

BALDO KRESALJA / CÉSAR OCHOA

EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

EL RÉGIMEN ECONÓMICO
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

BALDO KRESALJA / CÉSAR OCHOA

EL RÉGIMEN ECONÓMICO
DE LA CONSTITUCIÓN
DE 1993



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

El régimen económico de la Constitución de 1993

Baldo Kresalja / César Ochoa

© Baldo Kresalja / César Ochoa, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 1500 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° 2012-15830

ISBN: 978-612-4146-25-1

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200869

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	15
CAPÍTULO I	
LOS DERECHOS HUMANOS EN SU DIMENSIÓN ECONÓMICA	
1. DIGNIDAD Y DERECHOS	17
2. PROYECTO DE VIDA	18
3. CUESTIONAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS	18
4. RECONOCIMIENTO MUNDIAL	19
5. EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA	22
6. EL DERECHO AL BIENESTAR	24
7. ECONOMÍA Y ESTADO AL SERVICIO DEL HOMBRE	25
8. LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO COMO PRINCIPIO DEL DERECHO INTERNACIONAL	26
9. LA EXIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS	28
CAPÍTULO II	
EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO	
1. ¿QUÉ ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO?	31
2. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y LA DEFINICIÓN DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	33
3. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMO «EQUILIBRIO DE PODERES» ENTRE EL MERCADO, EL ESTADO Y LA SOCIEDAD CIVIL	35

CAPÍTULO III

LAS CONSTITUCIONES ECONÓMICAS DE LA REPÚBLICA PERUANA

1. EL LIBERALISMO CLÁSICO EN LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX	37
a. Cuestiones preliminares	37
b. El derecho de propiedad	38
c. La libertad de industria y comercio	38
d. El régimen hacendístico	38
2. LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LAS CARTAS DE 1920 Y 1933	39
a. Contexto de la Carta de 1920	39
b. El derecho de propiedad	39
c. La intervención económica del Estado	40
d. El sistema económico en la Carta de 1933	41
3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CARTA DE 1979	43
a. Contexto histórico y debate constitucional sobre el principio de economía social de mercado	43
b. Otros principios del régimen económico	45

CAPÍTULO IV

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA DE 1993

1. EL SURGIMIENTO DEL NEOLIBERALISMO EN EL PERÚ	47
2. LA DÉBIL REPRESENTATIVIDAD DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO	50
3. EL DEBATE CONSTITUCIONAL	52

CAPÍTULO V

DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO DE JUSTICIA Y DE CULTURA

1. SURGIMIENTO DEL ESTADO DE BIENESTAR	55
2. CRISIS Y RECONVERSIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR	57
3. DIMENSIÓN ÉTICA DEL ESTADO SOCIAL Y LA PROPUESTA DEL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO DE JUSTICIA	57
4. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO UN ESTADO DE CULTURA. EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA Y AL DESARROLLO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO	58
5. CONTENIDO MATERIAL DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	59
6. VALOR NORMATIVO DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	61
7. EL ESTADO SOCIAL EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS DE 1979 Y 1993	61

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS ECONÓMICOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

1. CUESTIONES PRELIMINARES	63
2. EL DERECHO DE PROPIEDAD	64
a. El derecho de propiedad en el constitucionalismo liberal	64
b. El derecho a la herencia	64
c. La función social como contenido esencial	65
d. La libre disposición de moneda extranjera	67
e. La limitación impuesta por la seguridad nacional	67
f. La expropiación	68
g. Regulaciones con efecto equivalente a la expropiación. La expropiación indirecta	71
3. LA LIBERTAD DE CONTRATAR Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES	72
a. Autonomía privada y concepto de contrato	72
b. Contenido esencial de la libertad de contratar	72
c. Los contratos-ley	73
4. LA LIBERTAD DE TRABAJO	75

CAPÍTULO VII

LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

1. LOS INTERESES DIFUSOS	77
2. LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	78
a. Introducción	78
b. La cláusula constitucional de la defensa del interés de los consumidores y usuarios	79
c. Derechos constitucional y legalmente reconocidos	81
3. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE	89
a. Cuestiones preliminares	89
b. El derecho al medio ambiente sano y equilibrado	92

CAPÍTULO VIII

LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

1. LA UNIDAD DEL MERCADO	97
2. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	98
a. Orígenes	98
b. Concepto y principales características	99

c. Recepción en el Perú	100
d. Objetivos actuales	101
3. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA INICIATIVA PÚBLICA	102
4. LA REGULACIÓN ECONÓMICA	103
5. LA INTERVENCIÓN EXTRAORDINARIA Y LOS DECRETOS DE URGENCIA	106
6. LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA	111

CAPÍTULO IX

LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. LA LIBERTAD ECONÓMICA: ENCUADRE JURÍDICO	117
2. LA LIBERTAD DE EMPRESA: NATURALEZA DEL DERECHO	118
3. LA LIBERTAD DE EMPRESA: SU CONTENIDO ESENCIAL	120
4. LÍMITES A SU EJERCICIO	125
5. EL TRATAMIENTO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN NACIONAL	127
a. El tratamiento constitucional y legal	127
b. Las excepciones al sometimiento a la jurisdicción nacional	130
c. Los tratados bilaterales de inversión (BIT) y la protección a los inversionistas contra la expropiación indirecta	131

CAPÍTULO X

LA COMPETENCIA ECONÓMICA

1. INTRODUCCIÓN	135
2. CONCURRENCIA, COMPETENCIA Y MERCADO	137
a. La competencia económica como contenido esencial la libertad de empresa	137
b. El mercado imperfecto	140
3. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SANCIONES FRENTE A SUS ABUSOS	141
a. Breve referencia al abuso de derecho	141
b. El derecho de la competencia	143
c. Las reglas de juzgamiento y el análisis económico del derecho	143
d. La deslealtad	143
e. Publicidad engañosa	145
f. Prácticas colusorias y abuso de posición de dominio	147

CAPÍTULO XI

LIBERTAD DE COMERCIO EXTERIOR E INTERIOR

1. GENERALIDADES	151
2. EL COMERCIO INTERIOR	152
3. LA LIBERTAD DE COMERCIO EXTERIOR	155
4. COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR	157
5. EL COMERCIO EXTERIOR EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES	158
6. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO	159
7. COMERCIO ELECTRÓNICO	161

CAPÍTULO XII

LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN	163
2. CONCEPTO Y NOTAS TIPIFICADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO	164
3. NUEVOS CONTENIDOS	165
4. SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS Y SOCIALES	167
5. LOS DERECHOS A ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO: DE PROTECCIÓN A LA SALUD, A LA EDUCACIÓN Y A LA SEGURIDAD SOCIAL	169
a. Concepto de derechos a acciones positivas del Estado	169
b. Los derechos a las acciones positivas del Estado en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional	170
6. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS SISTEMAS PRIVADOS DE SALUD Y PENSIONES	171
7. EL RÉGIMEN DE LA RADIO Y TELEVISIÓN	175

CAPÍTULO XIII

EL DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO

1. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO	179
a. Diferencia entre dominio público y dominio eminente	179
b. La concepción tradicional del dominio público y la propuesta para su transformación	180
c. El nuevo régimen de los bienes e infraestructuras de uso público	181
2. LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES Y DERECHOS DEL ESTADO	183

CAPÍTULO XIV

LOS RECURSOS NATURALES COMO PATRIMONIO DE LA NACIÓN Y LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMO RECURSOS ESTRATÉGICOS

1. LOS RECURSOS NATURALES COMO PATRIMONIO DE LA NACIÓN	187
a. El régimen jurídico de los recursos hídricos	189
b. El régimen jurídico de la minería	190
c. El régimen jurídico de los recursos forestales y de fauna silvestre	191
d. El régimen jurídico de los recursos pesqueros	192
e. El régimen jurídico de los hidrocarburos	193
2. LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMO RECURSOS ESTRATÉGICOS	194

