). El control de constitucionalidad de las leyes tributarias y la competencia del Tribunal Fiscal en el Perú. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y temas de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra.
- Calleros Alarcón, Juan Carlos (2010). El vínculo entre seguridad nacional y migración en México. *Revista Mexicana de Política Exterior*, 88.
- Calmet Mujica, Diego & María Soledad Gastañeta Gonzales (2013). *Fiscalización de dumping y subsidios. Colección por vigésimo aniversario del Indecopi*. Lima: Indecopi.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis & Javier Carrascosa González (2001). *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex.
- Cámara Villar, Gregorio (2006). El derecho a la educación. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida, dirs., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Camarero, Jesús (1998). *El déficit social neoliberal. Del Estado de bienestar a la sociedad de la exclusión*. Bilbao: Sal Terrae.
- Campodónico, Humberto (2015). El proceso económico. En Carlos Contreras, dir., *América Latina en la historia contemporánea. Compendio de historia económica del Perú*. Tomo V. La búsqueda de la democracia 1960-2010. Lima: BCRP / IEP.
- Camps, Victoria (1990). Introducción. En J. Rawls, *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós / ICE / UAB.
- Camps, Victoria (2000). *El siglo de las mujeres*. Colección feminismos, 45. Valencia: Universidad de Valencia / Cátedra.

- Cançado Trindade, Antonio (1994). Las relaciones entre el desarrollo sustentable y los derechos económicos, sociales y culturales: los avances recientes. *Revista de Derecho y Políticas Ambientales en América Latina y el Caribe*, 1(3).
- Canosa Usera, Raúl (2000). *Constitución y medio ambiente*. Buenos Aires y Madrid: Ciudad Argentina / Dykinson.
- Cantuarias Salaverry, Fernando (2004). La utilización de la vía arbitral en la solución de conflictos entre el Estado Peruano y los inversionistas. *Thémis*, 48.
- Cantuarias Salaverry, Fernando (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC.
- Cantuarias Salaverry, Luis Felipe & Sergio Oquendo Heraud (1991). Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional. *Derecho PUCP*, 45.
- Caravedo Molinari, Baltazar (1988). *Descentralismo y democracia*. Lima: Gredes / Concytec.
- Carbajal, Christian (2004). Responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los tribunales CIADI. *Agenda Internacional*, 20.
- Carbonell Porrás, Eloísa (1996). *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons.
- Carbonell, Miguel (2003). Globalización y derecho: siete tesis. *Derecho*, 56.
- Carbonell, Miguel (2007). *Lochner vs. New York*. Libertad contractual y derechos fundamentales. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, 9.
- Cárdenas Quirós, Carlos (2000). *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra.
- Cardoso, Eliana & Ann Helwege (1993). *La economía latinoamericana: diversidad, tendencias y conflictos*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Carmona Cuenca, Encarnación (2000). *El Estado social de derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Carpizo, Jorge (1992). México, la Constitución y las situaciones de emergencia. *Derecho PUCP*, 46.
- Carpizo, Jorge (2006). Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 115.
- Carranza Ugarte, Luis & David Tuesta Cárdenas (2004). Consideraciones para una descentralización fiscal: pautas para la experiencia peruana. *Revista Estudios Económicos BCRP*, 12.
- Carrillo, Marc (2014). Constitución y control de las finanzas públicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1999). *Dignidad frente a barbarie (La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después)*. Madrid: Trotta.
- Casado Ollero, Fernando (2010). La Constitución y el derecho financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público. En *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*. Revista Jurídica de Buenos Aires.

- Casas, Carlos (1999). La visión económica de la descentralización. *Agenda Internacional*, 13.
- Casás, José Osvaldo (2001). Seguridad jurídica y tributación. *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2001.
- Casás, José Osvaldo (2010). Los principios de equilibrio y anualidad en materia presupuestaria. *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2010.
- Casilda Béjar, Ramón (1996). El Estado de bienestar a discusión. En *Pros y contras del Estado de bienestar* Madrid: Tecnos.
- Cassagne, Juan Carlos (1994). *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cassagne, Juan Carlos (1999). *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cassagne, Juan Carlos (2006). La supervivencia del contrato administrativo y su categorización jurídica. En J. C. Cassagne y E. Rivero, dirs., *La contratación pública*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Cassagne, Juan Carlos (2010). *Derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Palestra.
- Cassagne, Juan Carlos (2013). La permanencia del servicio público como institución jurídica (crisis y metamorfosis). En *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el siglo XXI*. Vol. II. Lima: Adrus.
- Cassagne, Juan Carlos (2014). Actuales desafíos y clásicos dilemas de la contratación pública. En *Derecho administrativo: innovación, cambio y eficacia*. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional del Derecho Administrativo. Lima: ECB.
- Cassese, Sabino (2002). «La Constitución Económica Europea». Transcripción y traducción de la ponencia no publicada sustentada en Toledo, España, en enero de 2002.
- Cassese, Sabino (2005). *Global Administrative Law. An introduction*. http://www.globussetlocus.org/kdocs/75932/s_cassese_global_administrative_law.pdf
- Cassese, Sabino (2006). *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Castañeda Otzu, Susana Ynés (2005). El proceso de acción popular: un análisis preliminar. En J. Palomino Manchego, coord., *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. T. II. Lima: Grijley.
- Castells, Manuel (2006). Informacionalismo, red, sociedad red. En *La sociedad red: una visión global*. Madrid: Alianza.
- Castells, Manuel & Pekka Himanen (2006). Modelos institucionales de sociedad red: Silicon Valley y Finlandia. En *La sociedad red: una visión global*. Madrid: Alianza.
- Castillo Córdova, Luis (2002). Acerca de la garantía del «contenido esencial» y la doble dimensión de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho*, 3.
- Castillo Córdova, Luis (2005). El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección en el proceso de amparo. En J. Palomino Manchego, coord., *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I. Lima: Grijley.
- Castillo, Juan Lino (1950). *El derecho presupuestario en el Perú*. Lima: P.T.C.M.

- Castillo, Juan Lino (1966). El principio de reserva de la ley en el Derecho Tributario. *Thémis*, 2.
- Castillo Freyre, Mario & Ricardo Vásquez Kunze (2004). *Analizando el análisis*. Lima: PUCP.
- Castro, Federico de (1949). *Derecho civil en España. Parte general*. Madrid: IEP.
- Castro-Pozo Díaz, Hildebrando (2000). *Régimen legal urbano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- CCD - Congreso Constituyente Democrático (1998). *Diario de Debates*. Pleno 1993. Tomo II. Lima: Congreso de la República.
- CCD - Congreso Constituyente Democrático (2001). Comisión de Constitución y de Reglamento. *Diario de Debates*. Tomo III. Lima: Congreso de la República.
- CCD - Democrático (2004). *Diario de Debates*. Comisión de Constitución y de Reglamento. Tomos III, IV y V. Lima: Congreso de la República.
- Cea Egaña, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ceccon, Brisa (2008). *El comercio justo en América Latina: perspectivas y desafíos*. CDMX: UNAM. Disponible en: scifunam.fisica.unam.mx/mir/copit/SC0002ES/SC0002ES.pdf
- Celotto, Alfonso (2002). Parlamento y poderes legislativos del gobierno en Italia: el abuso del Decreto de Urgencia (decreto ley). *Derecho PUCP*, 55.
- CEPAL - Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2000). *Equidad, desarrollo y ciudadanía*. Vol. I. Bogotá: CEPAL / Alfaomega.
- Céspedes Zavaleta, Adolfo (2010). *El Estado empresario. Verdades, conjeturas y mitos jurídicos*. Lima: Caballero Bustamante.
- Céspedes Zavaleta, Adolfo (2009). Servicios públicos y empresas públicas a propósito de las recientes nacionalizaciones de las entidades financieras a nivel mundial. En Orlando Vignolo Cueva, coord., *Teoría de los servicios públicos*. Lima: Grijley
- CGR - Contraloría General de la República (2014). *Estudio del proceso de descentralización en el Perú*. Lima: CGR.
- Chang Lobatón, Richard (2014). De la concepción civilista del derecho de propiedad predial a la concepción urbanista, una necesaria evolución. *Revista de Derecho Administrativo*, 14.
- Chang-Rodríguez, Eugenio (2012). *Pensamiento y acción en González Prada, Mariátegui y Haya de la Torre*. Lima: PUCP.
- Chaves, Jorge Arturo (2002). Enfoque y seguimiento éticos de las políticas económicas. En Bernardo Kliksberg, ed., *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires El Ateneo.
- Chávez González, Marco (2007). La expropiación indirecta y el capítulo 10 del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos de América. *Revista Peruana de Arbitraje*, 4.
- Cheesman, Roxanne (1986). Políticas de reactivación económica en la crisis de 1929. En *Las crisis económicas en la historia del Perú*. Lima: Centro Latinoamericano de Historia Económica y Social.
- Childe, Gordon (1996). *Los orígenes de la civilización*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.

- Chinchilla, Carmen (1991). El servicio público, ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión. En *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. T. II. Madrid: Civitas.
- Chinchilla, Carmen (2001). *Bienes patrimoniales del Estado: concepto y formas de adquisición por atribución de ley*. Madrid: Marcial Pons.
- Chinchilla, Carmen (2002). Las libertades de expresión e información en la televisión. *Debate Defensorial*, 4.
- Chiri Gutiérrez, Isabel & Zoraida Olano Silva (2006). La interpretación de la norma tributaria desde el prisma del Estado Constitucional. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y temas de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra / PUCP.
- Christoff, P. (1996). Ecological Citizens and Ecologically Guided Democracy. En B. Doherty y M. De Geus, eds., *Democracy and Green Political Thought. Sustainably, Rights and Citizenship*. Londres: Routledge.
- Chust, Manuel (2012). De la revolución doceañista bihemisférica a la «revolución española». 1812 versus 1837. En Heraclio Bonilla, ed., *La Constitución de 1812 en Hispanoamérica y España*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / Fundación Gilberto Alzate Avendaño.
- CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Catalina Botero Marino, Relatora Especial para la Libertad de Expresión. Washington DC: Organización de los Estados Americanos.
- Cidoncha Martín, Antonio (2011). La protección de los consumidores. En *Revista de Estudios Políticos*, 153.
- Cinciardo, Juan & Estela B. Sacristán (2014). El caso Avico y sus ecos, ochenta años después. *La Ley*, 78.
- Cincunegui, Juan de Dios (1995). Fundamentos legales de la regulación y el control de los servicios públicos. *La Ley*, 1995-D, 1261 ss.
- Citara, Rubén (1995). *El servicio público*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2005). Aspectos filosóficos de la buena fe. En Marcos M. Córdoba, dir., *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- Clapham, R. (1980). La economía social de mercado como sistema político. En *Economía social de mercado/Coloquio Peruano-Alemán*, organizado en Lima durante los días 29 y 30 de junio y 1 de julio de 1979, con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana.
- Clavero Arévalo, Manuel Francisco (1958). La inalienabilidad del dominio público. *Revista de Administración Pública*, 25.
- Coase, Ronald (1960). The problem of the social cost. *Journal of Law & Economics*, 3.
- Cobrerros Mendazona, E. (1987). Reflexión sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado. *Revista Vasca de Administración Pública*, 19.

- Congreso de la República (s/f). Asamblea Constituyente de 1978. Diario de Debates. Lima: Congreso de la República.
- Consejo Económico y Social de España (1999). *Los derechos del consumidor y la transparencia de mercado*. Madrid: CESE.
- Contreras, Carlos (2004). *El aprendizaje del capitalismo*. Lima: IEP.
- Contreras, Carlos (2010). Introducción. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú. Tomo I. Economía prehispánica*. Lima: BCRP / IEP.
- Contreras, Carlos (2014). Descentralización e historia. *El Comercio*, 5 de junio.
- Contreras Carlos & Manuel Glave (coords.) (2002). *Estado y mercado en la historia del Perú*. Lima: PUCP.
- Contreras, Carlos & Marcos Cueto (2004). *Historia del Perú contemporáneo*. Lima: IEP.
- Contreras Peláez, Francisco (1994). *Derechos sociales, teoría e ideología*. Madrid: Tecnos.
- Contreras Peláez, Francisco (1996). *Defensa del Estado social*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Cooter, Robert & Thomas Ulen (1998). *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Córdova, Luis (2005). El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección en el proceso de amparo. En José F. Palomino Manchego, coord., *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Lima: Grijley
- Correa, Diana Ximena (2002). *El arbitraje en el derecho administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Correa-Henao, Magdalena (2008). *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corti, Horacio (2001). El principio de igualdad tributaria. Una aproximación sistemática. *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2001.
- Corti, Horacio (1997). *Derecho financiero*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cortina, Adela (1999). *Ciudadanos del mundo*. Madrid: Alianza.
- Cortina, Adela (2000a). *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos.
- Cortina, Adela (2000b). *Ética de la empresa*. Madrid: Trotta.
- Cortina, Adela (2010). *Justicia cordial*. Madrid: Trotta.
- Cortina, Adela (2014a). *¿Para qué sirve realmente la ética?* Barcelona: Paidós.
- Cortina, Adela (2014b). Estado de justicia más que de bienestar. *Quadratin*. Disponible en <https://oaxaca.quadratin.com.mx/Adela-Cortina-Estado-de-justicia-mas-que-de-bienestar/>.
- Cortina, Adela & Domingo García Marzá (editores) (2003). *Razón pública y éticas aplicadas*. Madrid: Tecnos.

- Cortina, Adela & Emilio Martínez (2001). *Ética*. Madrid: Akal.
- Cosculluela, Luis & Mariano López (2011). *Derecho público económico*. Madrid: Iustel.
- Cossío Díaz, José Ramón (1997). *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cotarelo García, Ramón (1988). Crisis y reformulación del Estado de bienestar. En *Derecho y economía en el Estado Social*. Madrid: Tecnos.
- Cotarelo García, Ramón (1990). *Del Estado de bienestar al Estado del malestar*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cotler, Julio (1978). *Clases, Estado y nación en el Perú*. Lima: IEP.
- Cotler, Julio & Romeo Grompone (2000). *El fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*. Lima: IEP.
- Courtis, Christian (2013). Los derechos económicos, sociales y culturales. En Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Rafael de Asís Roig y Carlos R. Fernández Liesa, dirs., *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo IV, Siglo XX, Vol. VI, Libro III. Madrid: Dykinson / Fundación Gregorio Peces-Barba / Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas / Universidad Carlos III de Madrid.
- Cruz Ferrer, Juan de la (2001). Nuevas perspectivas en la regulación de infraestructuras. En Rafael Izquierdo, ed., *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.
- Cuesta Rute, José María de la (2002). *Curso de derecho de la publicidad*. Pamplona: EUNSA.
- Cuétara Martínez, Juan Miguel de la (2001). Sobre infraestructura en red y competencia entre redes. En Rafael Izquierdo, ed., *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.
- Dagen, Irving (1967). Derecho a igual protección en cuanto a vivienda, empleo, transporte y servicios públicos. En Gray L. Dorsey y John E. Dunsford, dirs., *Libertad constitucional y el Derecho*. CDMX: Limusa-Wiley.
- Dahl, Robert (1993). *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós.
- Dalla Via, Alberto (1999). *Derecho Constitucional Económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Damarco, Jorge Héctor (2001). Tributación y propiedad. *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2001.
- Dammert, Manuel (2002). *El canon como fuente de financiamiento para el desarrollo regional y local*. Lima: PNUD.
- Dancourt, Óscar (1999). Reforma neoliberal y política macroeconómica en el Perú. *Revista de la CEPAL*, 67.
- Danós Ordóñez, Jorge (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana. En O. Vignolo, coord., *Teoría de los servicios públicos*. Lima: Grijley.
- Danós Ordóñez, Jorge (2013). Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú. *Ius et Veritas*, 46.
- Danós Ordóñez, Jorge (2018). Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas para la Administración Pública.