CAPÍTULO XV

EL SISTEMA MONETARIO Y BANCARIO

1. INTRODUCCIÓN	201
2. LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA MONETARIA Y FINANCIERA	202
3. EL CAPÍTULO V DE LA MONEDA Y LA BANCA	204
a. Objetivos	204
b. Sistema monetario	204
c. Banco Central de Reserva	205
4. FOMENTO Y GARANTÍA DEL AHORRO	210
5. SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES	211
6. MONEDA EXTRANJERA	213

CAPÍTULO XVI

EL RÉGIMEN TRIBUTARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA	215
2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO	217
a. El principio de reserva de la ley	217
b. El principio de igualdad tributaria	219
c. El principio de no confiscatoriedad	222
d. El principio de respeto de los derechos fundamentales de la persona	223
e. El principio de seguridad jurídica tributaria	223
3. LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA	224

CAPÍTULO XVII

EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO

1. CUESTIONES PRELIMINARES	227
2. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL ESTADO	228
a. El principio de legalidad presupuestaria	228
b. El principio de anualidad	229
c. El principio de competencia	229
d. El principio de anticipación	231
e. El principio de unidad y universalidad presupuestaria	232
f. El principio de equilibrio presupuestario	233
g. El principio de exclusividad presupuestaria	234
h. El principio de justicia financiera	235
i. El principio de administración común de recursos públicos	236
j. El principio de publicidad y transparencia fiscal	237
k. El principio de sanidad de las finanzas públicas	239
3. EL RÉGIMEN DE LA DEUDA PÚBLICA	239

CAPÍTULO XVIII

EL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO

1. LA CUENTA GENERAL DE LA REPÚBLICA	241
2. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	242
3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS PRINCIPIOS	243

CAPÍTULO XIX

LA DESCENTRALIZACIÓN ECONÓMICA Y FISCAL

1. CONCEPTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO	249
2. LA DESCENTRALIZACIÓN ECONÓMICA Y FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y SUS REFORMAS	251
3. LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL DE LAS REGIONES Y MUNICIPALIDADES	253
a. Los modelos de descentralización fiscal y el modelo peruano	253
b. El canon	254
c. El Fondo de Compensación Regional	256
4. LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL DE LAS MUNICIPALIDADES	256
5. PROMOCIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN EN LAS REGIONES Y MUNICIPALIDADES	258

CAPÍTULO XX

LA TUTELA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES

1. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO COMO INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN	261
a. El Tribunal Constitucional peruano como poder político	262
b. El fundamento del régimen económico	263
2. LOS ENTES REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y EL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	266
a. Organismos reguladores	266
b. Función de los organismos reguladores en el Perú	267
c. El Instituto de Defensa de la Competencia: INDECOPI	270
3. LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES	272
4. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO	273
5. LOS PROCESOS DE AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO	274
a. El proceso de amparo	274
b. El proceso de hábeas data	276
c. El proceso de cumplimiento	277
6. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR	278
a. El proceso de inconstitucionalidad	278
b. El proceso de acción popular	280
7. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	281
a. El procedimiento administrativo y la justicia administrativa	281
b. El proceso contencioso administrativo	283
BIBLIOGRAFÍA CITADA	285

PRESENTACIÓN

En el año 2009 el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú publicó nuestro libro *Derecho constitucional económico*, que actualmente se encuentra agotado. Cuando la Universidad nos solicitó autorizar una reimpresión, decidimos en cambio elaborar esta versión abreviada, a fin de que no solo los abogados sino también miembros de otras profesiones y estudiantes de diversas especialidades pudieran acceder a una explicación didáctica del capítulo económico de nuestra Constitución.

En este manual, si bien seguimos parcialmente el esquema del libro original, hemos reducido considerablemente los textos e incluso eliminado algunos capítulos. Mientras tanto, seguimos trabajando en la segunda edición del texto original, corrigiendo los inevitables errores que se presentan en una primera edición —que fue producida a lo largo de varios años— e incorporando aportes doctrinales novedosos y sentencias del Tribunal Constitucional y de otros organismos que son útiles para precisar el contenido y los alcances de nuestro régimen económico constitucional.

Lima, noviembre de 2012

Baldo Kresalja Rosselló
César Ochoa Cardich

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS EN SU DIMENSIÓN ECONÓMICA

1. DIGNIDAD Y DERECHOS

Ser digno es ser acreedor de algún honor, recompensa o alabanza. Así pues, dice Fernando Savater, preguntarse por la dignidad del hombre es inquirir sobre algo que le es debido, esto es, qué es eso que se le debe. Modernamente, dice el mismo autor, lo preguntamos así: «cuáles son y en qué se fundan los derechos del hombre». Derechos que no se refieren a honores, recompensas o alabanzas, sino que encierran una noción más modesta: protección. Porque en cada hombre hay algo valioso que necesita ser resguardado contra las inclemencias históricas o contra la propia fortuna (Savater, 1988, p. 13). Los derechos del hombre se asientan en la noción de la dignidad humana.

La dignidad del hombre es lo que los hombres merecen, lo que pueden lícitamente reclamar a otros hombres; así, pues, la dignidad del hombre no es más que el reconocimiento recíproco de lo humano por lo humano, reconocimiento que busca institucionalizarse, con gran dificultad, en la organización social. Los derechos humanos son hoy universalmente reconocidos, y existen por este preciso motivo. Estos derechos son un invento de los hombres, algo en lo que han convenido, no un dato inmutable de la naturaleza. Los derechos del hombre o derechos humanos comparten la naturaleza compleja de la dignidad y se agrupan en dos grandes áreas: la de los derechos individuales, que consisten fundamentalmente en libertades y que garantizan qué se nos dejará hacer; y los derechos sociales, que reivindicán poderes y que vendrán en ayuda de nuestras deficiencias.

2. PROYECTO DE VIDA

Cuando nos referimos al hombre como sujeto de derecho, como persona, aludimos a una totalidad existencial, dice el jurista Carlos Fernández Sessarego (1962, p. 186). Su existencia como tal no puede, en consecuencia, ser negada a través de la normatividad (p. 187) y tampoco, por cierto, por la interpretación que de ella hagan los jueces o las autoridades administrativas. Ahora bien, la libertad permite que la persona sea «lo que decidió ser en su vida» (Fernández Sessarego, p. 30); por eso, cada persona es única, singular, irrepetible, no estandarizada (p. 31). Y la libertad de la persona se manifiesta en actos, conductas y comportamientos que el derecho protege o sanciona, sea en el ámbito de la política, el derecho o la moral. El derecho al libre desarrollo de la persona está reconocido en la Constitución peruana de 1993 en el inciso 1 del artículo 2, que declara que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral y a su bienestar.

3. CUESTIONAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

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

De otro lado, los derechos humanos son invocados con frecuencia, e incluso a contrasentido, y corren el riesgo de convertirse en términos vacíos. Funcionan en ocasiones como comodines neutralizadores de ciertos gobiernos tratando de bloquear propuestas progresistas. También como arma para consolidar el poder o debilitar al adversario. Y como son tan diversos siempre hay modo de apelar a uno de ellos para legitimar la postergación de los demás. Sin embargo, esta situación no es fruto de su decadencia, sino de su auge.

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

[...] un propósito institucional que trasciende el básico nivel de virtud y perfección individual que constituye el nivel ético propiamente dicho. Ni tampoco son solo aspiraciones jurídicas, pues parece —justificada— esperarse de ellos que sirvan de instrumento para valorar códigos o para decidir entre códigos y no solo que funcionen como preámbulo a legislaciones positivas. Es decir: pertenecen demasiado al área de la moral como para poder ser solamente derechos positivos, por fundamentales que fueren, y tienen demasiada vocación de institucionalización jurídica para que puedan ser llamados sin reduccionismo morales (Savater, 1988, p. 186).