- En *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.
- Dargent, Eduardo (2010). El Perú en la política comparada: temas de estudio. En Carlos Meléndez y Alberto Vergara, eds., *La iniciación de la política. El Perú político en perspectiva comparada*. Lima: PUCP.
- Davis, Sue (1989). *Justice Rehnquist and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press.
- Degregori, Carlos Iván (1991). El aprendiz de brujo y el curandero chino. Etnicidad, modernidad y ciudadanía. En Carlos Iván Degregori y Romeo Grompone, eds., *Demonios y redentores en el nuevo Perú. Una tragedia en dos vueltas*. Lima: IEP.
- Delgado Barreto, César (1995). Aspectos morales y jurídicos de la deuda externa. *Derecho PUCP*, 49.
- Delgado Güembes, César (1992). *¿Qué parlamento queremos?* Lima: Cultural Cuzco.
- Delgado Piqueras, Francisco (1993). Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38.
- Delgado Silva, Ángel (1995). *Decreto legislativo 776: atentado a la democracia local*. Lima: Instituto Sociedad y Desarrollo.
- Delgado Silva, Ángel (2006). La reforma pendiente. Vicisitudes de la tributación municipal en el Perú. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra.
- Delpiazzo, Carlos E. (2006). Los principios generales en la contratación pública. En Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, dirs., *La contratación pública*. Tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi.
- Deppeler, Néstor (2005). *Contratos comerciales de servicios*. Buenos Aires: Legis.
- Desdentado, Eva (1999). *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Díaz Candia, Hernando (2009). La jurisdiccional arbitral frente a los actos administrativos: hacia el arbitraje contencioso administrativo. *Revista Internacional de Arbitraje*, 10.
- Díaz, Elías (1975). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Edicusa.
- Díaz Revorio, Francisco Díaz (2003). *La interpretación constitucional de la ley*. Lima: Palestra.
- Díaz Revorio, Francisco Díaz (2006). *La «Constitución abierta» y su interpretación*. Lima: Palestra.
- Díaz Revorio, Francisco Javier (compilador) (2004). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Lima: Palestra.
- Díaz y Díaz, Martín & Antonio Azuela (2014). *Ensayos sobre la propiedad*. CDMX: UNAM.
- Diez Canseco Cisneros, Javier (2002). *Decretos secretos y mal uso de fondos públicos: el Perú bajo el fujimorismo*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Diez Canseco, Luis & José Ignacio Távara (2003). Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú. *Thémis*, 47.

- Diez-Picazo, Luis (1977). Propiedad y Constitución. En Luis Sánchez Agesta, ed., *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Diez-Picazo, Luis (1990). *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.
- Diez-Picazo, Luis (2012). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, Luis & Antonio Gullón (1994). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Madrid: Tecnos.
- Diez Sánchez, José (2004). Comentarios en torno a la Ley del proceso contencioso administrativo del Perú. *Revista de Administración Pública*, 165.
- Donayre, Patricia (2001). *Los decretos legislativos en el Perú*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Donges, Jürgen (1977). Sistema económico y Constitución alemana. En Luis Sánchez Agesta, ed., *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Door, Roberto (2003). La obligación de servicio universal. En Maite Vizcarra, comp., *La sociedad de la información. Nuevas tendencias de las telecomunicaciones*. Lima: UPC.
- Dourojeanni, Marc (1986). *Recursos naturales, desarrollo y conservación en el Perú*. Lima: Manfer / Juan Mejía Baca.
- Dromi, Roberto (1991). *Reforma del Estado y privatizaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.
- Dromi, Roberto (1995). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dromi, Roberto (1997). *Licitación pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dromi, Roberto (2003). *Renegociación de contratos públicos en emergencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Du Pasquier, Claude (1950). *Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica*. Lima: Librería Internacional del Perú.
- Duguit, León (1926). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Francisco Beltrán.
- Duguit, León (2007). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada: Comares.
- Duque Domínguez, Justino (1977). Iniciativa privada y empresa. En Luis Sánchez Agesta, ed., *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Durand, Francisco (2003). *Riqueza económica y pobreza política*. Lima: PUCP.
- Durand, Francisco (2007). *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Durand, Francisco (2015). *La mano invisible en el Estado (efectos del neoliberalismo en el empresariado y en la política)*. Lima: Fundación Friedrich Ebert.
- Durand, Francisco (2018). *Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos*. Lima: OXFAM / PUCP.
- Durán, Paloma (1992). *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Granada: Comares.

- Durán Rojo, Luis Alberto (2006). La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra / PUCP.
- Dworkin, Ronald (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Eguiguren Praeli, Francisco (2002). *Estudios constitucionales*. Lima: ARA.
- Eguiguren Praeli, Francisco (2007). *La responsabilidad del presidente*. Lima: PUCP.
- Enderle, Georges (2002). Algunos vínculos entre la ética corporativa y los estudios de desarrollo. En Bernardo Kliksberg, ed., *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Endress, Sergio (2010). Derecho presupuestario chileno: Notas sobre actores, procedimiento y principios de la Constitución. En *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*. Revista Jurídica de Buenos Aires.
- Erhard, Ludwig (1989). *Bienestar para todos*. Barcelona: Folio.
- Escobar Gil, Rodrigo (2003). *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis.
- Escribano, Francisco (1997). La disciplina constitucional de la prórroga de presupuestos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 50.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (2003). *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: ARA.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (2009). El derecho de información en el Perú: luces y sombras y algunos retos por afrontar. En Marcela Basterra y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, dirs., *El derecho de acceso a la información pública en Iberoamérica*. Lima: ADRUS.
- Espinoza Espinoza, Juan (2003). La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público. En Walter Gutiérrez Camacho, dir., *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza Espinoza, Juan (2004). Sobre los alcances del concepto de consumidor. En Juan Espinoza Espinoza, curador, *Ley de protección al consumidor*. Lima: Rodhas.
- Espinoza Espinoza, Juan (2005). Sobre el ámbito de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi y los alcances de la relación del consumo. *Derecho y Sociedad*, 24.
- Espinoza Espinoza, Juan (2006a). *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: PUCP.
- Espinoza Espinoza, Juan (2006b). *Derecho de los consumidores*. Lima: Rodhas.
- Espinoza, Juan & Pierino Stucchi (2006). *Coordinadores. Normas de la publicidad*. Lima: Rodhas.
- Espinoza S., Waldemar (1987). *Artesanos, transacciones, monedas y formas de pago en el mundo andino. Siglo XV y XVI*. Tomo II. Lima: Banco Central de Reserva del Perú.
- Espinoza S., Waldemar (1997). *Los incas, economía, sociedad y estado en la era del Tahuantinsuyo*. Lima: Amaru.

- Espinoza S., Waldemar (2010). Economía política y doméstica del Tahuantinsuyo. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú*. Tomo I: Economía Prehispánica. Lima: BCRP / IEP.
- Eto Cruz, Gerardo (2013). *Tratado del proceso constitucional de amparo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Evans de la Cuadra, Enrique (1999). *Los derechos constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Evans, Peter (2001). ¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización. En Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, eds., *Estado constitucional y globalización*. CDMX: Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México
- Fairén Guillén, Víctor (1980). ¿Posibilidad y conveniencia de introducir a los *ombudsmän* en los ordenamientos jurídicos de naciones de habla ibérica? *Revista de Estudios Políticos*, 14.
- Fairlie, Alan (2004). Luces y sombras del TLC Andino-Estados Unidos. En *El TLC en debate*. Lima: Fundación Friedrich Ebert.
- Falla, Alejandro & Eduardo Quintana (2003). *Derecho de la competencia en la Comunidad Andina. Derecho comunitario andino*. Lima: PUCP.
- Fappiano, Óscar & Juan Carlos Hitters (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar.
- Farjat, Gerard (1971). *Droit économique*. París: PUF.
- Fernandois, Arturo (2001). *Derecho constitucional económico*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Fernández Arce, César & Verónica Zambrano (2012). Fundamentos del derecho de sucesiones. En Giovanni F. Priori, ed., *Estudios sobre la propiedad*. Lima: PUCP.
- Fernández Baca, Jorge (2000). *Microeconomía: teoría y aplicaciones. El funcionamiento de los mercados y el bienestar económico*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Fernández Cartagena, Julio (2006). La capacidad contributiva. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra / PUCP.
- Fernández Farreres, Germán (1993). *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- Fernández Masiá, Enrique (2007). Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras. *Revista Internacional de Arbitraje*, 7.
- Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso (2003). El Estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69.
- Fernández Novoa, Carlos (1968). *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. Madrid: Revista de Derecho Mercantil.
- Fernández Ramos, Severiano (2002). *La actividad administrativa de inspección*. Granada: Comares.

- Fernández Rodríguez, José Julio (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid: Civitas.
- Fernández Rodríguez, José Julio (2005). Sociedad de información y hábeas data. En J. Palomino Manchego, coord., *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. T. I. Lima: Grijley.
- Fernández Segado, Francisco (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.
- Fernández Segado, Francisco (1993). La tutela de los intereses difusos. *Revista Chilena de Derecho*, 20.
- Fernández Segado, Francisco (1994). El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993. *Revista de Estudios Políticos*, 84.
- Fernández Segado, Francisco (1995). La inconstitucionalidad por omisión ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? *Thémis*, 31.
- Fernández Segado, Francisco (1996). La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. *Derecho PUCP*, 50.
- Fernández Sessarego, Carlos (1962). *La noción jurídica de persona*. Lima: San Marcos.
- Fernández Sessarego, Carlos (1992). *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Fernández Sessarego, Carlos (2005). Defensa de la persona. En Walter Gutiérrez, dir., *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández Torres, Juan R. (1998). *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Madrid: Civitas.
- Ferrajoli, Luigi (1999). *Derecho y garantías: la ley de más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.
- Ferrer, Aldo (1998). América Latina y la globalización. *Revista de la CEPAL*, número extraordinario.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2002). El acceso a la justicia de los intereses de grupo. Hacia un juicio de amparo colectivo en México. En *Derecho procesal constitucional*. Tomo I. CDMX: Porrúa.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2005). El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. En José F. Palomino Manchego, coord., *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I. Lima: Grijley.
- Ferreiros, Marisol (2006). El derecho a crear y el derecho a la cultura. En Walter Gutiérrez, dir., *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Figallo, Guillermo (2005). Régimen agrario. En Walter Gutiérrez C., dir., *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fikentscher, W. (1984). Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio). *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173.
- Fioravanti, Maurizio (1996). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

- Fisher, John (2000). *El Perú borbónico 1750-1824*. Lima: IEP.
- Fix-Zamudio, Héctor (1985). El Estado social de derecho y la constitución mexicana. En *La constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*. CDMX: Porrúa.
- Fix-Zamudio, Héctor (1997). Estudio preliminar. En Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Flores Galindo, Alberto (1988). *Buscando un inca*. Lima: Horizonte.
- Flores Nano, Lourdes (2015). *La economía social de mercado*. Lima: Instituto Pacífico.
- Flor, Pablo de la (2009). El TLC Perú-EE.UU. y la transformación de la política comercial peruana. *Agenda Internacional*, 27.
- Font Galán, Juan (1979). Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Mercantil*, 152.
- Font Galán, Juan (1987). *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos.
- Font Galán, Juan & Luis Miranda S. (2005). *Competencia desleal y antitrust*. Madrid: Marcial Pons.
- Forrester, Viviane (1997). *El horror económico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foy, Pierre (1997). En busca del derecho ambiental. En *Derecho y ambiente. Aproximaciones estimativas*. Lima: IDEA / PUCP.
- Francia Acuña, Laura (2014). Las transferencias de aprovechamiento urbanístico como mecanismo de gestión para la obtención gratuita de suelos dotacionales y para compensar déficits de áreas verdes. *Revista de Derecho Administrativo*, 14.
- Fratolocchi, Aldo & Gustavo Zunino (1997). *El comercio internacional de mercaderías*. Buenos Aires: Osmar Buyatti.
- Friedman, Milton (1962). *Capitalismo y libertad*. Chicago: Universidad de Chicago.
- Friedman, Milton & Rose Friedman (1980). *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*. Barcelona: Grijalbo.
- Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel (2011). Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. En Enrique Linde Paniagua, coord., *Principios de derecho de la Unión Europea*. Madrid: UNED / Colex.
- Fuenzalida, Fernando (2009). *La agonía del Estado-Nación. Poder, raza y etnia en el Perú contemporáneo*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Fukuda-Parr, Sakiko & Jeffrey Sachs (2003). «Un pacto para acabar con la pobreza mundial». *El País*, 10 de agosto de 2003.
- Fukuyama, Francis (2002). *El fin del hombre*. Barcelona: Ediciones B.
- Furtado, C. (1999). *El capitalismo global*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Gagliuffi Piercechi, Ivo (2006). Viaje a la semilla: ¿cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del decreto legislativo 701? En *XXV años Facultad de Derecho*. Lima: Universidad de Lima.
- Galán Corona, E. (1977). *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Madrid: Montecorvo.

- Galbraith, John Kenneth (1992). *Historia de la economía*. Barcelona: Ariel.
- Galbraith, John Kenneth (1997). *Una sociedad mejor*. Barcelona: Crítica.
- Galgano, Francesco (1980). *Las instituciones de la economía capitalista*. Valencia: Fernando Torres.
- Galgano, Francesco (2003). *Lex Mercatoria, shopping* del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales. *Revista de Derecho Mercantil*, 247.
- Gallardo Castillo, María Jesús (2002). El dominio público. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida, dirs., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- Gallón, Gustavo (1995). América Latina: desafíos frente a los derechos económicos, sociales y culturales. *La Revista*, 55.
- Galván Pareja, Gustavo (2016). La actividad empresarial del Estado: entre la subsidiariedad y el trato legal igualitario. *Pensamiento Crítico*, 21(2).
- Gamba Valega, César (2006). Capacidad económica y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra / UCP.
- Ganoza, Carlos & Andrea Stiglich (2015). *El Perú está calato. El falso milagro de la economía peruana y las trampas que amenazan nuestro progreso*. Lima: Planeta.
- García Belaunde, Domingo (1981). *Constitución y política*. Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.
- García Belaunde, Domingo (1986). La constitución económica peruana (la dimensión económica formal). *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 20.
- García Belaunde, Domingo (1987). Constitución y sistema financiero. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 25.
- García Belaunde, Domingo (1991). Forma de gobierno en la Constitución peruana. *Revista de Estudios Políticos*, 74.
- García Belaunde, Domingo (1992). El sistema constitucional peruano. En Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, coords., *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Dykinson.
- García Belaunde, Domingo (1993). La Constitución económica peruana. En *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Tomo II. Lima: Justo Valenzuela.
- García Belaunde, Domingo (1996). El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú. En *La Constitución en el péndulo*. Arequipa: UNSA.
- García Belaunde, Domingo (1998). El derecho procesal constitucional. En *Derecho procesal constitucional*. Lima: Marsol.
- García Belaunde Saldías, Domingo (1998). *El derecho presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo.
- García Calderón, Francisco (2007 [1879]). *Diccionario de la legislación peruana*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

- García Cobián, Erika (2015). La 'constitucionalización' del derecho de presupuestario y la protección de los derechos fundamentales: apuntes para la reflexión en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 20.
- García Cotarelo, Ramón (1988). Crisis y reformulación del Estado de bienestar. En *Derecho y economía en el Estado social*. Madrid: Tecnos.
- García de Enterría, Eduardo (1994). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, Eduardo (1996). *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, Eduardo (2004). *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra.
- García de Enterría, Eduardo (2006). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Pamplona: Aranzadi.
- García de Enterría, Eduardo & Tomás Ramón Fernández (1989). *Curso de Derecho Administrativo I*. 5ª edición. Madrid: Civitas.
- García Echevarría, Santiago (1978). El orden económico en la Constitución. *Libre Empresa*, 8.
- García Echevarría, Santiago (2015). *La dimensión societaria de la economía*. Madrid: Universidad de Alcalá.
- García, Jaime (2013). Alianza del Pacífico. ¿Hacia dónde vamos? *Agenda Internacional*, 31.
- García Novoa, César (2011). La incidencia de la doctrina de la solidaridad en cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en la creación y aplicación de normas fiscales. En Michael Zavaleta (dir.), César García Novoa, Pedro José Carrasco Parrilla, Felipe Iannacone (coords.), *Estudios de derecho constitucional tributario*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- García Pelayo, Manuel (1979). Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. En Manuel Ramírez, ed., *Estudios sobre la constitución española de 1978*. Zaragoza: Pórtico.
- García Pelayo, Manuel (1985). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- García Ramírez, Sergio (2003). Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. *Cuestiones Constitucionales*, 9.
- García Toma, Víctor (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II. Lima: Universidad de Lima.
- García Toma, Víctor (2013). *Derechos fundamentales*. Lima: Adrus.
- García Ureta, Agustín (2006). *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons.
- García Vizcaíno, Catalina (1999). *Derecho tributario. Consideraciones políticas y jurídicas*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.
- Gargarella, Roberto (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.

- Garrido Falla, Fernando (1986). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Garrido Falla, Fernando (1991). Privatización y reprivatización. Texto de la conferencia pronunciada con motivo del Congreso Internacional sobre transformación del Estado el 13 de mayo de 1991, Buenos Aires. *Derecho y Sociedad*, 85.
- Garrido Falla, Fernando (1994). El concepto de servicio público en derecho español. *Revista de Administración Pública*, 135.
- Garza, Sergio de la (1985). *Derecho financiero mexicano*. CDMX: Porrúa.
- Gastaldi, José María (2005). La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración desde el Código Civil de Vélez Sarfield. En Marcos M. Córdoba, dir., *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- Gastelumendi Guida de (2004). La nueva empresa: introducción a la responsabilidad social empresarial (mesa redonda). *Thémis*, 48.
- Gimeno, José María (1995). Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones). *Revista de Administración Pública*, 137.
- Glave, Manuel (2009). Propiedad de la tierra, agricultura y comercio, 1570-1700: el gran despojo. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú. Tomo II: Economía del periodo colonial temprano*. Lima: BCRP / IEP.
- Godoy M., José Alejandro (2019). *El Comercio y la política peruana del siglo XXI*. Lima: IEP.
- Gómez-Ferrer Morant, Rafael (2003). Unidad de mercado y captación de inversiones: Perspectiva constitucional. En Luis Coscullela Montaner, coord., *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas.
- Gómez Segade, J.A. (1980). Notas sobre el derecho de información del consumidor. *Revista Jurídica de Cataluña*, 79(3).
- Gómez Tomillo, Manuel & Íñigo Sanz Rubiales (2013). *Derecho administrativo sancionador. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Pamplona: Thomson Reuters / Aranzadi.
- Gonzales Barrón, Gunther (2011). *Propiedad y derechos humanos. Superación del modelo liberal y codificado de propiedad*. Lima: Jurista.
- Gonzales Barrón, Gunther (2013). *Derecho urbanístico*. Vol. 1. Lima: Ediciones Legales.
- Gonzales de Olarte, Efraín (1998). *El neoliberalismo a la peruana. Economía política del ajuste estructural, 1990-1997*. Lima: IEP.
- Gonzales de Olarte, Efraín (2000). *Neocentralismo y neoliberalismo en el Perú*. Lima: IEP / Consorcio de Investigación Económica.
- Gonzales Hunt, César (2013). *El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: ARA.
- Gonzales, Juliana (1997). *Ética y libertad*. México: Fondo de Cultura Económica.

- González de Cossío, Francisco (2008). La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 8.
- González García, Julio (2004). Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación. *Revista de Administración Pública*, 164.
- González Moreno, Beatriz (2002). *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas.
- González Pérez, Jesús (1971). *Comentarios a la ley de orden público*. Madrid: Abella.
- González Pérez, Jesús (1999). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- González Pérez, Jesús (2000). *La ética en la Administración Pública*. Madrid: Civitas.
- González Pérez, Jesús & Juan Carlos Cassagne (2005). *La justicia administrativa en Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- González Sánchez, Manuel (2002). Las bases de la política fiscal y presupuestaria. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida (dirs.), *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*. Granada: Comares.
- Goodhart, Charles (1995). *The Central Bank and the Financial System*. Cambridge: MIT Press.
- Goodland, Robert (1997). La tesis de que el mundo está en sus límites. Más exactamente: que no puede mantenerse el actual crecimiento de la economía global basado en el consumo incontrolado de recursos. En Robert Goodland, Carlos Martín, Carmen González y otros, *Medio ambiente y desarrollo sostenible. Más allá del informe Brundtland*. Madrid: Trotta.
- Gordillo, Agustín (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Lima: ARA.
- Goulet, Denis (2000). *Ética del desarrollo*. IEPALA.
- Graña, Alberto (1997). *Metamorfosis de la economía*. Lima: Fundación Friedrich Ebert.
- Gray, John (2000). *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*. Barcelona: Paidós.
- Greenspan, Alan (2008). *La era de las turbulencias. Aventuras en un nuevo mundo*. Barcelona: Ediciones B.
- Grobart Sunshine, Fabio (2005). Siglo XXI: retos para América Latina de cara a la sociedad basada en el conocimiento. En Jaime Estay Reyno, comp., *La economía mundial y América Latina. Tendencias, problemas y desafíos*. Buenos Aires: CLACSO.
- Guayo Castiella, Íñigo del (2006). La regulación económica como alternativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 130.
- Guayo Castiella, Íñigo del & Lorenzo Mellado Ruiz (2002). Derecho Económico de la Unión Europea (Constitución Económica Europea). En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida, dirs., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- Guerrero, Jaime (1997). La empresa privada y la magistratura ante la acción de hábeas data. *Jus et Praxis*, 3(1).

- Guetzvitch, Mirkin (1931). *Las nuevas constituciones del mundo*. Madrid: España.
- Guevara Pérez, Edilberto (2015). Evolución de la legislación hídrica en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, 15.
- Gutián Manuel & Joaquín Muns (eds.) (1999). *La cultura de la estabilidad y el Consenso de Washington*. Barcelona: La Caixa.
- Gutiérrez Camacho, Walter (2005). La tutela constitucional del consumidor. Art. 65. En *La Constitución comentada*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gutiérrez Camacho, Walter; Manuel de la Puente Lavalle & Carlos Cárdenas Quirós (2000). *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gutiérrez, Gustavo & Gerard Ludwig Müller (2005). *Desde el lado de los pobres. Teología de la Liberación*. Lima: Centro de Estudios y Publicaciones / Instituto Bartolomé de las Casas.
- Häberle, Peter (1994). El concepto de los derechos humanos. En José María Saucá, ed., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Häberle, Peter (1997). Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. *Pensamiento Constitucional*, 4.
- Häberle, Peter (1998). *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta.
- Häberle, Peter (2002). *El Estado Constitucional*. CDMX: UNAM.
- Häberle, Peter (2004). El Tribunal Constitucional como poder político. *Revista de Estudios Políticos* 125.
- Habermas, Jürgen (1997). *Ensayos políticos*. Barcelona: Península.
- Habermas, Jürgen (2002). ¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 105.
- Habermas, Jürgen (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hakansson Nieto, Carlos (2001). *La forma de gobierno en la Constitución peruana*. Piura: Universidad de Piura.
- Hakansson Nieto, Carlos (2003). La posición constitucional de los principios en la Carta de 1993. *Revista de Derecho*, 10.
- Harris, Marvin (1991). *Introducción a la antropología general*. Madrid: Alianza.
- Hayek, Friedrich (1978). *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza.
- Hayek, Friedrich (1981a). *Democracia y economía de mercado. Ponencias y debates de un simposio*. Lima: Instituto Libertad y Democracia.
- Hayek, Friedrich (1981b). El ideal democrático y la contención del poder». *Estudios Públicos*, 1.
- Hayek, Friedrich (1988). *Fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Heilbroner, R. (1996). *El capitalismo del siglo XXI*. Barcelona: Península.

- Heine, Jorge (2017). Sigla nueva en sopa de letras: raíces y ramificaciones de la Alianza del Pacífico. En Juan Pablo Prado Lallande, Rafael Velásquez Flores y Luis Ochoa Bilbao (editores), *La Alianza del Pacífico: nuevo mecanismo de cooperación e integración latinoamericana*. CDMX: Asociación Mexicana de Estudios Internacionales /Fundación Konrad Adenauer.
- Heller, Hermann (1981). *Escritos políticos*. Madrid: Alianza.
- Hernández González, José Ignacio (2011). Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española. En Juan Miguel de la Cuétara Martínez y José Luis Martínez López-Muñiz, coords., *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum. Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley.
- Hernández González, José Ignacio (2016). El derecho administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones. Comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay. *Revista de Derecho Público*, 50.
- Hernández González, José Ignacio (2017). Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones. *Revista Electrónica de Direito*, 1.
- Hernández Martínez, Eduardo (2017). *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad*. Lima: Rodhas.
- Hernández Martínez, María del Pilar (1995). Constitución y derechos fundamentales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 84.
- Hernández-Mendible, Víctor Rafael (2016). La reingeniería del servicio público: el servicio universal de las telecomunicaciones. *Derecho PUCP*, 76.
- Hernando, Eduardo (1997). ¿Por qué la economía de mercado es inconstitucional? *Pensamiento Constitucional*, 4.
- Hernando, Eduardo (2000). Los estudios de crítica legal frente al derecho civil y los contratos. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*. Lima: Palestra.
- Hernando, Eduardo (2005). Ideas políticas y el problema del régimen en el Perú: 1830-1930. *Derecho PUCP*, 75.
- Herrera, Beatriz (2000). *Globalización y sistema financiero*. Lima: UNMSM.
- Herrera Catalán, Pedro (2008). *Perú hacia un sistema de transferencias intergubernamentales con criterios de equidad horizontal*. Lima: CEPAL. https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/4/29744/Pedro_Herrera_Transferencias_Intergubernamentalesv01_2008.pdf
- Herrera, Hugo Eduardo (2015). Notas preliminares para una lectura no-dogmática del principio de subsidiariedad. En Pablo Ortúzar Madrid, ed., *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Herrero de Miñón, Miguel (1999). La constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 57.
- Hesse, Konrad (1983). *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Higa, César & Víctor Saco (2013). Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo. *Derecho PUCP*, 71.
- Hill, Christopher (1980). *Los orígenes intelectuales de la revolución inglesa*. Barcelona: Crítica.
- Hitters, Juan Carlos & Óscar Fappiano (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar.
- Hobsbawm, Eric (1998). *La era del capital 1848-1875*. Barcelona: Crítica.
- Hobsbawm, Eric (1999). Primer Mundo y Tercer Mundo después de la Guerra Fría. *Revista de la CEPAL*, 67.
- Höffe, Otfried (2007). *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo*. Buenos Aires: Katz.
- Holland, Stuart (1987). Más allá de la planificación indicativa. *Revista de la CEPAL*, 31.
- Hopenhayn, Benjamin & Alejandro Vanoli (2002). *La globalización financiera*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Horn, Hans-Rudolf (2001). Aspectos sociales intrínsecos del Estado de derecho contemporáneo. *Cuestiones constitucionales*, 5.
- Huapaya Tapia, Ramón (2006). *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista.
- Huapaya Tapia, Ramón (2014). El régimen constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, 14.
- Huapaya Tapia, Ramón (2015). Concepto y régimen jurídico del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano. *Ius et Veritas*, 50.
- Huapaya Tapia, Ramón & Lucio Andrés Sánchez Povich (2016). El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales. *Thémis*, 69.
- Huerta Guerrero, Luis (2013). Constitucionalización del Derecho Ambiental. *Derecho PUCP*, 71.
- Hundskopf Exebio, Oswaldo (2012). Los recursos naturales y la Constitución Política de 1993. *Ius et Praxis*, 43.
- Ige, Tokunho (1995). Panorama general de la función que incumbe a los abogados en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. *La Revista*, 55.
- Iguíñiz, Javier (1999). *Caminando por el borde. El Perú en la globalización*. Lima: Instituto Bartolomé de las Casas.
- Indacocha Prevost, Úrsula (2008). «Calle de las pizzas» y ponderación constitucional. *Revista de Derecho Administrativo*, 5.
- Indecopi (2006). *Perú, Los intereses nacionales en estándares de calidad y los acuerdos preferenciales de comercio*. Lima: Indecopi.
- INEI (2017). Censos Nacionales 2017. Disponible en: <https://www.inei.gov.pe/estadisticas/censos/>