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

4. RECONOCIMIENTO MUNDIAL

El concepto de derechos fundamentales en el mundo occidental se inicia en Inglaterra. Si bien en la Carta Magna de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689 no tuvieron el sentido que hoy se les suele dar, su parcial reconocimiento sí logró un inicial y tímido respeto a los seres humanos. La experiencia inglesa resulta trascendental para lo que vendría luego, al sentarse las bases de los cambios en Estados Unidos de Norteamérica, de un lado, y en Francia, de otro.

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

A partir del siglo pasado se renueva la visión de los derechos. Este largo camino habría de completarse gracias al aporte dado por los alemanes a través de la Asamblea Nacional de Francfort, que en 1848 elaboró una relación de los derechos fundamentales del pueblo y que, pese a ser declarada nula en 1851, es recogida ya en 1919 por la Constitución de Weimar. Es asimismo trascendental la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado dada en Rusia en 1918, la misma que buscaba configurar un sistema político particular que denotase un gran respeto por los derechos fundamentales de su clase empleada. La Revolución Mexicana, unos años antes, también había logrado progresos para con el proletariado, y se plasmaron dichos avances en su Constitución de 1917. Constitucionalmente hablando, es en esta época cuando el pensamiento económico empieza a relacionarse directamente con el Derecho. Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial y mientras se van incorporando un conjunto de disposiciones económicas en los textos constitucionales, estos alcanzan un status político igual de importante que el jurídico. Pero este avance doctrinario no puede ser entendido si no es a través del reconocimiento de los instrumentos internacionales que han dado lugar al reconocimiento de los derechos fundamentales de índole económica.

La firma de los primeros instrumentos internacionales ha permitido el debido respeto a los derechos fundamentales en cada uno de los Estados suscriptores, otorgándosele un tratamiento uniformizado y un gran desarrollo tutelar. Existe una gran relación entre la universalización de los derechos —en este caso, humanos— y la formación de entidades internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o de Estados Americanos (OEA). Dentro de su espacio de funcionamiento existen normas que nos interesan especialmente, las cuales pueden ser declaraciones (con un valor meramente ético, sin fuerza vinculante) o convenciones (cuya existencia sí exige un cumplimiento obligatorio). Estos instrumentos, según Rodríguez Brignardello, «recogen obligaciones de los Estados Partes (como el Perú) para con los individuos sujetos a su jurisdicción, quienes, aun cuando no intervinieron en la adopción de los acuerdos respectivos, resultan los destinatarios principales de dichos acuerdos» (1977, p. 91).

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

A nivel mundial, existen dos instrumentos convencionales de alcance general¹. El primero es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales². Este se encuentra referido a derechos que intentan mejorar el status de vida de la población en aspectos como el laboral, familiar, sanitario o educativo. Su sentido debe verse complementado con otro instrumento que protege con mayor énfasis los derechos económicos de las personas. Conjuntamente con dicha convención, existe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, por el cual se busca proteger derechos básicos de las personas. Estos derechos en un momento inicial estuvieron referidos a la ausencia de intervención del Estado, pero después han adquirido una actitud positiva hacia su efectividad real.

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

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

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴ es anterior a la universal y es la primera en el ámbito internacional. A través de ella se debe observar «que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y

¹ Los pactos internacionales de derechos humanos constituyen los primeros tratados internacionales globales y jurídicamente obligatorios en materia de derechos humanos y que, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, forman el núcleo de la Carta Internacional de Derechos Humanos (en Naciones Unidas - Asamblea General, 1995, p. 371).

² Adoptado y abierto a la firma, ratificado y adherido por la Asamblea General en su Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (aprobado por Decreto Ley 22129; instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978).

³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (aprobado por nuestro país por Decreto Ley 22128; instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978; depositado el 28 de abril de 1978).

⁴ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, 1948.

políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad».

El instrumento internacional de alcance regional de mayor importancia —debido a su exigibilidad— es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica⁵. A través de este se enfoca el conocimiento de las materias tratadas en los dos pactos internacionales dentro del ámbito americano, es decir, se pueden encontrar derechos humanos económicos plenamente recogidos.

No debemos olvidar que nuestra Norma Fundamental, en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, ha rescatado el relieve primordial que cumplen estos instrumentos internacionales con respecto a los derechos fundamentales, al expresar que las normas relativas a estos derechos —y que la propia Constitución reconoce— se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

5. EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El artículo 1 del Capítulo I («Derechos Fundamentales de la persona») del Título I («De la persona y de la sociedad»), de la Constitución del Perú de 1993, señala que: «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Se trata de la norma de apertura de la Constitución peruana de 1993, que define su techo ideológico y puede ser catalogada como el principal precepto constitucional. Encuentra sus antecedentes en el Derecho Constitucional Comparado en el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En el Perú su antecedente directo se encuentra en la Constitución peruana de 1979, en la que los constituyentes proclamaron su creencia en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado.

El artículo 1 de la Norma Suprema es la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y el soporte de todo el edificio constitucional peruano, tanto del modelo político como del económico y social. Como señala Landa: «fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios y a su vez los límites

⁵ Adoptado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, del 7 al 22 de noviembre de 1969 (suscrita por el Gobierno de la República del Perú, el 27 de julio de 1977; aprobada por Decreto Ley 22231).

de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades» (Landa, 2002, p. 110).

Desde una perspectiva contemporánea de los derechos constitucionales, el respeto a la dignidad humana se asienta en el reconocimiento de que todas las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades de realizarse, contando para ello con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados. La dignidad se convierte así en un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres y mujeres. Constituye también un parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, y fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En esta línea de pensamiento es preciso recordar que el Derecho pretende, a través de su dimensión normativa, eliminar, hasta donde sea posible, los obstáculos que pudieran impedir el «proyecto de vida» de la persona; es, por eso —dice Fernández Sessarego—, un instrumento liberador. «De ahí que es deber genérico de toda persona, que subyace en toda norma jurídica, el de no dañar al prójimo, ya sea en su unidad psicosomática, en su libertad proyectiva o en su patrimonio» (Fernández Sessarego, 1962, p. 8). Y para que el derecho consiga tener un sentido liberador, debe crear aquellas condiciones sociales de justicia, solidaridad, seguridad e igualdad que permitan el cumplimiento del «proyecto de vida» de cada cual. Así, pues, el derecho no solo protege la unidad psicosomática del ser humano, sino su «proyecto de vida». El daño a la persona es también el daño a su «proyecto de vida»: así lo reconoce el artículo 1985 de nuestro Código Civil. El citado jurista Fernández Sessarego afirma: «La vida del ser humano es la vida de su libertad» (1962, p. 9); y, más adelante: «la persona es, así, una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad» (p. 30).

La dignidad humana es vinculante como categoría jurídica positiva y como categoría valorativa. Es por ello que alcanza las cláusulas sociales y económicas constitucionales. Y da lugar a la inacabada polémica sobre el grado de vigencia que deben de tener esas cláusulas, pues si bien es cierto que la Constitución les dio solo un carácter declarativo, sí los reconoció como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida en que el Estado o los particulares fuesen completando la cuota de responsabilidad inserta en la base del Estado social y democrático de derecho, que es el modelo recogido en nuestra Carta Fundamental, para promover justamente el desarrollo de la dignidad de la persona humana.