- Instituto Apoyo (1992). *La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979*. Lima: Apoyo.
- Instituto de Economía de Libre Mercado (1993). *Bases para un cambio constitucional*. Lima: IELM.
- Isasi Cayo, Juan Felipe (2000). *Introducción al derecho administrativo*. Lima: Isasi & Ruiz-Eldregde Abogados.
- Isasi Cayo, Juan Felipe (2014). ¿Existe o no potestad de control difuso de la Administración Pública? *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 77.
- Iturregui Byrne, Patricia (1997). Principios del derecho ambiental internacional y legislación nacional: apuntes para un debate. En Pierre Foy, ed., *Derecho y ambiente: aproximaciones y estimativas*. Lima: IDEA / PUCP
- Jacquemin, Alex & Guy Scharns (1974). *Le droit économique*. París: Presses Universitaires de France.
- Jarach, Dino (1985). *Finanzas públicas y derecho tributario*. Buenos Aires: Cangallo.
- Jaramillo, Miguel & Rosa Huamán (2014). Los sectores no primarios y el mercado interno, 1930-1980. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú, Tomo V La economía peruana entre la gran depresión y el reformismo militar*. Lima: BCRP / IEP.
- Jiménez de Cisneros Cid, Francisco (2001). Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público. En Rafael Izquierdo, ed., *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.
- Jiménez, Félix (2002). Estado, mercado, crisis y restauración liberal en el Perú. En Carlos Contreras y Manuel Glave, coords., *Estado y mercado en la historia del Perú*. Lima: PUCP.
- Jiménez, Félix (2016). *Otra ruta de desarrollo para el Perú*. Lima: Otra Mirada.
- Jiménez Murillo, Roberto (2005). *Bienes públicos*. En Walter Gutiérrez C., dir., *La constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Jiménez Murillo, Roberto (2012). Los bienes estatales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Orlando Vignolo Cueva y Roberto Jiménez Murillo, coords., *Homenaje a Allan Brewer-Carías. Comentarios a la jurisprudencia de Derecho Administrativo del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*. Lima: Ediciones Legales / Ius et Veritas.
- Jiménez Vargas Machuca, Roxana (2001). El principio de la buena fe. En Oscar J. Ameal y Silvia y Tanzi coords., *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Jiménez Vargas Machuca, Roxana (2012). Los principios del proceso contencioso administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, 11.
- Jones, Mark (2002). Una evaluación de la democracia presidencialista argentina. En Matthew Shugart y Scott Mainwaring, comps., *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós.
- Jones, William C. (1967). Derecho a la propiedad y a la contratación. En Gray L. Dorsey y John E. Dunsford, dirs., *Libertad constitucional y el Derecho*. CDMX: Limusa-Wiley.

- Jordana de Pozas, Luis (1951). El problema de los fines de la actividad administrativa. *Revista de Administración Pública*, 4.
- Juan Asenjo, Óscar de (1984). *La constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Judt, Tony (2010). *Algo va mal*. Madrid: Taurus.
- Katz, Ernesto (1970). *Acerca del orden económico de Alemania Occidental y de sus aspectos constitucionales y laborales*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina.
- Kauffmann Doig, Federico (2002). *Historia y arte del Perú Antiguo*. Lima: Peisa.
- Kerstenetzky, Celia (2017). *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado Social en el mundo contemporáneo*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Klein, Naomi (2001). *No logo*. Barcelona: Paidós.
- Kliksberg, Bernardo (2002). El judaísmo frente a la exclusión social. En Bernardo Kiksberg, ed., *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Kresalja, Baldo (1993). Comentarios al decreto ley 26122 sobre represión de la competencia desleal. *Derecho PUCP*, 47.
- Kresalja, Baldo (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Themis*, 39.
- Kresalja, Baldo (2001a). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1933. *Ius et Veritas*, 22.
- Kresalja, Baldo (2001b). Ejercicio sobre lo que debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional. En Cecilia Anicama, ed., *Las tareas de la transición democrática*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Kresalja, Baldo (2003). Rol del Estado en la economía. *Revista Legal Express*.
- Kresalja, Baldo (2004). *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. Lima: PUCP.
- Kresalja, Baldo (2006). El incumplimiento del mandato constitucional dirigido a la protección jurídica del bienestar de la persona en su condición de consumidor (mimeo). Lima.
- Kresalja, Baldo (2008). *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Lima: PUCP.
- Kresalja, Baldo (2009). *Los derechos intelectuales en el Perú Republicano*. Lima: Estudio Duany & Kresalja.
- Kresalja, Baldo (2015). *¿Estado o mercado? El principio de subsidiaridad en la Constitución peruana*. Lima: PUCP.
- Kresalja, Baldo (2019). Concepción, nacimiento y evolución del INDECOPI (mimeo). Lima.
- Kresalja, Baldo & César Ochoa (1999). Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional. *Pensamiento Constitucional*, 6.
- Kresalja, Baldo & David Lovatón (coords.) (2016). *¿Es posible acaparar la libertad?* Lima: Fundación para el Debido Proceso, Facultad de Derecho PUCP.

- Kresalja, Baldo & Eduardo Quintana (2005). La doctrina de las facultades esenciales y su recepción en el Perú. *Ius et Veritas*, 31.
- Kriele Martín (1980). *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Kuczynski, Pedro Pablo & John Williamson (2003). *Después del Consenso de Washington. Relanzando el crecimiento y las reformas en América Latina*. Lima: UPC.
- Kundmüller Caminiti, Franz & Roger Rubio Guerrero (2006). El arbitraje del CIADI y el derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte. *Lima Arbitration*, 1.
- Küng, Hans (1999). *Una ética mundial para la economía y la política*. Madrid: Trotta.
- Kuramoto, Juana & Manuel Glave (2014). Extractivismo y crecimiento económico en el Perú, 1930-1980. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú, Tomo 5 La economía peruana entre la gran depresión y el reformismo militar 1930-1980*. Lima: BCRP / IEP.
- Ku Yanasupo, Lily (2012). El control difuso en sede administrativa. ¿Los tribunales administrativos protegen los derechos fundamentales? *Revista Jurídica del Perú*, 132.
- Kwoka, John (2018). «Uno de los errores más grandes es no tener el control de fusiones». *La República*, 23 de octubre de 2018. Disponible en: <https://larepublica.pe/economía/1343150-errores-grandes-control-fusiones>
- Kymlicka, Will (1992). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- Laguna Caballero, Javier (2006). Instrumentos internacionales tributarios del Perú. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra / PUCP.
- Laguna de Paz, José Carlos (2000). *Televisión y competencia*. Madrid: La Ley.
- Laguna de Paz, José Carlos (2006). *La autorización administrativa*. Madrid: Civitas.
- Landa Arroyo, César (1996). Límites constituciones de la ley de amnistía peruana. *Pensamiento Constitucional*, 3.
- Landa Arroyo, César (2002a). Teoría de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 6.
- Landa Arroyo, César (2002b). Dignidad de la persona humana. *Ius et Veritas*, 21.
- Landa Arroyo, César (2002c). *Reforma de la constitución económica: desde una perspectiva del Estado social de derecho. Apuntes sobre la reforma constitucional*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Landa Arroyo, César (2003). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra.
- Landa Arroyo, César (2004). *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra.
- Landa Arroyo, César (2006). Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra / PUCP.

- Landa Arroyo, César (2011). La incidencia de los principios constitucionales en el derecho tributario. A propósito del Título Preliminar del Código Tributario. En *Texto Único Ordenado del Código Tributario. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. Lima: Ministerio de Justicia.
- Landa Arroyo, César (2014a). *Naturaleza jurídica de los recursos naturales y de fauna silvestre. Marco legal-administrativo y análisis de los vacíos y contingencias legales*. Lima: Sociedad Peruana de Ecodesarrollo / Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Landa Arroyo, César (2014b). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, 71.
- Lanspley, Irvine (2002). La transformación del sector público en el Reino Unido. En G. Sierra y E. Ruiz García, coords., *La contabilidad y el control de la gestión pública*. Madrid: Civitas.
- La Pέργola, Antonio (1979). Ombudsman y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada. *Revista de Estudios Políticos*, 11.
- Lara, Andrea Juliana (2006). Entes reguladores. En Alejandro Pérez Hualde, dir., *Servicios públicos y organismos de control*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Larios, José; Betty Alvarado & Elena Conterno (2004). *Descentralización fiscal*. Lima: PRODES / USAID.
- Lastres B., Enrique (1994). Los recursos naturales en la constitución vigente. *Ius et Veritas*, 9.
- Lazcano, I. (2008). «El ordoliberalismo alemán y la economía social de mercado». Tesis presentada en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, CDMX.
- Ledesma, Marianella (2010). *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: PUCP.
- Leguizamón, William (2000). *Derecho constitucional económico*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Lema Devesa, Carlos (2007). *Problemas jurídicos de la publicidad*. Madrid: Marcial Pons.
- León Barandiarán, José (1930). *La Constitución alemana de 1919*. Lima: Imp. Minerva.
- León Barandiarán, José (1991-1997). *Tratado de Derecho Civil Peruano, Tomo IV (Teoría General del Contrato. Voluntad Unilateral y Responsabilidad extracontractual)*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Levitsky, Steven & Lucan Way (2002). The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, 10(2).
- Lijphart, Arend (1994). Presidentialism and Mayoritarian Democracy: Theoretical Observations. En Juan J. Linz y Arturo Valenzuela, eds., *The failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives*. Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Linares, Mario (2002). *El contrato estatal*. Lima: Grijley.
- Linares, Mario (2006a). *El sistema internacional de protección de la inversión extranjera y los contratos públicos*. Lima: Grijley.
- Linares, Mario (2006b). Principios licitatorios, tribunal administrativo y arbitraje. Visión comparada. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, 1.

- Linares Quintana, Juan Francisco (2010). *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Astrea.
- Linde Paniagua, Enrique (2011). El sistema de fuentes del derecho de la Unión Europea. En Enrique Linde Paniagua, coord., *Principios de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: UNED / Colex.
- Linz, Juan (1977). Un sociólogo de la política ante los problemas de la futura Constitución española. En Luis Sánchez Agesta, ed., *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Linz, Juan (1994). Presidential or Parliamentary Democracy: does it make a Difference? En Juan J. Linz y Arturo Valenzuela, eds., *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspective*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Lo Biondo, Gaspar (2002). Las responsabilidades éticas de los actores del desarrollo. En Bernardo Kliksberg, ed., *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo (1986). *El negocio jurídico*. Lima: Studium.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo (1995). *Derecho de sucesiones*. Lima: PUCP.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo (2001). Convenios de estabilidad jurídica y cláusulas arbitrales. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 38.
- Lojendio, Ignacio María de (1977). Derecho Constitucional Económico. En Luis Sánchez Agesta, ed., *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Lopresti, Roberto Pedro (1997). *Constituciones del Mercosur*. Buenos Aires: Unilat.
- López de Castro García Morato, Lucía & Gaspar Ariño Ortiz (2001). *Derecho de la competencia en sectores regulados*. Granada: Comares.
- López Menudo, Francisco (1992). Los principios generales del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, 129.
- López Soria, José Ignacio (2007). *Adiós a Mariátegui. Pensar el Perú en perspectiva postmoderna*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- López y López, Ángel (2002). El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Lucas Verdú, Pablo (1955). *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*. Madrid: Acta Salmanticensis.
- Lucas Verdú, Pablo (1984). *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos.
- Lumbreras, Luis (2010). Los orígenes de la comunidad andina. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú, Tomo I Economía Prehispánica*. Lima: BCRP / IEP.
- Luttwak, E. (2000). *Turbocapitalismo*. Barcelona: Crítica.
- Lynch, Nicolás (2006). *Los últimos de la clase*. Lima: UNMSM.

- Macera, Pablo (2014). *Obras escogidas de historia*. Tomo I. Miguel Pinto, comp. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- MacIntyre, Alasdair (2004). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica.
- Mackenzie, G. A. (1995). La reforma de los sistemas de pensiones en América Latina. *Finanzas y Desarrollo*, 32(1).
- Mac Lean Ugarteche, Roberto (1980). Derecho internacional privado y comercio internacional en la nueva Constitución. En Mario Alzamora Valdez, dir., *La nueva constitución y su aplicación legal: 9 ensayos críticos*. Lima: F. Campodónico.
- Madalena, Ignacio (2017). Medidas regulatorias y expropiación: tratamiento en la práctica arbitral. *Lima Arbitration*, 7.
- Madariaga, Mónica (1993). *Seguridad jurídica y Administración Pública en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mainwaring, Scott (2002). Pluripartidismo, federalismo fuerte y presidencialismo en Brasil. En Matthew Shugart y Scott Mainwaring, comps., *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós.
- Malaret i García, Elisenda (1992). La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 76.
- Malaret i García, Elisenda (1998). Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto. *Revista de Administración Pública*, 145.
- Mannheim, Karl (1960). *Libertad, poder y planificación*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Manrique, Nelson (2011). Historia de la agricultura peruana 1930-1980. En Carlos Contrerasw, ed., *Compendio de historia económica del Perú, Tomo V - La economía peruana entre la gran depresión y el reformismo militar 1930-1980*. Lima: BCRP / IEP.
- Maoirano, Jorge, (1984). Apuntes para un debate parlamentario. El ombudsman sueco. *La Ley, 1984-C*.
- Maraví Sumar, Milagros (2013). *Eliminación de barreras burocráticas*. Lima: INDECOPI.
- Marchena, Juan (2012). La Constitución de Cádiz y su impacto americano. De fracasos y derrotas. En Heraclio Bonilla, ed., *La Constitución de 1812 en Hispanoamérica y España*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / Fundación Gilberto Alzate Avendaño.
- Mariátegui, José Carlos (1934). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima: Librería Peruana.
- Marienhoff, Miguel S. (1980). Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. *La Ley, 1980-B*.
- Marienhoff, Miguel S. (1988). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V. *Dominio Público*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Martinelli, César (1997). Descentralización fiscal en el Perú: notas a partir de la teoría económica y la experiencia española. En Efraín Gonzales de Olarte y otros, eds., *Ajuste estructural en el Perú: modelo económico, empleo y descentralización*. Lima: IEP.