Finalmente, compartimos con Landa su afirmación de que la dignidad humana es un canon valorativo de base y de control del sistema constitucional, construido bajo la influencia de contenidos axiológicos de clara afirmación neoiusnaturalista, lo que obliga a desarrollar una jurisprudencia de valores,

principalmente por el Tribunal Constitucional como protector de los derechos fundamentales. Ello obliga a interpretar la Constitución no solo como la máxima regla jurídica, sino también como norma que ha incorporado principios sociales y axiológicos identificables. Y ello se podrá hacer porque los magistrados constitucionales son representantes judiciales de la sociedad antes que del Estado, en virtud de que el artículo 138 de la Constitución señala que «la potestad de administrar justicia emana del pueblo», que es una norma además abierta a la realización de la dignidad del hombre y al desarrollo de la soberanía popular.

6. EL DERECHO AL BIENESTAR

Como sabemos, el artículo 2 de la Constitución enumera los derechos de la persona. Es preciso detenernos aquí en uno de contenido más general, que es el consignado en el artículo 2.1, que dispone que la persona tiene, entre otros derechos, el derecho a su bienestar, incorporado por vez primera en un texto constitucional peruano después de un intenso debate. Se trata de un concepto amplio, desarrollado en varios instrumentos internacionales⁶, que supone que el ciudadano o la persona posea todo aquello que le permita «sentirse bien», es decir, que «solo poseyendo este estado de bienestar podría decirse que la persona se encontraría en las mejores condiciones para cumplir con su proyecto de vida» (Fernández Sessarego, 1962, p. 36).

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

No es fácil determinar, por la amplitud de la noción misma de bienestar, si el Estado puede asegurarlo o garantizarlo, o si se trata tan solo de una aspiración. Creemos, con un sector mayoritario de la Doctrina, que son deberes irrenunciables del Estado la protección de determinados derechos y asegurar su logro.

⁶ Por ejemplo, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo inciso 1 dice: «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

Si bien la Constitución peruana de 1993 limita al reconocimiento del derecho al bienestar, aceptando implícitamente que su logro es progresivo, no puede ello significar indiferencia o desatención para su efectiva y progresiva concreción. En este sentido, creemos que al Estado puede exigírsele el cumplimiento de determinados presupuestos esenciales: respetar la vida, la libertad, la integridad, velar por la igualdad, la no discriminación, el respeto de las libertades de conciencia, expresión, opinión, información, asociación (y la responsabilidad consiguiente de quien hace uso de ellas), etcétera.

En ese orden de ideas, es un deber del Estado que se pone de manifiesto —tal como lo señala el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947— en remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos e impiden el pleno desarrollo de la persona humana, obstáculos socialmente no deseados. Pero, al mismo tiempo —como reza el artículo 4 de esa misma Constitución—, es también un deber del Estado promover las condiciones —socialmente deseadas— para que ese desarrollo sea efectivo. Como bien sostiene Predieri, «da testimonio de una democracia siempre de frontera, móvil, nunca realizada del todo y definida como meta que se mueve» (Predieri, 1977, p. 24).

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

7. ECONOMÍA Y ESTADO AL SERVICIO DEL HOMBRE

Es preciso tener en cuenta que la economía y el Estado existen en orden al hombre, por lo que las instituciones estatales y económicas no solo habrán de ser expresión del poder, sino que deberán responder siempre a la dignidad del hombre. Para ello es preciso reconocer la primacía de la política frente a la economía, pues esta última debe estar al servicio de objetivos ético-políticos superiores. Al mismo tiempo, sin embargo, es también preciso reconocer la primacía de la ética frente a la economía y la política, desde la *Teoría de los sentimientos morales* de Adam Smith hasta Amartya Sen, Premio Nobel de Economía, que considera el desarrollo como libertad, donde la ética tiene un espacio fundamental en la búsqueda de respuestas a los problemas económicos de la humanidad. De esta forma la primacía corresponde a la intangible dignidad

del hombre, que ha de garantizarse en todo a sus derechos y deberes fundamentales (Kung, 1999, pp. 223-224).

Frente a la globalización y la desregulación de los mercados y ante el principio económico de la competencia, es preciso buscar el establecimiento de una economía global de mercado, vinculada políticamente a objetivos humanos y sociales, que respondan a las necesidades y riesgos futuros y cuente con los principios naturales de la vida (Kung, 1999, p. 225). Más allá entonces de las fronteras nacionales es preciso tratar de las dimensiones globales de una todavía inexistente economía de mercado social y ecológica. Se trata de un ordenamiento global con fundamento ético que integre la competencia en normas racionales y unitarias configurándola de modo compatible con la realidad social, medio ambiental y humana, pero que en modo alguno debe confundirse con una economía centralmente planificada.

Ese ordenamiento global debe contemplar algunos aspectos claves del actual comportamiento económico, que todos los países experimentan aunque con diversa intensidad. Ellos son, por ejemplo, la conducta de los consorcios transnacionales, que pueden poner en peligro la libre competencia a través del debilitamiento de sus bases políticas; la necesaria mayor vinculación de los hasta ahora incontrolables flujos financieros internacionales con el crecimiento y la ocupación; la existencia de sistemas de seguridad social que puedan hacer frente a deficiencias económicas; enfrentar resueltamente, para superarlo, el desnivel económico y social entre las diversas regiones del mundo; la internacionalización de los crecientes costos ecológicos y sociales; la creación de un orden internacional que frene el excesivo consumo de recursos no regenerables, etcétera (Kung, 1999, p. 225).

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

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

Es de la mayor importancia valorar el significado de esa Declaración Universal, cuyo marco de referencia principal fue la cultura europeo-occidental. En nuestros días, su universalidad ha sido varias veces impugnada, poniendo de relieve que lo que prima en las sociedades es la diferencia y el particularismo; se alega también que puede resultar nociva en determinadas sociedades

(por las características de su origen europeo-occidental) y finalmente que contiene una meta prácticamente imposible de alcanzar. Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, en su texto final se reconoció la importancia de las particularidades históricas, culturales y religiosas, pero al mismo tiempo se afirmó la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, comprometiéndose todos los estados a promover su respeto universal. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 48/141, adoptada el 20 de diciembre de 1993, recogiendo una aspiración formulada por la Declaración aprobada meses antes en la Conferencia de Viena de Derechos Humanos antes citada, declaró que «todos los derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles y están relacionados entre sí y que, por tanto, se debe dar a todos ellos la misma importancia».

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

De otro lado, es preciso reconocer que en 1948, cuando fue adoptada la Declaración Universal de Derechos Humanos, la definición de derechos y libertades fundamentales se hizo pensando en el poder de los Estados, que en aquel momento eran los sujetos exclusivos del derecho internacional. En nuestros días, como sabemos, se ha debilitado la centralidad del Estado, se han incorporado nuevos actores no estatales en las relaciones internacionales —se trate de organismos no gubernamentales o de empresas transnacionales— y todo ello ha cambiado la distribución misma del poder. Ello significa que hay sectores de la realidad social transnacional que no están controlados ni gestionados por los Estados, sino por entidades privadas que actúan en función de sus propios intereses, desplazándolos y colocándolos frente a hechos consumados, esto es, imponiendo sus propias reglas en sectores no regulados, o regulados solo de modo precario, por el derecho internacional.

Carrillo Salcedo afirma con razón que no es posible ignorar que «las políticas sociales y económicas de muchos Estados están muchas veces influidas y condicionadas por la presión de las empresas transnacionales y las instituciones financieras internacionales en ámbitos que afectan profundamente a los derechos humanos, en particular los de carácter económico y social» (Carrillo Salcedo, 1999, p. 124). No hay que olvidar que la Declaración Universal de Derechos Humanos

instó tanto a los individuos como a las instituciones a realizar la función que les corresponde para garantizar el respeto universal a esos derechos. Por tanto, organizaciones internacionales tan importantes como el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio o el Fondo Monetario Internacional se encuentran obligadas a tomar en consideración los derechos humanos a la hora de elaborar sus directrices.

Por cierto, estas hermosas intenciones se ven enfrentadas con la diaria realidad de una globalización en muchos casos irrespetuosa o indiferente a los derechos humanos. Tanto la apología del mercado por encima de cualquier consideración social o el control por un pequeño número de gigantescas empresas del control de las comunicaciones y de las imágenes, imponen sus intereses concretos a los procedimientos destinados al respeto de los derechos humanos. Desde nuestra perspectiva, es importante poner de relieve que la pobreza priva a muchísimas personas de sus derechos fundamentales, lo que dificulta la interdependencia entre el respeto a los derechos humanos, el desarrollo sostenible y el sistema democrático.

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

9. LA EXIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sería un error considerar a los derechos humanos solo como aspiraciones y no como exigencias cuya satisfacción debe darse en el plano legal y en la actuación de los organismos correspondientes encargados de su protección. En efecto, exigir la satisfacción de tales exigencias e intentar satisfacerlas es condición necesaria para el hombre o la mujer. De ahí, dice Adela Cortina, «que todo hombre esté

legitimado para hacerlos valer como derechos, aunque no fueran reconocidos como tales por las legislaciones correspondientes» (Cortina, 2000, p. 249). En tal sentido puede atribuirse a los derechos humanos, dice la citada autora, las cualidades de universales, absolutos, innegociables e inalienables.

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

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

CAPÍTULO II

EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO?

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

El derecho público es el derecho de la sociedad y del Estado. Su amplitud no nos puede hacer perder de vista el horizonte. El derecho público de la economía está compuesto y tiene como objeto de estudio centralmente al derecho constitucional y al derecho administrativo.

En ese orden de ideas, el derecho público de la economía se diferencia sustancialmente del derecho privado porque no se centra en la voluntad de los particulares —contratos y sociedades mercantiles—, sino en las intervenciones y ordenamientos del poder público¹.

¹ Ariño sostiene que: «Es este nuevo derecho de la intervención económica que surge con el cambio de sentido de la acción del Estado, tras la crisis del modelo liberal, al que se llamará Derecho Económico o Derecho de la Economía, que se sitúa un poco a caballo entre el derecho mercantil (derecho de los negocios, *corporate law*) y el derecho administrativo (derecho público, constitucional y administrativo, que justifica y legitima, con limitaciones, la intervención del Estado sobre la economía). Ahora bien [...], este Derecho Económico no es siempre el Derecho de la «intervención», sino el Derecho de la ordenación económica, intervencionista o liberalizadora» (2004, pp. 64-65).

Creemos pertinente diferenciar con claridad a la regulación del derecho público de la economía. El fin primordial de la regulación, de origen anglosajón, es el reforzamiento del mercado allí donde ha decaído su capacidad de proporcionar eficiencia en la asignación de los recursos. Su finalidad es fundamentalmente económica. Mientras que el derecho público de la economía, tal como se entiende en el contexto europeo continental, tiene un contenido más amplio que la regulación económica, pues abarca todas las posibles manifestaciones de la intervención del Estado; esto es, tanto aquellas que persiguen una finalidad económica como las que procuran otros fines y de modo marcado fines distributivos. En esta concepción, que es la que seguimos, el fundamento constitucional de la ordenación económica son los derechos constitucionales, como la libertad de empresa, o los principios generales del régimen económico.

Asimismo, debemos precisar los alcances del concepto de intervención, que ha sido distorsionado por diversas razones al punto que se sostiene dogmáticamente que toda intervención del Estado en la economía es populismo o constituye un dirigismo pernicioso. Esta distorsión ideológica no corresponde a la realidad histórica, dado que en todos los países el Estado ha intervenido en las relaciones económicas, si bien es cierto, con diversa intensidad; sea desde la fiscalización de pesas y medidas en el medioevo o la gestión y control de los ferrocarriles en el siglo XIX, hasta las subvenciones públicas a las empresas contemporáneas de aviación y el incremento del gasto público en distintos ámbitos de la seguridad². Como señala con precisión Sartori:

Que quede claro: el Estado y los gobiernos han intervenido siempre en las cuestiones económicas. El mismo *laissez faire* fue el resultado de intervenciones contra impedimentos a los cambios, la industrialización ha sido sostenida, en muchos países, gracias a intervenciones proteccionistas, y los Estados liberadores intervienen en el libre mercado para «liberarlo» de pecados monopolistas y de otros males. Pero, si la mano visible se encuentra siempre enfrentada a la mano invisible ¿hasta qué punto los sistemas de mercado son tales? (2003, pp. 303-304).

Así, como el liberalismo ha aludido con frecuencia a «la mano invisible del mercado», la realidad es que siempre se ha complementado con la mano visible del Estado. En términos del propio liberalismo, existe una relación entre

² «No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables. La mejor economía exige seguridad jurídica en las instituciones estatales (tribunales, Administración, fuerzas de orden público, sistemas de garantías y publicidad de los derechos, entes reguladores, etc.), todo eso que los economistas denominan «metamercado». Este marco institucional estatal es un factor esencial para la creación de riqueza. Sin Estado, no hay mercado» (Ariño, 2004, p. 59).

economía de mercado y Estado de Derecho, entre el orden espontáneo y la coerción estatal³.

En los tiempos presentes adquiere vigencia el pensamiento del economista Galbraith (1997, p. 98), quien señaló cuatro factores que obligan a la intervención y regulación públicas: (i) la protección del medio ambiente; (ii) la protección de los más vulnerables de los empleados por el aparato productivo contra los efectos adversos de la máquina económica; (iii) la propensión de la economía a producir y vender bienes y servicios deficientes o materialmente perjudiciales y (iv) las tendencias al interior del sistema económico que son autodestructivas para su eficaz funcionamiento.

2. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y LA DEFINICIÓN DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Es en el siglo XX, con el proceso denominado del paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, que se inicia propiamente el derecho constitucional económico. Cabe subrayar que en este proceso histórico el primer hito es trazado por una Constitución latinoamericana, la Constitución mexicana de 1917, la primera Constitución social del mundo, que introduce conceptos tales como la propiedad originaria de la Nación sobre las tierras y aguas, el derecho de propiedad con función social, la protección de los recursos naturales y el régimen de economía mixta (Fix-Zamudio, 1985).

Posteriormente, la Constitución alemana de la República de Weimar (1919) representó el primer aporte europeo al constitucionalismo económico en un marco democrático, de inspiración socialdemócrata, cuyo objetivo fue la socialización de la riqueza, introduciendo conceptos tales como la nacionalización de empresas, racionalización y planificación de la producción, reconocimiento de la función social de la propiedad, el derecho a la vivienda y a la constitucionalización de los sindicatos y organizaciones patronales (Bassols Coma, 1988, p. 30). Desde la República de Weimar recibe el significado que aquí nos interesa: el de ordenamiento jurídico fundamental de la actividad económica. Cabe recordar que el numeral 1 del artículo 151 de la Constitución de Weimar, texto pionero en esta materia, proclamó que: «La disciplina de la vida económica debe corresponder a los principios de justicia con el fin de garantizar una existencia

³ «En síntesis, el orden espontáneo restringía severamente el radio de acción de la razón a favor de una realidad que actuaba por su cuenta y que justamente producía resultados en la medida que no existiera dicha interferencia. Empero, para que esto se mantuviese era imprescindible alearlo con otro tipo de herramienta, este instrumento sería el Estado de Derecho y que tenía por función mantener el flujo del mercado sin que sufriese algún tipo de menoscabo» (Hernando, 1997, p. 45).

digna para todos. Es necesario garantizar la libertad del individuo dentro de tales límites».

Sin embargo, contra lo que se podría creer, en sus orígenes el uso del concepto de Constitución económica no tuvo conexión directa con el mundo del derecho (Martín-Retortillo, 1988, p. 286); se refería más bien al fundamento, la ordenación o la base misma del sistema económico, a los principios y reglas fundamentales por los que se rige. Uno de los primeros antecedentes en su utilización se encuentra en 1932, en Alemania, por Beckerath, quien definía a la Constitución económica como la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y técnica de la producción y la distribución (Lojendio, 1977, p. 82)⁴.