- Martínez, María Salvador (1998). *La libertad de la televisión. El modelo alemán*. Barcelona: Cedecs.
- Martínez, María Salvador (2002). *Autoridades independientes*. Barcelona: Ariel.
- Martínez de Pisón, José (1998). *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Madrid: Tecnos / Universidad de la Rioja.
- Martínez Lago, Miguel (1992). *Manual de derecho presupuestario*. Madrid: Colex.
- Martínez Lago, Miguel (2010). Naturaleza y límites de la función de aprobación de los presupuestos. *Revista Jurídica de Buenos Aires 2010*.
- Martínez Navarro, Emilio (2000). *Ética para el desarrollo de los pueblos*. Madrid: Trotta.
- Martínez Vásquez, Francisco (2000). ¿Qué es el dominio público? *Thémis*, 40.
- Martín Mateo, Ramón (1985). *Derecho público de la Economía*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces.
- Martín Mateo, Ramón (1991). *Tratado de derecho ambiental*. Vol I. Madrid: Trivium.
- Martín Mateo, Ramón (2003). *El marco público de la economía de mercado*. Pamplona: Thomson Aranzadi.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (1988). *Derecho administrativo económico*. Madrid: La Ley.
- Martín-Retortillo, Lorenzo (2004). Dos notas sobre la carta. En Autores varios, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid: Civitas.
- Martín Seco, Juan Francisco (1995). *La farsa neoliberal*. Madrid: Temas de Hoy.
- Martín Tirado, Richard (1999). Aplicación de la nueva Ley General de Expropiaciones al régimen de concesiones sobre obras públicas y de servicios públicos. *Thémis*, 39.
- Martín Tirado, Richard (2002). Análisis de la «función normativa» de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos. *Ius et Veritas*, 24.
- Martín Tirado, Richard (2006). La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, 1.
- Massaguer, José (1990). Aproximación sistemática general al derecho de la competencia y de los bienes inmateriales. *Revista general de Derecho*, 544-545.
- Matheus López, Carlos (2003). Introducción propedéutica a la tutela procesal del medio ambiente en el Perú. *Derecho PUCP*, 56.
- Matos Mar, José (1984). *Desborde popular y crisis del Estado*. Lima: IEP.
- Mattei, Ugo (2005). Transformaciones del mundo globalizado y derecho de propiedad durante la vigencia del código civil peruano: veinte años de saqueo imperialista y el potencial de resistencia de los juristas. *Derecho*, 58.
- Mattei, Ugo (2009). Propiedad y saqueo en el código civil peruano: tiempo para una alianza latinoamericana de resistencia al orden neoliberal. *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima: Motivensa.

- Mattos, Carlos A. de (1981). Estado, procesos de decisión y planificación en América Latina. *Revista de la CEPAL*, 31.
- Mazz, Addy (1995). El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo. *Ius et Veritas*, 10.
- Mazzeo, Cristina (2010). El comercio colonial en el siglo XVIII y su transformación frente a las coyunturas de cambio. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú, Tomo III Economía del periodo colonial tardío*. Lima: BCRP / IEP.
- Mc Evoy, Carmen (1994). *Un proyecto nacional en el siglo XIX, Manuel Pardo y su visión del Perú*. Lima: PUCP.
- Mc Evoy, Carmen (2007). *Manuel Pardo. Homo politicus*. Lima: ONPE / PUCP / IEP.
- McNall Burns, Edward & Philip Lee Ralph (1966). *Historia universal de las civilizaciones*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Medrano, Humberto (1987). Acerca del principio de legalidad en el derecho tributario peruano. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 12.
- Meilán Gil, José Luis (1997). El servicio público como categoría jurídica. *Cuadernos de Derecho Público*, 2.
- Meilán Gil, José Luis (2013). Contratación pública; una nueva aproximación jurídica. En Autores varios, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el siglo XXI*. Vol. I. Lima: Adrus.
- Mejorada, Martín (2004). El dominio público vs. el dominio privado: ¿Quién decide? *Diálogo con la jurisprudencia*, 67.
- Mejorada, Martín (2005). Restricciones por seguridad nacional. En Walter Gutiérrez C., dir., *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mejorada, Martín (2009). La necesidad de expropiar: a propósito de la Ley 29320. *Ius et Veritas*, 38.
- Melo López, Luis Emilio (2015). Prólogo. En Luis Alberto Petit Guerra, *El Estado social. Los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Menéndez Menéndez, Aurelio (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Civitas.
- Mercado Pacheco, Pedro (1994). *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Merino Acuña, Roger (2009). La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado. En *El derecho civil patrimonial en la Constitución*. Gaceta Jurídica: Lima.
- Merino Acuña, Roger (2016). *Justicia social y economía en la teoría del derecho. Las intersecciones entre el derecho, la economía y la política*. Lima: Palestra.
- Miguez, Rodrigo (2009). Las oscilaciones de la propiedad colectiva en las constituciones andinas. En *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima: Motivensa.

- Mijangos Borja, María de Luz (2000). La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98. *Cuestiones Constitucionales*, 2.
- Miró Quesada R., Francisco (2016). «Derechos humanos y derecho al desarrollo». *El Comercio*, 22 de diciembre de 2016.
- Mishra, Ramesh (2000). El Estado de bienestar en transición: Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda en la década de los noventa. En Rafael Muñoz de Bustillo, ed., *El Estado de bienestar en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada*. Madrid: Alianza.
- Mitnick, Barry (1989). *La economía política de la regulación*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Moderne, Frank (2006). La contratación pública en el derecho administrativo francés contemporáneo. En Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, dirs., *La contratación pública*. Tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi.
- Monedero Gil, José Ignacio (1977). *Doctrina del contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Monereo Pérez, José Luis (1996). *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Monereo Pérez, José Luis (2002). El derecho a la seguridad social. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- Monereo Pérez, José Luis & Cristóbal Molina Navarrete (2002). El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- Monsalve, Martín (2011). Industria y mercado interno, 1821-1930. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de Historia Económica del Perú, Tomo IV Economía de la primera centuria independiente*. Lima: BCRP / IEP.
- Monteagudo, Manuel (2010). *La independencia del Banco Central*. Lima: IEP / BCRP / Universidad del Pacífico.
- Montes, Pedro (1999). *El desorden neoliberal*. Madrid: Trotta.
- Mora, Henry (2005). Los acuerdos de inversión en los tratados de libre comercio: de vuelta al AMI. En *La economía mundial y América Latina. Tendencias, problemas y desafíos*. Buenos Aires: CLACSO.
- Morales Godo, Juan (1997). La tutela de los intereses difusos y el medio ambiente. En *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimativas*. Lima: PUCP.
- Morales Godo, Juan (2014). Retroceso en la interpretación del principio de legalidad. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 77.
- Morales, Leticia (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Morales Saravia, Francisco (2017). *Los precedentes constitucionales vinculantes y su aplicación por el TC. Análisis jurisprudencial de la última década*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Mordeglia, Roberto (1986). Introducción al estudio de las finanzas públicas. En Autores varios, *Manual de finanzas públicas*. Buenos Aires: AZ.
- Moreno Fernández, Juan Ignacio (2010). Función, contenido y límites de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en España en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2010.
- Moreno, Isidoro (2001). Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación. En Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, eds., *Estado constitucional y globalización*. CDMX: Porrúa / UNAM.
- Moreno Molina, Juan Antonio (1996). *Contratos públicos. Derecho español y comunitario*. Madrid: McGraw-Hill.
- Moreno Molina, Juan Antonio (2011). *Derecho global de la contratación pública*. CDMX: Ubijús.
- Morillo Velarde-Pérez, José Ignacio (1992). *Dominio público*. Madrid: Trivium.
- Morón Urbina, Juan Carlos (1999). Los fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana. *Thémis*, 39.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2004). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2006a). La eficacia en el tiempo de las leyes interpretativas en materia tributaria en los pronunciamientos del Tribunal Fiscal. Un aporte a la teoría general del derecho. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra / PUCP.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2006b). Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas. *Thémis*, 52.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2006c). El derecho constitucional a la igualdad en la contratación estatal. *Ius et Veritas*, 30.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2008). Redescubriendo una institución escondida: el rescate de las concesiones. En *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano*. Lima: Grijley.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2014a). Los acuerdos colusorios en las licitaciones públicas. En *Derecho administrativo: innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional del Derecho Administrativo*. Lima: ECB.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2014b). *El control jurídico de los reglamentos de la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Moschetti, Francesco (1989). *El principio de capacidad contributiva*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Mosset Iturraspe, Jorge (2004). ¿Cómo contratar en una economía de mercado? En Mosset Iturraspe J. y C. Soto Coaguila, coords., *El contrato en una economía de mercado*. Trujillo: Normas Legales.
- Mozos, José Luis de los (1965). *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch.

- Muguerza, Javier (1989). La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos. En Gregorio Peces-Barba, ed., *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate.
- Muller-Armack, Alfred (1993). *Economía dirigida y economía de mercado*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- Muñoz Machado, Santiago (1998). *Servicio público y mercado*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- Muñoz Machado, Santiago & Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz (1984). La protección de la salud de los consumidores. *Estudios sobre consumo*, 3.
- Nagel, Thomas (1991). *Equality and Partiality*. Oxford: Oxford University Press.
- Naranjo Gálvez, Leticia (2005). Apuntes para un criterio no restringido de responsabilidad social empresarial. En Ángela Uribe Botero, ed., *Ética, responsabilidad social y empresa*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Navarro Beltrán, Enrique (2011). Principios de derecho constitucional tributario chileno. En Juan Miguel de la Cuétara, José Luis Martínez López Muñoz y Francisco J. Villar Rojas (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Primera Parte. Madrid: La Ley.
- Navarro, Vincenc (2000). *Globalización económica, poder político y Estado de bienestar*. Barcelona: Ariel.
- Naviera de Casanova, Gustavo J. (2001). Tributación y derechos humanos. Posibles vinculaciones con los derechos de trabajar y de ejercer industria lícita, armonías y fricciones producidas por los fines no recaudatorios de los tributos. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2001.
- Nedelsky, Jennifer (1999). El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada. En J. Elster y R. Slagstad, coords., *Constitucionalismo y democracia*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Neumark, Fritz (1974). *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Neves, Javier (1987). La seguridad social en la Constitución. En Francisco Eguiguren, coord., *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco.
- Neves, Javier (1997). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: ARA.
- Neves, Javier (2002). Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo. *Actualidad Laboral*, 137.
- Newland, Carlos (2002). La evolución macroeconómica del espacio peruano (1681-1800). *Economía*, 49.
- Nicolau, Noemí Lidia (2005). El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato. En Marcos M. Córdoba, dir., *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- Nieto, Alejandro (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Nieto, Alejandro (2012). *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel.

- Nino, Carlos S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Noejovich, Héctor (2009). La transición del sistema prehispánico al sistema económico colonial. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de Historia Económica del Perú, Tomo II Economía del periodo colonial temprano*. Lima: BCRP / IEP.
- Nogueira, Humberto (1993). El régimen semipresidencial: una alternativa viable al presidencialismo en Chile. *Lecturas Constitucionales Andinas, 2*.
- North, Douglas (1984). *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid: Alianza.
- North, Douglas (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Novak, Fabián & Sandra Namihás (2015). *Alianza del Pacífico. Situación, perspectivas y propuestas para su consolidación*. Lima: IDEI, PUCP.
- Nozick, Robert (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Nussbaum, Martha C. (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Ocampo, José A. (2005). Economía y democracia. En Bernardo Kliksberg coord., *La agenda ética pendiente en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Ochoa Cardich, César (1987). Economía y Constitución: la influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979. En Francisco Eguiguren, coord., *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco.
- Ochoa Cardich, César (1998). El caso Lucchetti: la deprivación del amparo constitucional. *Diálogo con la Jurisprudencia, 9*.
- Ochoa Cardich, César (2003). Los principios generales del procedimiento administrativo. En Autores varios, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444. Segunda Parte*. Lima: ARA.
- Ochoa Cardich, César (2005). La Contraloría y el sistema de designación del Contralor. En Walter Gutiérrez Camacho, dir., *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica
- Ochoa Cardich, César (2011). *Jurisprudencia constitucional económica*. Lima: Caballero Bustamante.
- Ochoa Cardich, César (2013). El control de barreras burocráticas por el INDECOPI y la tutela de derechos fundamentales económicos. *Derecho PUCP, 71*.
- Ochoa Cardich, César (2016). El derecho fundamental a la intimidad económica de las personas jurídicas. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional, 101*.
- Ochoa Mendoza, Francisco (2014). Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, 19*.
- O'Donnell, Guillermo (1997). ¿Democracia delegativa? En Guillermo O'Donnell, ed., *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires: Paidós.

- Oliva Martínez, Daniel (2014). De la negación al reconocimiento: los derechos específicos de los pueblos indígenas durante el siglo XX. En Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson / Fundación Gregorio Peces-Barba / Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- ONU – Organización de las Naciones Unidas (1970). *Recursos naturales de los países en desarrollo; investigación, explotación y utilización racional*. Nueva York: Departamento de Asuntos Económicos Sociales.
- ONU – Organización de las Naciones Unidas (1995) Asamblea General. *Informe a/50/635/Add.1, Pactos internacionales de derechos humanos*. 50º periodo de sesiones (50/171).
- Ordóñez, Dwight & Lorenzo Sousa (2003). *El capital ausente*. Lima: Tetis Graf.
- Ortega Álvarez, Luis (2002). El derecho a un medio ambiente adecuado y a la calidad de vida. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida, dirs., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- Ortiz de Zevallos, Felipe (1999). Economía. En Rosa Graciela Ponce de León (directora), *Visión global y de síntesis. Un país vivo y abierto al futuro*. Lima: Auge / Instituto de Estudios Históricos-Marítimos del Perú.
- Ortiz Leroux, Sergio (2014). *En defensa de la república. Lecciones de teoría política republicana*. CDMX: Coyoacán.
- Osterling, Felipe & Mario Castillo F. (2003). *Tratado de las obligaciones*. Lima: PUCP.
- Otto, Ignacio de (1999). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Oxfam (2019). *Agenda contra la desigualdad*. Lima: Oxfam.
- Pacheco Barandiarán, María del Rosario (1987). Los decretos de urgencia y un vacío en la constitución de 1979. *Thémis*, 6.
- Padilla, Roberto; Edgar Nolasco & Roberto Gil (2002). *Informe final de la consultoría relativa al proceso de aprobación y seguimiento del Presupuesto del Sector Público*. Lima: Programa de Fortalecimiento Institucional del Congreso de la República del Perú.
- Padover, S. K. (1963). *The Living U.S. Constitution*. Chicago: The New American Library.
- Palacio Rudas, Alfonso (1996). Las competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo. El gasto público. En Autores varios, *Constitución económica colombiana*. Bogotá: El Navegante.
- Palacios Mejía, Hugo (1996). Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución. En *Constitución económica colombiana*. Bogotá: El Navegante.
- Palma, Leny (2005). El proceso de hábeas data en el diseño del Código Procesal Constitucional. *Derecho y Cambio Social* 5. <https://www.derechoycambiosocial.com/revista005/habeas%20data.htm>
- Paniagua, Valentín (1988). Descentralización y regionalización. *Thémis*, 11.
- Paniagua, Valentín (2004). El anteproyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán. En Javier de Belaunde, Alfredo Bullard, Luis Pizarro y Carlos Soto (eds.), *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: PUCP.