Es preciso reconocer que en su origen histórico el concepto de «Constitución económica» y del llamado Derecho constitucional económico estuvo directamente conectado por el fenómeno de la socialización, cuyo instrumento principal es la intervención del Estado en la economía (Lojendio, 1977, p. 85).

En el Perú, el constitucionalista García Belaunde afirmó sobre la Constitución económica peruana de 1979 su naturaleza de textura flexible y abierta. Así, sostuvo que:

[...] la Constitución económica permite diversas lecturas, tanto estrictamente conservadoras, como las que tengan claros matices progresistas. Por cierto que la Constitución no tolera —por lo menos normativamente— un régimen totalizante, absorbente, de feroz estatismo, sea de izquierdas o de derechas; mucho menos un sistema comunista, que significaría además la negación de las clásicas libertades, que todos los constituyentes sin excepción, se esmeraron en sancionar. Pero sí representa un texto flexible, cuyo alcance, finalidad y propósito depende no solo de sus propias disposiciones sino del entorno social en que se mueva el país y de las fuerzas políticas actuantes (García Belaunde, 1986, p. 18).

El Tribunal Constitucional peruano ha desestimado la tesis de la neutralidad del texto fundamental en materia del sistema económico. En el fundamento 28 de la sentencia pronunciada el 15 de febrero de 2005, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 26271, que norma el derecho a pases libres y a pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros, declaró:

⁴ Carl Schmitt, en su obra *La defensa de la Constitución*, publicada en 1931, ya hizo una referencia a este concepto. En ese orden de ideas, el concepto se ha ido extendiendo para definir, según Jacquemin y Scharns (1974) a «las concepciones fundamentales del Estado respecto a la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad de comercio e industria, la naturaleza y grado de iniciativa individual de los participantes en el mercado y la protección jurídica de esta iniciativa» (pp. 64-65).

No se trata, pues, ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo de intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador, tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo, y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social.

En el estudio e interpretación de la Constitución económica es más correcto referirnos al sistema económico que al modelo económico, pues el primero, a diferencia de este último, evoca el resultado de la interpretación global de las normas económicas constitucionales. En el caso del Perú, el sistema económico constitucionalizado es el de una economía de mercado del Estado Social, es decir, el de una economía social de mercado —con valores no solo económicos— que suele dejar un amplio margen de acción al poder político para configurar su modelo económico, resultado de la combinación de elementos heterogéneos, procedentes de las distintas formas de concebir la economía de mercado e inspirados tanto en postulados del neocapitalismo contemporáneo como del socialismo democrático (Kresalja, 2004, p. 519).

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

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

Es de singular trascendencia que el marco constitucional contribuya al desarrollo de una sociedad ordenada, eficiente y solidaria. El contenido de las cláusulas constitucionales económicas deberá ser determinado en cada caso por quien tenga que hacerlo —judicatura y Congreso— sin perjuicio de aplicar los métodos de interpretación gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico y otros más modernos (Salazar Sánchez, 1993, p. 470). A nuestro juicio, corresponde

al Tribunal Constitucional, como órgano de control de la constitucionalidad, cumplir este rol determinante.

Pero la importancia de la Constitución económica se manifiesta también cuando pensamos que la Constitución, en cuanto norma jurídica, es la garantía de los derechos de los ciudadanos y, consecuentemente, el límite de la actuación de los poderes públicos. De otro lado, la sociedad civil organizada recurrirá a la Norma Suprema y a sus valores y principios para la defensa de los intereses colectivos y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales.

En suma, el Estado constitucional debe desarrollar su propia doctrina del *checks and balances* —pesos y contrapesos— en la Constitución económica, como garantía de la libertad en una relación de equilibrio entre el mercado, el Estado y la sociedad civil. Los tribunales constitucionales, al ejercer una función interpretativa de la Constitución con carácter último, gozan de un contundente poder de revisión de la legislación, tanto más relevante cuando esta incide en asuntos de contenido, de valores y hasta de alcance ideológico (Cotarelo, 1990, p. 162).

En el Perú corresponde al Tribunal Constitucional, como el más importante órgano de control jurisdiccional, un rol determinante en este nuevo equilibrio de poderes.

CAPÍTULO III

LAS CONSTITUCIONES ECONÓMICAS DE LA REPÚBLICA PERUANA

1. EL LIBERALISMO CLÁSICO EN LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX

a. Cuestiones preliminares

Los frecuentes cambios de textos constitucionales son síntoma de la patología política de la sucesión de gobiernos de los caudillos militares en la época fundacional de la República (Aljovín de Losada & Araya, 2006, p. 181).

En el ámbito de las ideas políticas no existieron diferencias profundas entre conservadores y liberales hasta el arribo de Manuel Pardo y Lavalle al poder en 1872. El Partido Civil que fundara Pardo significó un cambio muy significativo con el periodo anterior, dominado por el caudillaje militar, pues propuso un conjunto de modificaciones legislativas, especialmente en el ámbito de la educación y de la tributación, enfrentándose de esta manera a los poderosos grupos económicos nacionales y extranjeros beneficiados con la economía del guano. Pardo rescató lo mejor del mensaje liberal presente al momento de la independencia, luchó por la conexión económica entre la costa y la sierra, y se apoyó en la naciente clase media, luchando contra la corrupción política. Fue la primera vez que la burguesía nacional tuvo un proyecto nacional de desarrollo. El asesinato de Pardo en 1878 y la posterior guerra del Pacífico con Chile impidieron que sus ideas se aplicaran en toda su amplitud, pero muchas de ellas mantendrían su influencia durante los lustros siguientes. Este importantísimo esfuerzo cívico del civilismo, es preciso reconocerlo, no tuvo sin embargo concreción constitucional (Mc Evoy, 2007).

Los documentos constitucionales del siglo XIX corresponden a corrientes jurídico-políticas originadas en el extranjero y dentro del contexto de un divorcio entre la ley y la realidad.

b. El derecho de propiedad

El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad fue proclamado en todas las Cartas del siglo XIX, ya fueran liberales o conservadoras⁵. También se define en ellas la garantía de la propiedad en materia de expropiación y se reconoce que todas las propiedades eran enajenables a cualquier objeto a que pertenezcan.

En el plano de la realidad, durante los primeros años de la República se desarrolla un proceso que da lugar a la concentración de la tierra mediante la enajenación de esta a los hacendados vecinos de las comunidades indígenas. Igualmente, ocurrió algo similar con la venta de tierras del Estado a los grandes propietarios. En suma, se desarrolla el proceso de desmembramiento comunitario y del nacimiento del neolatifundio a expensas de las reservas territoriales indígenas.

c. La libertad de industria y comercio

Tal como hemos puesto de relieve anteriormente, y dado que el sistema económico se consolida paulatinamente,

La libertad económica, formulada inicialmente en las nuevas repúblicas americanas latinoamericanas bajo el enunciado de la libertad de comercio y más adelante también como libertad de industria, deberá pasar por un complejo proceso político y legislativo para afirmarse [...]. El incipiente capitalismo necesitaba del afianzamiento de la libertad económica y la consiguiente formulación de un sistema jurídico adecuado a sus necesidades (Kresalja, 2004, p. 505).

Sin embargo, más allá de las diferencias de matices que contienen los textos del siglo XIX, las libertades de industria y de comercio son reconocidas de manera limitada.

d. El régimen hacendístico

En relación con la Hacienda Pública, todas las Cartas del siglo XIX incorporaron normas sobre la materia.

Es en el régimen de Ramón Castilla que el Congreso aprueba el primer presupuesto. Fue para el bienio 1848-1849. Como señala García Belaunde Saldías (1998), fue un esfuerzo notable para ordenar las finanzas públicas y cumplir el mandato constitucional (p. 71).

⁵ Artículo 142 de la Constitución de 1826; Artículo 149 de la Constitución de 1828; 161 de la Constitución de 1834; artículo 167 de la Constitución de 1839; artículo 125 de la Constitución de 1856; artículo 26 de la Constitución de 1860; y artículo 25 de la Constitución de 1867.

La Constitución liberal de 1856 estableció con precisión el principio de legalidad presupuestaria en su artículo 9, que declaró: «La ley fija los ingresos y egresos de la nación, y cualquiera cantidad exigida e invertida contra su tenor expreso, será de la responsabilidad del que lo ordena, del que lo ejecuta, y del que lo recibe si no prueba su inculpabilidad».

Cabe destacar, durante este periodo, al artículo 9 de la Constitución liberal de 1867, que declaró que: «La Nación no es responsable de las obligaciones que contraigan o de los pactos que celebren los Gobiernos de hecho, aun cuando imperen en la Capital de la República, a no ser que esas obligaciones y esos pactos fuesen aprobados por un Congreso Nacional». Así, por primera vez la Norma Suprema proclamaba que la Nación no se responsabilizaba de las deudas asumidas por gobiernos usurpadores. Norma correcta por su espíritu republicano, pues solo se garantiza la deuda pública contraída por gobiernos legítimos, pero lírica porque en la práctica constitucional peruana una vez restablecido el régimen constitucional prevaleció la continuidad de los actos de los gobiernos de facto. Un hito importante en este periodo es la promulgación de la primera Ley Orgánica de Presupuesto, en setiembre de 1874, por el presidente civil Manuel Pardo.

2. LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LAS CARTAS DE 1920 Y 1933

a. Contexto de la Carta de 1920

La Constitución de 1920 marca una ruptura con el liberalismo clásico, de manera tal que se puede trazar una línea divisoria en el constitucionalismo económico peruano a partir de 1920. Existen dos grandes etapas en el constitucionalismo económico republicano. La primera es anterior a la Constitución de 1920 y la segunda se prolonga hasta el presente. La Carta de 1920 fue aprobada al inicio del régimen de Augusto B. Leguía, y fue la primera en incorporar principios y derechos del nuevo constitucionalismo social bajo la influencia de las constituciones de México de 1917 y de Alemania de 1919. Con la Constitución de 1920 se da inicio al constitucionalismo social en el Perú, el cual da una mayor intervención al Estado en la economía y reconoce el derecho al trabajo.

b. El derecho de propiedad

El contenido de este derecho tiene las siguientes características principales: a) el sometimiento de la propiedad, cualquiera que fuese el propietario, exclusivamente a las leyes de la República y la prohibición de que sean materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos

públicos (artículo 38); b) la igualdad jurídica de los extranjeros, en cuanto a la propiedad, con los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas; y c) la prohibición a los extranjeros, en una extensión de cincuenta kilómetros distantes de las fronteras, para adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo en el caso de necesidad nacional declarada por ley especial (artículo 39).

En esa misma dirección, la reserva de ley por razones de interés nacional para establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, se da por su naturaleza o por su condición o situación en el territorio (artículo 40).

Se declara que los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley (artículo 41). Las limitaciones para la transferencia de los bienes de las comunidades indígenas, sustrayéndolas del mercado, tienen su origen histórico en esa disposición, con una finalidad de amparo a su propiedad secular.

Mientras en el siglo XIX prevaleció una concepción universalista del derecho de propiedad, que promovió el desmembramiento de la propiedad comunal en beneficio de la aristocracia latifundista, en el siglo XX el constitucionalismo social restituyó el rol tradicional de la comunidad como unidad fundamental de la organización territorial y social de la realidad andina (Miguez, 2009, p. 932).

Por primera vez se dispone que «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» (artículo 42).

c. La intervención económica del Estado

Las principales manifestaciones de intervención económica del Estado fueron la previsión de que el Estado podría por ley tomar a su cargo o *nacionalizar* transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente (artículo 44); y el reconocimiento de la libertad de industria y comercio, sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes, «las que podrán establecer o autorizar al gobierno para que fije las limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública» (artículo 45). Por su parte, el artículo 50 declaró que: «Se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas

para los contraventores. Solo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional». Como podemos apreciar, no existe en el texto constitucional una prohibición absoluta contra todo tipo de monopolio, sino exclusivamente contra aquellos de carácter privado.

En materia del derecho del trabajo se declaró que el Estado legisle sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene (artículo 47, primer párrafo). Asimismo, se previó que la ley fije las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país (artículo 47, segundo párrafo). Se declaró que los conflictos entre el capital y el trabajo serían sometidos a arbitraje obligatorio (artículo 48).

Se dispuso que la ley determine el interés máximo por los préstamos de dinero y la nulidad de todo pacto en contrario y que serían penados los que contravengan este precepto (artículo 52). Se previó que en circunstancias extraordinarias de necesidad social se podría dictar leyes o autorizar al Ejecutivo para que adopte providencias que tendieran a abaratar los artículos de consumo para la subsistencia, sin que en ningún caso se pudiera ordenar la apropiación de bienes sin la debida indemnización (artículo 57).

En suma, no cabe duda de que con la Carta de 1920 el contenido y límites de los derechos de propiedad y de libertad de industria y comercio adquirieron connotaciones novedosas a nivel constitucional que cuestionaban los principios más ortodoxos del liberalismo económico. Aun cuando los contenidos socioeconómicos se encontraban dispersos en la parte orgánica y dogmática de la Constitución, al igual que en los textos fundamentales precedentes, se comenzaron a perfilar a nivel de declaraciones programáticas las características de un futuro Estado social (Kresalja, 2004, p. 509).

Sin embargo, así como sucedió con el proceso del siglo XIX, el constitucionalismo social de la Carta de 1920 tampoco modificó fundamentalmente las realidades de la vida peruana. Más allá de la voluntad de sus autores se mantuvo el divorcio ley-realidad, y luego de la caída la dictadura modernizadora de Leguía, se inició un nuevo proceso constituyente que culminaría con la Constitución de 1933.

d. El sistema económico en la Carta de 1933

Deben destacarse en la Constitución de 1933 las normas de constitucionalismo económico y social contenidas en el capítulo I («Garantías nacionales y sociales») del Título II («Garantías Constitucionales»).

La Carta de 1933 introdujo innovaciones en materia del sistema monetario: la previsión de que la ley determina el sistema monetario de la República y que la emisión de billetes es privilegio del Estado que lo ejerce mediante una institución bancaria central nacional encargada de la regulación de la moneda (artículo 12); el mandato al Estado de mantener por los medios que estén a su alcance la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario y que solo excepcionalmente, a pedido del Poder Ejecutivo, con asentimiento de la entidad encargada de la regulación de la moneda y con la del Jefe del Departamento que supervigile las empresas bancarias, el Congreso podrá expedir una ley que establezca provisionalmente la inconvertibilidad del billete bancario (artículo 14).

Asimismo, la Carta de 1933, en materia del derecho de propiedad declaró que la propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística y que a nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada (artículo 29). Declaró que la propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y que se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan (artículo 31). Previó la igualdad jurídica de los extranjeros y peruanos en cuanto a la propiedad, sin que en ningún caso los extranjeros puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas (artículo 32). Declaró que no son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos (artículo 33). Estableció que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social y que la ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad (artículo 34); declaró que la ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza, o por su condición, o por situación en el territorio (artículo 35).

En esa misma línea, la Carta de 1933 estableció que las minas, tierras, bosques, aguas y en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. Asimismo, se remite a la ley fijar las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión —en propiedad o en usufructo— a los particulares (artículo 37).