- Parada, Ramón (1996). *Derecho administrativo*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons.
- Paredes Castro, Juan (2003). *La república incompleta. El desafío de construir un nuevo orden político*. Lima: Fundación Friedrich Ebert.
- Pareja Paz Soldán, José (1987). *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros.
- Pareja Pflucker, Piedad (1987a). *Atribuciones constitucionales del Presidente de la República*. Lima: Rikchay.
- Pareja Pflucker, Piedad (1987b). *Congreso económico nacional y planificación concertada*. Lima: Instituto Nacional de Planificación.
- Parejo Alfonso, Luciano (1983a). *Estado social y Administración Pública*. Madrid: Civitas.
- Parejo Alfonso, Luciano (1983b). Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general. *Revista de Administración Pública*, 100-102.
- Parejo Alfonso, Luciano (1990). *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid: Centro de Estudio Ramón Areces.
- Parejo Alfonso, Luciano (2016). La vigilancia, la supervisión y el control administrativos (reflexiones sobre su formación, evolución y situación actual). En Jorge Agudo González, dir., *Control administrativo y justicia administrativa*. Madrid: INNAP.
- Parejo Alfonso, Luciano; A. Jiménez Blanco & L. Ortega Álvarez (1996). *Manual de derecho administrativo*. Vol. 2. Barcelona: Ariel.
- Parodi, Carlos (2000). *Perú, 1960-2000. Políticas económicas y sociales en mundos cambiantes*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Pásara, Luis (ed.) (2008). *El Perú en el siglo XXI*. Lima: PUCP.
- Pasquel Rodríguez, Enrique (2004). Expropiación: una visión económica alternativa. *Thémis*, 48.
- Pasquel Rodríguez, Enrique (2005). Tomando la propiedad en serio. Las expropiaciones regulatorias o indirectas. *Ius et Veritas*, 31.
- Pastor, Santos (1989). *Sistema jurídico y economía*. Madrid: Tecnos.
- Patrón, Pepi (2007). Ética y género. Introducción: iguales y diferentes, una ética atenta a la pluralidad de voces». En Miguel Giusti y Fidel Tubino, eds., *Debates de la ética contemporánea*. Lima: PUCP.
- Paulick, Heinz (1980). La ordenanza tributaria de la República Federal de Alemania. En *Ordenanza tributaria alemana*. Madrid: IEF.
- Paz-Ares, Cándido & Jesús Alfaro Águila-Real (2002). El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Paz-Ares, Cándido (2003a). La ley, el mercado y el gobierno de las sociedades. *Ius et Veritas*, 24.

- Paz-Ares, Cándido (2003b). *Un ensayo sobre libertad de empresa*. Separata de lo publicado en el libro homenaje a Luis Diez-Picazo, Tomo IV. Madrid: Thomson-Civitas.
- Pease, Franklin (2003). *Breve historia contemporánea del Perú*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Pease, Henry (1977). *El ocaso del poder oligárquico. Lucha política en la escena oficial 1968-1975*. Lima: DESCO.
- Pease, Henry (2003). *La autocracia fujimorista: del estado intervencionista al estado mafioso*. Lima: PUCP / Fondo de Cultura Económica.
- Pease, Henry (2008). *Reforma política*. Lima: PUCP.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (1991). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Eudema.
- Peña Jumpa, Antonio (2009). El derecho a la consulta previa tras los sucesos de Bagua: la aplicación sistemática de la Constitución Política del Perú y el Convenio Internacional 169 de la OIT. *Ius Inter Gentes*, 6.
- Peña Jumpa, Antonio (2013). *Comunidades campesinas y nativas*. En Walter Gutiérrez C., *La Constitución comentada. Artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pérez Ardá, Javier (2000). Introducción al dominio público. En Carmen Chinchilla, coord., *Telecomunicaciones. Estudios sobre dominio público y propiedad privada*. Madrid: Marcial Pons.
- Pérez Ayala, Andoni (2007). Tres décadas de evolución constitucional en Portugal (1976-2006). *Revista de Derecho Político*, 70.
- Pérez Hualde, Alejandro (2005). *Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Pérez Hualde, Alejandro (2007). La raíz constitucional de la protección de los usuarios de los servicios públicos. En *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.
- Pérez Liñán, Aníbal (2009). *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (1983). La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, 35.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (1990). La seguridad jurídica en el Estado de Derecho. *Ius et praxis*, 16.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (1991). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (1996). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (1997). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Tremps, Pablo (1995). La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal. En *Constitución y derecho público*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Perú Económico (1990). *Radiografía de un desastre*. Lima: Perú Económico.
- Piaggi, Ana L. (1999). El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=27414&print=2>
- Piketty, Thomas (2014). *El capital en el siglo XXI*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Pinilla Cisneros, Antonio (1999). *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Lima: Universidad de Lima.
- Piñar Mañas, José Luis (2003). El desarrollo sostenible como principio jurídico. En Sebastián Utrera y José Luis Piñar, coords., *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas.
- Pisarello, Gerardo (2001). Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. En Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, eds., *Estado constitucional y globalización*. CDMX: Porrúa / UNAM.
- Pisarello, Gerardo & Sebastián Tedeshi (2011). Propiedad y Constitución en la Argentina: del «derecho terrible» a la democracia económica. En Roberto Gargarella, coord., *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Pizarro Nevado, Rafael (2004). Intervención administrativa en la economía y protección del medio ambiente. En *Derecho administrativo*. Lima: Jurista.
- Pizzolo, Calogero (1988). La relación constitución-globalización. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 12.
- Planas, Pedro (1993a). Decretos de urgencia y medidas extraordinarias. *Ius et Veritas*, 4(7), 133-158.
- Planas, Pedro (1993b). *El Estado moderno (apuntes para una nueva biografía del Estado social de Derecho)*. Lima: DESCO.
- Planas, Pedro (1997). *Regímenes políticos contemporáneos*. Lima: Fondo de Cultura Económica.
- Planas, Pedro (1998a). Prólogo. En Domingo García Belaunde Saldías, *El derecho presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo.
- Planas, Pedro (1998b). *La descentralización en el Perú republicano (1821-1998)*. Lima: Municipalidad de Lima Metropolitana.
- Planas, Pedro (1999). *El fujimorato. Estudio político constitucional*. Lima: Talleres Gráficos Nelly.
- Planas, Pedro (2001). *Manual del buen descentralista*. Trujillo: Nuevo Norte.
- Polanyi, Karl (2006). *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. Prólogo de Joseph Stiglitz. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Polo, Eduardo (1980). *La protección del consumidor en el derecho privado*. Madrid: Civitas.
- Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Posner, R. (2012). *La crisis de la democracia capitalista*. Madrid: Marcial Pons.

- Postigo, Ricardo (2003). Mejorando el gobierno corporativo. OPAs, mercado de control y mercado de valores en el Perú. *Ius et Veritas*, 24.
- Power Manchego Muñoz, Jorge (1984). *Constitución y justicia*. Lima: Andina.
- Pozo Goicochea, Claudia del (2005). *Control difuso y procedimiento administrativo*. Lima: Palestra.
- Prat, Julio (1985). El *ombudsman*: sus orígenes, su prestigio actual y su recepción por los derechos de Occidente. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 9.
- Prats y Català, Joan (2002). Instituciones y desarrollo en América Latina. ¿Un rol para la ética? En *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Prebisch, Raúl (1981a). Diálogo acerca de Friedman y Hayek: desde el punto de vista de la periferia. *Revista de la CEPAL*, 15.
- Prebisch, Raúl (1981b). *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Predieri, Alberto (1977). Régimen económico y social en la Constitución italiana. En Luis Sánchez Agesta, ed., *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica.
- Pretei, Humberto (1997). *Presupuesto y control. Pautas de reforma para América Latina*. Washington: BID.
- Priess, Frank (1997). La comunicación frente a la expansión de los mercados. La comunicación pública, una perspectiva alemana. *Diálogos de la comunicación*, 48.
- Prieto de Pedro, Jesús (1993). *Cultura, culturas y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Priori Posada, Giovanni (1997). La tutela jurisdiccional de los procesos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. En *Apuntes de derecho procesal*. Lima: ARA.
- Puente y Lavalle, Manuel de la (1991). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Lima: PUCP.
- Pulgar Vidal, Manuel (2008). Los recursos naturales, el derecho y la visión de desarrollo. *Ius et Veritas*, 36.
- Queralt, Martín & Carmelo Lozano Serrano (1990). *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho financiero y tributario*. Madrid: Civitas.
- Queraltó, Ramón (2003). *Ética, tecnología y valores en la sociedad global*. Madrid: Tecnos.
- Quijano, Aníbal (1998). *La economía popular*. Lima: Mosca Azul.
- Quintana Sánchez, Eduardo (2006). Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿Captura o administración de recursos dispersos? *Thémis*, 52.
- Quintana Sánchez, Eduardo (2011a). Una perspectiva sobre los alcances de la actividad empresarial del Estado en el Perú (entrevista). *Derecho y Sociedad*, 37.

- Quintana Sánchez, Eduardo (2011b). *Una nueva mirada a la actividad empresarial del Estado*. <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2011/09/26/una-nueva-mirada-a-la-actividad-empresarial-del-estado/>
- Quintana Sánchez, Eduardo (2012). Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú. *Ius et Veritas*, 44.
- Quintana Sánchez, Eduardo (2014). El derecho de propiedad desde la óptica de la regulación. *Revista de Derecho Administrativo*, 14.
- Quintanilla Acosta, Edwin (2004). *Autonomía institucional de los organismos reguladores: revisión de literatura*. Lima: ESAN.
- Quinzio F., Jorge (1992). *El ombudsman. El Defensor del Pueblo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Quiñones Alayza, María Teresa (2011). Arbitraje, *ius imperium* y contratos de concesión. En Juan Miguel de la Cuétara, José Luis Martínez López Muñiz y Francisco J. Villar Rojas (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley.
- Quiñones Alayza, María Teresa (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 12.
- Quiñones Alayza, María Teresa & Verónica Sattler Correa-Rey (2008). Apuntes sobre el servicio universal en un régimen de concurrencia. *Revista de Derecho Administrativo*, 4.
- Quiñones Infante, Sergio (2007). *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Lima: PUCP / Palestra.
- Quiroga León, Aníbal (1997). El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del Indecopi. *Derecho PUCP*, 51.
- Quiroz, Alfonso (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: IEP / Instituto de Defensa Legal.
- Radbruch, Gustav (1933). *Filosofía del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Radbruch, Gustav (1974). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Ramonet, Ignacio (1997). *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*. Madrid: Debate.
- Ramonet, Ignacio (2003). Globalización, ética y empresa. En Adela Cortina, ed., *Construir confianza. Ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*. Madrid: Trotta.
- Rawls, John (1979). *Teoría de la justicia*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, John (1990). *Sobre las libertades*. Introducción de Victoria Camps. Buenos Aires: Paidós.
- Rawls, John (1996). *Liberalismo político*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Rebaza, Alberto (1993). El régimen económico en una constitución ¿solución o fuente de conflictos? *Ius et Veritas*, 7.

- Redfern, Alan; Martin Hunter; Nigel Blackaby & Constantine Partasides (2006). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Pamplona: Aranzadi.
- Reggiardo, Aldo (2000). Apuntes en torno a la intermediación bursátil, el contrato de comisión mercantil y su relación con los intermediarios bursátiles. *Thémis*, 40.
- Reich, Norbert (1985). *Mercado y derecho. Teoría y praxis del derecho económico en la RFA*. Barcelona: Ariel.
- Restrepo, Juan Camilo (1996). Aspectos presupuestales de la Nueva Constitución. En Carlos Lleras Restrepo y otros, *Constitución económica colombiana*. Bogotá: El Navegante.
- Rey de Castro Arena, Alejandro (2010). *Republicanism, nación y democracia. La modernidad política en el Perú 1821-1846*. Lima: UNMSM.
- Riggs, Fred (1988). La supervivencia del presidencialismo en Estados Unidos. Prácticas paraconstitucionales. En Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo versus parlamentarismo*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Ripert, Georges (1951). *El régimen democrático y el derecho civil moderno*. Puebla: José M. Cajica.
- Riva, Ignacio M. de la (2011). La titularidad de las infraestructuras (entre el dominio público y las restricciones a la propiedad privada). En Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz y Francisco J. Villar Rojas, coords., *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Segunda Parte. Madrid: La Ley.
- Rivera Ortega, Ricardo (2001). *Introducción al derecho administrativo económico*. Salamanca: Ratio Legis.
- Rivero, Oswaldo de (2001). *El mito del desarrollo. Los países inviables del siglo XXI*. Lima: Fondo de Cultura Económica.
- Rivero, Oswaldo de (2003). *Los Estados inviables*. Madrid: Catarata.
- Robles, Carmen del Pilar (2006). Los principios constitucionales tributarios. En Autores varios, *Ensayos jurídicos contemporáneos. Testimonio de una huella académica*. Lima: Pacífico.
- Roca, Santiago (2016). Biodiversidad y propiedad intelectual en clave de políticas públicas: aportes para una gestión estratégica. En Santiago Roca, ed., *Biodiversidad y propiedad intelectual en disputa: situación, propuestas y políticas públicas*. Lima: ESAN.
- Roca, Santiago & Erick Pajares (2016). Propiedad intelectual y tratados de libre comercio: la biodiversidad del Perú en juego. En Santiago Roca, ed., *Biodiversidad y propiedad intelectual en disputa, situación, propuestas y políticas públicas*. Lima: ESAN.
- Rocca, Lilian (2018). *El mercado de valores en fácil*. Lima: PUCP.
- Rodríguez Arana, Jaime (1996). *Ética institucional. Mercado versus función pública*. Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Arana, Jaime (2006). Un nuevo derecho administrativo: el derecho del poder para la libertad. *Revista de Derecho Administrativo*, 2.

- Rodríguez Arana, Jaime (2011). Los principios del derecho global de la contratación pública. *Derecho PUCP*, 66.
- Rodríguez Arana, Jaime (2012a). El derecho a la buena administración entre ciudadanos y Administración Pública. En Autores Varios, *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra / PUCP.
- Rodríguez Arana, Jaime (2012b). El servicio público a la luz del Derecho Comunitario Europeo. *Revista de Derecho Administrativo*, 12.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro (1992). El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro (2010). La formación del concepto de ley en torno al presupuesto y en el contexto histórico de la pugna Gobierno-Parlamento. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2010.
- Rodríguez Brignardello, Hugo (1997). Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución Peruana de 1993. *Derecho y Sociedad*, 12.
- Rodríguez de Santiago, José María (2008). Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española. *Revista de Administración Pública*, 177.
- Rodríguez Manrique, Carlos (2006). Organismos públicos del Poder Ejecutivo y autoridades independientes. *Revista de Derecho Administrativo*, 2.
- Rodríguez Palop, María Eugenia (2014). El surgimiento de una nueva generación de derechos humanos como fruto de una crisis democrática y social. En Gregorio Peces-Barba M., E. Fernández G., R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV: Siglo XX*. Madrid: Dykinson / Fundación Gregorio Peces-Barba / Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Rodríguez Piñero, M. (1997). Las bases constitucionales del derecho privado. En Alfredo Bullard y G. Fernández, eds., *Derecho civil patrimonial*. Lima: PUCP.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Derecho PUCP*, 66.
- Rodríguez Sañudo, Fermín (2002). El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida (directores), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- Rodríguez Zepeda, Jesús (2004). Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 23.
- Rojas Hurtado, Fernando (1995). La descentralización fiscal en América Latina. *Reforma y Democracia*, 3.
- Rojas, Jorge (2014). *El sistema privado de pensiones en el Perú*. Lima: PUCP.

- Rojas Montes, Verónica (2013). El principio de eficacia en las contrataciones públicas. En Jaime Rodríguez Arana, Miguel Ángel Sendín García y Jorge Danós Ordóñez, eds., *Contratación pública. Doctrina nacional e internacional*. Vol. II. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Lima: Adrus.
- Rojo, Ángel José (1983). Actividad económica pública y privada en la Constitución española. *Revista de Derecho Mercantil*, 169-170.
- Roldán Xopa, José (2017). Ignacio Burgoa: una biografía intelectual. En José Ramón Cossío Díaz y Jesús Silva-Herzog Márquez, coords., *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*. DCMX: Fondo de Cultura Económica.
- Romero, Emilio (2006). *Historia económica del Perú*. Lima: UAP.
- Rostoworoski, M. (1988). *Historia del Tabauntinsuyu*. Lima: IEP / Concytec.
- Rotondo, Felipe (2013). Los principios de los servicios públicos. En *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo en el siglo XXI*. Vol. II. Lima: Adrus.
- Rubio Correa, Marcial Antonio (1986). *Abuso del derecho*. Lima: PUCP.
- Rubio Correa, Marcial Antonio (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PUCP.
- Rubio Correa, Marcial Antonio (2003a). *La constitucionalización de los derechos en el Perú del siglo XIX*. Lima: PUCP.
- Rubio Correa, Marcial Antonio (2003b). *Interpretación de las normas tributarias*. Lima: ARA.
- Rubio Correa, Marcial Antonio (2006). El concepto de tributo y de reserva legal tributaria para el Tribunal Constitucional. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra.
- Rubio Correa, Marcial Antonio (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: PUCP.
- Rubio Correa, Marcial Antonio & Enrique Bernales (1981). *Perú: Constitución y sociedad política*. Lima: Desco.
- Rubio Correa, Marcial Antonio; Francisco Eguiguren & Enrique Bernales (2018). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: PUCP.
- Rubio Lara, M. Josefa (1991). *La formación del Estado social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Rubio Llorente, Francisco (1983). Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley. *Revista de Administración Pública*, 100-102.
- Ruipérez, Javier (2003). ¿La Constitución en crisis? El Estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático. *Revista de Estudios Políticos*, 120.
- Ruiz Caro, Ariela (2002). Concertación nacional y planificación estratégica: elementos para un «nuevo consenso». Santiago: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social-ILPES.

- Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco & Carmen Robles Moreno (2013). Constitucionalización de la definición del tributo. *Derecho PUCP*, 71.
- Ruiz-Eldredge, Alberto (1980). *La Constitución comentada*. Lima: Atlántida.
- Ruiz-Eldredge, Alberto (1987). Problemática de la nacionalización del sistema financiero. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 25.
- Ruiz-Eldredge, Alberto (2000). *Manual de derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ruiz Miguel, Alfonso (1994). Derechos liberales y derechos sociales. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos & Luis Andrés Roel Dávila (2011). *Manual de herramientas legales de operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Ruiz Müller, Manuel (2006). Una aproximación a la protección jurídica de las bases de datos: limitaciones y restricciones a la investigación en el campo de la biodiversidad. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Lima: Palestra.
- Ruiz Muñoz, Miguel (1999). *Introducción a la protección jurídica de los consumidores*. Madrid: McGraw-Hill.
- Ruiz-Rico, Gerardo (2000). *El derecho constitucional al medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz-Rico, Gerardo & Nicolás Pérez Sola (2002). El derecho de acceso a la cultura. El derecho al desarrollo científico. En José Luis Monereo, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida, coords., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- Ruiz Zapatero, Guillermo (2006). Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales. *Revista de Administración Pública*, 169.
- Sachs, Jeffrey (2006). El Estado de bienestar. Más allá de la ideología. *La República*, 20 de noviembre. Traducido y reproducido de la revista *Scientific American*.
- Sacristán, Estela Beatriz (2016). Teoría de la regulación (en especial, acerca de los fundamentos de la regulación). *Derecho PUCP*, 76.
- Sáenz Royo, Eva (2003). *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*. Madrid: Civitas.
- Sagasti, Francisco; Javier Iguíñiz & Jurgen Shuldt (1999). *Equidad, integración social y desarrollo*. Lima: Agenda Perú.
- Sagasti, Francisco; Pepi Patrón; Max Hernández & Nicolás Lynch (1999). *Democracia y buen gobierno*. Lima: Agenda Perú / Apoyo.
- Sagüés, María Sofía (2005). Recepción normativa del control de constitucionalidad por omisión en el Código Procesal Constitucional peruano. En José F. Palomino Manchego, coord., *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo II. Lima: Grijley.

- Sagiús, Néstor Pedro (1991). Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad. *Anuario Jurídico*, 1.
- Sáinz de Bujanda, Fernando (1955). Organización política y derecho financiero. En *Hacienda y derecho*. T. 1. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Sáinz de Bujanda, Fernando (1972). Prólogo. En Ignacio Bayón Mariné, *Aprobación y control de los gastos públicos*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Sáinz Moreno, Fernando (1977). Orden Público Económico y restricciones de la competencia. *Revista de Administración Pública*, 84.
- Salas, Javier (1991). Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional En Sebastián Martín-Retortillo Baquer, coord., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- Salas, Miriam (2009). Manufacturas y precios en el Perú colonial, la producción textil y el mercado interno, siglos XVI y XVII. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú, Tomo II, Economía del periodo colonial temprano*. Lima: BCRP / IEP.
- Salazar Sánchez, Martha (1993). Interpretación de la Constitución y control de la ley interpretativa por el Tribunal Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 20(2-3).
- Salazar Ugarte, Pedro (2006). *La democracia constitucional*. CDMX: Fondo de Cultura Económica / UNAM.
- Salmón Gárate, Elizabeth (2003). Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas. En *Derecho Comunitario Andino*. Lima: PUCP.
- Salmón Gárate, Elizabeth & Cristina Blanco Vizarreta (2012). El derecho de propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. En Giovanni Priori, ed., *Estudios sobre la propiedad*. Lima: PUCP.
- Saltos Galarza, Napoleón (2002). Ética y corrupción política. En G. Sierra Molina y E. Ruiz García, coords., *La contabilidad y el control de la gestión pública*. Madrid: Civitas.
- Salvat Editores (2005). *Historia Universal Salvat*. Lima: El Comercio.
- Samamé Boggio, Mario (1974). *Minería peruana*. Lima: Labor.
- Samuelson, Paul (1966). *Curso de Economía moderna*. Madrid: Aguilar.
- Sánchez Albavera, Fernando (1989). Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución. En Autores varios, *La Constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann.
- Sánchez-Appellaniz Valderrama, Francisco (1981). La soberanía permanente sobre los recursos naturales: Orígenes y contenidos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 5.
- Sánchez Bravo, Guillermo (2006). El arbitraje internacional CIADI y la protección de inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITS. *Revista Peruana de Arbitraje*, 2.
- Sánchez Morón, Miguel; Rafael Barranco Vela; Federico Castillo Blanco & Francisco Delgado Piqueras (1997). *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Madrid: Tecnos.

- Sánchez Povis, Lucio Andrés (2016). La nueva relación público-privada en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano a la luz del actual régimen de Obras por Impuestos. *Revista de Derecho Administrativo*, 16.
- Sánchez, Ricardo (2012). Revolución y Constitución de Cádiz de 1812. En Heraclio Bonilla, ed., *La Constitución de 1812 en Hispanoamérica y España*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / Fundación Gilberto Alzate Avendaño.
- Sánchez Serrano, Luis (1997). *Tratado de derecho financiero y tributario constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Sandoval Aguirre, Oswaldo (1997). *Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Antecedentes y comentarios*. Lima: Pronaturaleza.
- Sandoval Peña, Natalia (2004). Balance y perspectivas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: el caso del tratamiento jurídico de la inversión extranjera. *Agenda Internacional*, 21.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (1988). *Fundamentos de derecho administrativo*. Vol. I. Madrid: CEURA.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2004). *Principios de derecho administrativo general*. Vol. II. Madrid: Iustel.
- Santistevan de Noriega, Jorge (2004). Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú. En Javier de Belaunde, Alfredo Bullard, Luis Pizarro y Carlos Soto (eds.), *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: PUCP.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2004). *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de Administración Pública y el derecho administrativo*. Lima: Universidad Externado de Colombia / Cordillera.
- Sarmiento García, Jorge (2007). Servicios públicos: distintas relaciones, contratos y sujetos. En J. C. Cassagne y E. Rivero, dirs., *La contratación pública*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sartori, Giovanni (1998). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Madrid: Taurus.
- Sartori, Giovanni (2003). *¿Qué es la democracia?* Buenos Aires: Taurus.
- Savater, Fernando (1988). *Ética como amor propio*. Barcelona: Grijalbo Mondadori.
- Savater, Fernando (1998). *Las razones del antimilitarismo y otras razones*. Barcelona: Anagrama.
- Savigny, F. C. von (1840). *System des heutigen Römischen Rechts I*. Berlín.
- Schugart, Matthew & S. Mainwaring (2002). Presidencialismo en América latina: revisión de los términos del debate. En *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós.
- Schuldt, Jürgen (2005). *¿Somos pobres porque somos ricos?* Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Schuldt, Jürgen (2012). *Desarrollo a escala humana y de la naturaleza*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Schumpeter, Joseph (1968). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Madrid: Aguilar.

- Secretaría pro-tempore del Tratado de Cooperación Amazónica (1996). Propuestas de políticas y estrategias regionales para el aprovechamiento de los recursos genéticos de cultivos alimenticios y frutales amazónicos. Lima: FAO.
- Segovia Olave, Elio (2017). Acerca de la vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado. *Derecho Público Iberoamericano*, 10.
- Seminario, Bruno (2004). Servicios e inversiones en las negociaciones con el TLC. En *El TLC en debate*. Lima: Fundación Friederich Ebert.
- Sen, Amartya (1997). *Bienestar, justicia y mercado*. Barcelona: Paidós.
- Sen, Amartya (2002a). *Desarrollo y libertad*. Buenos Aires: Planeta.
- Sen, Amartya (2002b). ¿Qué impacto puede tener la ética?». En Bernardo Kliksberg, Joseph Stiglitz y Amartya Sen, eds., *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Sen, Amartya (2003). Ética de la empresa y desarrollo económico. En Adela Cortina y otros, *Construir confianza*. Madrid: Trotta.
- Sequeira Martín, Adolfo (1984). Defensa del consumidor y Derecho Constitucional Económico. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10.
- Serna, María N. de la (1995). *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Pamplona: Aranzadi.
- Serna, Pedro & Fernando Toller (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.
- Serra Puente-Arno, Gerardo (2000). La regulación en el mercado de los valores mobiliarios. *Thémis*, 40.
- Sevillano, Sandra (2016). *Lecciones de derecho tributario: principios generales y código tributario*. Lima: PUCP.
- Sheahan, John (2001). *La economía peruana desde 1950. Buscando una sociedad mejor*. Lima: IEP.
- Shugart, Matthew S. & Scott Mainwaring (2002). Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate. En Matthew Shugart y Scott Mainwaring, comps., *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós.
- Siegan, Bernard (1993). *Reforma Constitucional. Esbozando una constitución para una república que emerge a la libertad*. Lima: Citel.
- Smith, Kate (2010). Las potestades presupuestarias del Congreso. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2010.
- Sola, Juan Vicente (2004). *Constitución y Economía*. Buenos Aires: Lexis Nexis / Abeledo-Perrot.
- Solozábal Echavarría, Juan José (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos*, 71.
- Sorace, Domenico (2006). Regulación económica y democracia política: un punto de vista italiano. *Thémis*, 52.

- Soriano, José Eugenio (1998). *Derecho público de la competencia*. Madrid: Idelco / Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Soros, George (2002). *On globalization*. Nueva York: Public Affairs.
- Sosa, Juan Manuel (2011). Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En O. Sumar, ed., *Ensayos sobre la protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Sotelo, Eduardo (2005). Potestad tributaria y tributos de la especie tasa. *Thémis*, 50.
- Sotelo, Ignacio (2010). *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta.
- Soto, Hernando de (con la colaboración de Enrique Ghersi y Mario Ghibellini) (1986). *El otro sendero*. Lima: El Barranco.
- Soto Klos, Eduardo (1996). *Derecho Administrativo. Bases generales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Sousa Santos, Boaventura de (2010). Presupuesto participativo hacia una democracia redistributiva. *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2010.
- Spisso, Rodolfo (2009). *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Starck, Christian (1979). *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Stiglitz, Joseph (2002). Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el Consenso Post-Washington. En Bernardo Kliksberg, Joseph Stiglitz y Amartya Sen, eds., *Ética y desarrollo. La relación marginada*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Stiglitz, Joseph (2003). *El malestar en la globalización*. Buenos Aires: Taurus.
- Stiglitz, Joseph (2003). El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina. *Revista de la CEPAL*, 80.
- Stober, Rolf (1992). *Derecho administrativo económico*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Stucchi, Pierino (2004). El papel del derecho administrativo en la aplicación de medidas de defensa comercial. En Varios autores, *Derecho administrativo*. Lima: El Jurista.
- Stucchi, Pierino (2006). La integración en la Comunidad Andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: aspectos institucionales y procesales. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 2.
- Stucchi, Pierino (2011). La ciudadanía económica en el Perú: el consumidor. En O. Sumar, ed., *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Stucchi, Pierino & L. Gonzales Delgado (2005). Una introducción al sistema comentario de defensa de la libre competencia: la Decisión 608 en el mercado ampliado andino. *Thémis*, 51.
- Suárez Llanos, Leonor (1989). *Derecho, economía, empresa*. Madrid: Civitas.
- Suárez, Margarita (2009). El Perú en el mundo atlántico (1520 a 1739). En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú, Tomo II Economía del periodo colonial temprano*. Lima: BCRP / IEP.

- Suay Rincón, José (1985). *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Súmar, Óscar (2011). El test de subsidiariedad del Indecopi [comentario al precedente de observancia obligatoria] Disponible en: <https://blogcristalroto.wordpress.com/2011/02/15/el-test-de-subsidiariedad-del-indecopi-comentario-al-precedente-de-observancia-obligatoria/>
- Sunstein, Cass (2004). Propiedad y constitucionalismo. *Thémis*, 48.
- Tajadura, Javier (1997). La constitución cultural. *Revista de Derecho Político*, 43.
- Tajadura, Javier (2008). Los principios constitucionales ante el desafío de la globalización. *Revista Peruana de Derecho Público*, 16.
- Tamburini, Francesco (2002). Historia y destino de la «Doctrina Calvo» ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 24.
- Tantaleán Arbulú, Javier (1994). *La planificación en el Perú y la experiencia aprista*. Lima: 22 de agosto.
- Tarnawski, Eduard (1999). El bienestar contra el Estado: premisas y consecuencias de la reforma del Estado de bienestar. *Revista de Estudios Políticos*, 102.
- Tarsitano, Alberto (2010). El principio de capacidad contributiva y el derecho constitucional tributario. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2010.
- Tassano, Hebert (2008). Los organismos reguladores de los servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 4.
- Tato Plaza, A. (1993). *Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. Madrid: Marcial Pons.
- Távara, José (2003). Los servicios públicos y el rol de la Defensoría del Pueblo: desafíos de la experiencia peruana. *Debate Defensorial*, 5.
- Thorp, Rosemary (1998). *Progreso, pobreza y exclusión. Una historia económica de América Latina en el siglo XX*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Thorp, Rosemary & Geoffrey Bertram (1988). *Perú: 1890-1977. Crecimiento y políticas en una economía abierta*. Lima: Mosca Azul.
- Thurow, Lester (2000). *Construir riqueza*. Buenos Aires: Javier Vergara.
- Tietmeyer, H. (1980). Las bases históricas y el desarrollo de la economía social de mercado en la República Federal de Alemania. En Autores varios, *Economía social de mercado*. Lima: Cámara de Comercio e Industria Peruano Alemana.
- Tinoco Terrero, Pedro Rafael (1999). Prólogo. En Julio Vildósola, *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Caracas: Editorial Latina.
- Tirado Barrera, José Antonio (2018). Sobre la vigencia indeterminada de los títulos habilitantes. En *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.
- Tohá Morales, Carolina (1994). *El Estado social entre crisis y renovación*. Santiago: Corporación Tiempo.

- Tola Nosiglia, José (1994). *El mercado de valores y la bolsa en el Perú*. Lima: Mass Comunicación.
- Tord, Javier (2007). Perú: señorío y renta. Prólogo a las *Obras Escogidas* de Carlos Lazo, Tomo II. Lima: Fondo Editorial del Pedagógico de San Marcos.
- Tord, Javier & Carlos Lazo (1980). *Economía y sociedad en el Perú colonial: dominio económico y movimiento social*. Lima: Juan Mejía Baca.
- Tornos Mas, Joaquín (1999). Las autoridades de regulación de lo audiovisual. Madrid: Marcial Pons.
- Tornos Mas, Joaquín (2004). *Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Torres López, Juan (1987). *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Torres Arancivia, Eduardo (2007). *Buscando un rey*. Lima: PUCP.
- Tovar Gil, María del Carmen (2006). Evolución de las actividades eléctricas en el Perú. Estructura de la industria y de la propiedad de las empresas. *Derecho y Sociedad*, 26.
- Trazegnies, Fernando de (2005). Desacralizando la buena fe en el derecho. En Marcos M. Córdoba, dir., *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Trelles de Belaunde, Óscar (2002). El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. *Thémis*, 44.
- Tribunal Constitucional del Perú (2018). *Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales. Procesos de inconstitucionalidad*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- Trueba Urbina, Alberto (1971). *La primera Constitución político-social del mundo*. CDMX: Porrúa.
- Tsebelis, George (2006). *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Tubella, Inma (2006). Televisión, internet y elaboración de la identidad. En *La sociedad red: una visión global*. Madrid: Alianza.
- Tugendhat, Ernst (1993). *Justicia y derechos humanos*. Lima: Universidad de Lima.
- Tugendhat, Ernst (1997). *Lecciones de ética*. Barcelona: Gedisa.
- Ugalde, Luis Carlos (2000). *Vigilando al Ejecutivo. El papel del Congreso en la supervisión del gasto público 1970-1999*. CDMX: Instituto de Investigaciones Legislativas.
- Ugarteche, Óscar (1998). *La arqueología de la modernidad*. Lima: Desco.
- Ugarteche, Óscar (2004). *Adiós Estado, bienvenido mercado*. Lima: Fundación Ebert.
- Ugarteche, Oscar & Eduardo Martínez-Ávila (2013). *La gran mutación. El capitalismo real del siglo XXI*. Lima: Lápix.
- Ugarte Ocampo, César (1929). Federalismo territorial y federalismo sindical. *Nueva Revista Peruana*, 3.
- Ugarte Ocampo, César (1977). *Bosquejo de la historia económica del Perú*. Lima: Delva.

- Ulrich, Peter (1986). *Transformación de la razón económica. Perspectivas de progreso de la sociedad industrial moderna*. Bern y Stuttgart (s/e).
- Uprimny Yépez, Rodrigo & César Rodríguez Garavito (2005). *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/constitucion-y-modelo-economico-el-colombia-hacia-una-discusion-productiva-entre-economia-y-derecho/>
- Urbiztondo, Santiago (2003). La competitividad y la organización institucional de la regulación de los servicios públicos en el Perú: diagnóstico y propuesta de reforma. Documento inédito. Informe final de consultor. Lima: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Valadés, Diego (1985). El capítulo económico de la Constitución. En *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*. CDMX: Porrúa.
- Valdés Costa, Ramón (1996). *Curso de derecho tributario*. Buenos Aires, Bogotá y Madrid: Depalma / Temis / Marcial Pons.
- Valencia Martín, Germán (2004). Servicios públicos y organismos reguladores. En Autores varios, *Derecho administrativo*. Lima: Jurista / Asociación Peruana de Derecho Administrativo.
- Valencia Saiz, Ángel (2003). Ciudadanía ecológica: una noción subversiva dentro de una política global. *Revista de Estudios Políticos*, 120.
- Valle Billinghamurst, Andrés (2006). Breves comentarios acerca de la estabilidad tributaria en el Perú. En Jorge Danós Ordóñez, coord., *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra.
- Vargas Llosa, Mario (1983). El elefante y la cultura. En Fernando Belaunde Terry y otros, *Dependencia y desarrollo en debate*. Lima: Instituto Libertad y Democracia.
- Vargas Llosa, Mario (1993). Mi deuda con Karl Popper. En Pedro Schwartz, Carlos Rodríguez Braun y Fernando Méndez, eds., *Encuentro con Karl Popper*. Madrid: Alianza.
- Vargas, Paola (2009). *El cambio climático y sus efectos en el Perú*. BCRP, DT 2009-14. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/...de/Documento-de-Trabajo-14-2009.pdf>.
- Vega Castro, Jorge (2008). *Análisis del proceso de descentralización fiscal en el Perú*. Lima: PUCP.
- Vega Mere, Yuri (2001). *Contratos de consumo*. Lima: Grijley.
- Vega, Pedro de (1988). La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social. En J. Corcuera y M. A. García Herrera, eds., *Derecho y economía en el Estado social*. Madrid: Tecnos.
- Vega, Pedro de (2001). Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. En Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, eds., *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa.
- Velásquez Meléndez, Raffo (2013). Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos. *Ius et Veritas*, 46.

- Venero, Begoña (2005). Mitos y verdades sobre la biopiratería y la propiedad intelectual. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, 1.
- Ventura, Adrián (2004). Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida aconstitucional. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1.
- Vergara, Alberto (2010). El fujimorato y los niveles de análisis en política comparada. Una apuesta por el pluralismo. En Carlos Meléndez y Alberto Vergara, eds., *La iniciación de la política. El Perú político en la perspectiva comparada*. Lima: PUCP.
- Vergara Blanco, Alejandro (2006). El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral. *Revista Chilena de Derecho*, 33(2).
- Viciano, J. (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Viciano Pastor, Roberto & Rosario Serra Cristóbal (2006). Los derechos sociales y culturales conforme al derecho internacional. En *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Vidal, Álvaro & Christian Sánchez (2006). Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social. En *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*. Ponencias del II Congreso Nacional de la SPDTSS. Arequipa: SPDTSS.
- Vidal Perdomo, Jaime (1994). *Derecho administrativo*. Bogotá: Temis.
- Vidal Ramírez, Fernando (1988). *La Bolsa de Valores de Lima*. Lima: Cultural Cuzco.
- Vignolo Cueva, Orlando (coord.) (2009). *Teoría de los servicios públicos*. Lima: Grijley.
- Vignolo Cueva, Orlando (2012). El derecho a la protección a la salud y la intervención de la Administración Pública sanitaria en la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional peruano. Comentarios a las sentencias relevantes de la última década. En O. Vignolo y R. Jiménez, coord., *Homenaje a Allan Brewer-Carías*. Lima: Ediciones Legales y Asociación Civil Ius et Veritas.
- Vignolo Cueva, Orlando (2018). Una definición alternativa sobre los recursos naturales peruanos. En *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.
- Vílchez Armesto, L. (2007). La decisión Neem: un precedente en la lucha contra la biopiratería. *La Ley*.
- Vildósola, Julio (1999). *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Caracas: Editorial Latina.
- Villarán, Fernando (2006). *Reforma y modernización del Estado*. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social.
- Villarán, Manuel Vicente (1994). *Posición constitucional de los ministros en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco.
- Villar Ezcurra, José Luis (1980). *Servicio público y técnicas de conexión*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Villegas, Héctor (1990). Las garantías constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 18.
- Villegas, Héctor (1992). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Depalma.
- Villota, Marco Antonio (2010). Hacia una delimitación de los elementos esenciales del concepto de servicio público. En *Retos contemporáneos del derecho público*. Lima: ARA / Escuela de Posgrado PUCP.
- Walker, Charles (2015). *La rebelión de Túpac Amaru*. Lima: IEP.
- Wallerstein, Immanuel (2004). *Capitalismo histórico y movimientos antisistémicos*. Madrid: Akal.
- Walzer, Michael (1997). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Ward, Thomas (2009). *Buscando a la nación peruana*. Lima y Maryland: Horizonte, UNMSM y Loyola University.
- Webb, Richard (1975). Políticas gubernamentales y distribución del ingreso en el Perú: 1961-1971. En Richard Webb y Adolfo Figueroa, eds., *Distribución del ingreso en el Perú*. Lima: IEP.
- Webb, Richard (2013). *Conexión y despegue rural*. Lima: UNSMP.
- Weber, Max (2003). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Buenos Aires: Prometeo.
- Wieland, Patrick (2017). *Introducción al derecho ambiental*. Lima: PUCP.
- Wise, Carol (2005). *Reinventando el Estado. Estrategia económica y cambio institucional en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- William, C. (1967). Derecho a la propiedad y a la contratación. En *La libertad constitucional y el Derecho*. CDMX: Limusa-Wiley.
- Yacolca Estares, Daniel Irwin (2012). Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 5.
- Zagrebelsky, Gustavo (2008). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta.
- Zapata, Antonio (2018). *La caída de Velasco. Lucha política y crisis del régimen*. Lima: Taurus.
- Zas Friz Burga, Johnny (1998). *La descentralización ficticia. Perú 1821-1998*. Lima: CIUP.
- Zas Friz Burga, Johnny (1999). La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales. *Derecho PUCP*, 52.
- Zas Friz Burga, Johnny (2001). *El sueño obcecado. La descentralización política en la América Latina*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Zas Friz Burga, Johnny (2004). *La insistencia de la voluntad. El actual proceso de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004)*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Zegarra, Diego (1997). *El contrato ley*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Zegarra, Diego (2005). *El servicio público*. Lima: Palestra.
- Zegarra, Diego (2012). Del servicio público a los servicios de interés general: la evolución del servicio público en el sistema jurídico. *Revista de Derecho Administrativo*, 12.
- Zegarra, Diego (2018). La ordenación del territorio: introducción a su estudio en el derecho administrativo peruano. En *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.
- Zegarra, Luis Felipe (2014). Perú, 1920-1980. Contexto internacional, políticas públicas y crecimiento económico. En Carlos Contreras, ed., *Compendio de historia económica del Perú*. Tomo 5. Lima: BCRP / IEP.
- Zegarra Mulanovich, Gonzalo (con la colaboración de Mijael Garrido-Lecca) (2013). Eterno resplandor de una mente sin recuerdos (constitucionales). La Constitución de 1993 ha dejado de ser semántica y ahora es normativa. No hay porqué cambiarla. En Cecilia O'Neill de la Fuente, ed., *El derecho va al cine. Intersecciones entre la visión artística y la visión jurídica de los problemas sociales*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Zolezzi Möller, Armando (1994). El régimen tributario en la nueva Constitución. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Zúñiga, Tania (2010). Control de concentraciones económicas, competencia y desarrollo. En Germán Alarco, coord., *Rutas hacia un Perú mejor*. Lima: Centrum.
- Zuzunaga del Pino, Fernando (2013). ¿La cláusula antielusiva vulnera la Constitución peruana? *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 53.
- Zuzunaga del Pino, Fernando & Sergio Vega León Cabrera (2008). «No tiene color y tampoco es rojo»: Aciertos y desaciertos del Tribunal Constitucional en torno al concepto de tributo. *Themis*, 55.

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 II de este libro sobre la constitución económica del Perú trata del comercio exterior y la inversión extranjera, los recursos naturales y la diversidad biológica, los servicios públicos, el sistema monetario, el derecho constitucional tributario, la descentralización fiscal, la tutela de los derechos económicos y el enjuiciamiento crítico a la normativa económica de la Constitución vigente y a la ética para el desarrollo.



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

**FONDO
EDITORIAL**

ISBN 978-612-317-555-9



9 786123 175559