Se incluyó la previsión de medidas facultativas para que el Estado pueda, mediante ley, tomar a su cargo o nacionalizar servicios públicos como transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada (artículo 38). Previó que cuando lo exija la seguridad o la necesidad pública, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en el ejercicio de la libertad de comercio e industria, o autorizar al Poder Ejecutivo para que

las establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación (artículo 40). Cabe destacar la declaración de que el Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y la proporción que determine necesariamente la ley (artículo 41).

Bajo el influjo programático del constitucionalismo social, se declaró que el Estado favorecerá la conservación y difusión de la mediana y la pequeña propiedad rural; y podrá, mediante una ley, y previa indemnización, expropiar tierras de dominio privado, especialmente las no explotadas, para subdividirlas o para enajenarlas en las condiciones que fije la ley (artículo 47). Se previó que en circunstancias extraordinarias de necesidad social se pueden dictar leyes o autorizar al Poder Ejecutivo para que adopte medidas que permitan abaratar las subsistencias (artículo 49).

Debe destacarse la creación del Consejo de Economía Nacional, previsto en el artículo 182, formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales.

La sola mención de estas disposiciones constitucionales nos hace ver que nos encontramos frente a un Estado con nuevas facultades de intervención en la vida económica y social, y que el énfasis ya no se encuentra tanto en el reconocimiento de la inviolabilidad del derecho de propiedad, sino en sus limitaciones.

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CARTA DE 1979

a. Contexto histórico y debate constitucional sobre el principio de economía social de mercado

Como hemos dicho, los más importantes cambios en las relaciones económicas se producen recién en la década de 1970, periodo en que el Estado se transforma en el titular de las actividades más importantes en el campo de la producción y la economía, por obra de las fuerzas armadas que, encabezadas por el General Juan Velasco Alvarado, dan un golpe de Estado al primer gobierno constitucional de Fernando Belaunde Terry. Las fuerzas armadas aprobaron lo que se denominó el «Estatuto del Gobierno Revolucionario», que si bien no era una norma de carácter constitucional fue ampliamente utilizada e invocada como justificativo para adoptar un conjunto de medidas en el ámbito económico como no había ocurrido antes en toda la etapa republicana. Tenía prelación sobre la Constitución de 1933 y facultaba al Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada a dictar decretos leyes sin limitación alguna. Se afectaron las estructuras de propiedad de los grupos de poder tradicionales a través de una radical reforma agraria anti-latifundista, que había sido preconizada por los partidos políticos reformistas,

pero nunca cumplida. Se amplió en forma hasta entonces desconocida el rol y la presencia del Estado en la economía, lo que llevó a la nacionalización de empresas y a reservar muy importantes áreas de la producción y del ámbito de los servicios, con resultados que a la postre resultaron negativos.

Más allá del balance definitivo, que está aún por hacerse, no se puede dejar de decir que el gobierno militar fue un régimen autoritario que no permitió la práctica sin restricciones de las libertades de información y opinión, que careció de organización popular, y que no sentó las bases para sacar al país de la pobreza ni transformar profundamente el mapa social de la Nación. En el ámbito económico sus efectos fueron más bien negativos. Sin embargo, derrumbó la estructura del poder económico tradicional y permitió encauzar el desborde popular al desembalsar un conjunto de presiones sociales impulsadas por nuevos actores que habrían de obtener espacios políticos y económicos en las décadas posteriores.

Para salir de la difícil situación en que se encontraba el régimen militar en su etapa final —cuando se hallaba enfrentado a una fuerte movilización sindical y popular alentada por grupos de izquierda radical— y debido al desgaste generado por la crisis económica que se desató en 1976, se convocó a elecciones para una Asamblea Constituyente que aprobó la Carta de 1979, la primera que reconoce efectivamente el derecho a sufragio universal al incluir el derecho al voto de los analfabetos. Expresa un momentáneo consenso del post velasquismo y es superior formal y estructuralmente a las anteriores. Entró en vigencia en 1980 con el segundo gobierno democrático de Fernando Belaunde Terry.

En esa Asamblea tuvo lugar el primer debate en profundidad que en materia de constitucionalismo económico se haya dado en el Perú. Los grupos más importantes que estuvieron representados fueron: el Partido Aprista Peruano, de ideología socialdemócrata, bajo el liderazgo de su líder y fundador, Víctor Raúl Haya de la Torre; el Partido Popular Cristiano, encabezado por Luis Bedoya Reyes; y una diversidad de partidos de la izquierda —desde el socialcristianismo hasta la extrema izquierda maoísta y trotskista—.

El Partido Aprista y el Partido Popular Cristiano conformaron una mayoría, siendo el régimen económico fruto de una concertación entre ellos, que no desmontó las reformas estructurales e iniciativas del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada en lo económico y, en cierta medida, las afianzó, tratando de darles un contenido democrático. En la parte referente al contenido económico, las voces dominantes correspondieron a los social-cristianos, quienes introdujeron el concepto de «economía social de mercado». Sin embargo, la mejor calificación al íntegro del contenido económico constitucional fue el de «economía mixta de planificación concertada» (Sánchez Albavera, 1989, p. 75).

En ningún anterior texto constitucional el Estado había tenido tantas y tan expresas potestades de intervención en las relaciones económicas.

La Carta de 1979 es la primera en desarrollar una Constitución económica formal, esto es, sistematizada en el Título III dedicado al «Régimen Económico», que contiene un numeroso articulado en el cual se establecen las reglas de juego de la actividad económica desarrollada por el Estado y los particulares dentro de una concepción de Estado social potenciadamente intervencionista. En esa dirección, incluyó por primera vez una definición del sistema económico constitucionalizado en el artículo 115: la economía social de mercado.

El concepto de economía social de mercado no surge directamente de la declaración contenida en el artículo 115, sino de la interpretación del conjunto de principios que caracterizan el modelo constitucional, los derechos que se asignan a los participantes de la actividad económica, las limitaciones que restringen estos derechos, así como la acción reguladora del Estado. En ese sentido, se propuso deducir los criterios de configuración del interés social, de modo que le den una definición técnico-jurídica y confieran un horizonte de eficiencia social al mercado (Ochoa, 1987, p. 644).

b. Otros principios del régimen económico

En materia de iniciativa empresarial pública y privada, la Constitución económica de 1979 previó dos normas que son fundamentales: la del artículo 112, que, afirmando el pluralismo económico, reconocía el principio de igualdad jurídica entre los competidores; y la del artículo 114, que previó la facultad del Estado de reservarse actividades productivas o de servicios.

La reserva al sector público de actividades económicas en la Carta de 1979 constituía un instrumento al que el Estado podía recurrir siempre que se acordara por ley y en el debate parlamentario se verificara la presencia de los presupuestos definidos en el artículo 114 de la Norma Suprema: las causas de interés social y seguridad nacional. Como sabemos, la facultad de establecer reservas ya estaba consignada en las Cartas de 1920 y 1933. Mediante la reserva se sustrae una determinada actividad de su realización del sector privado, y ello constituye un título de potestad intenso sobre la actividad o sector de que se trate, aunque puede ser compatible con una gestión posterior basada en la iniciativa privada, mediante la concesión, por ejemplo.

Se considera que la reserva es de carácter técnico, a diferencia del concepto de «nacionalización», que genera mayores controversias ideológicas. Lo cierto es que pese a su supuesta asepsia ideológica apunta a un fenómeno jurídico paralelo a las nacionalizaciones (Kresalja, 2004, p. 287). En rigor, la reserva no se proyecta

a la titularidad del derecho de propiedad (ello implicaría necesariamente una expropiación), sino que supone la prohibición o la pérdida de la legitimidad para el ejercicio de la libertad de empresa en un determinado sector o campo de la actividad económica.

En resumen, la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios no contradujo ni negaba el principio de pluralismo económico, reconocido en el artículo 112 de la Constitución de 1979, pues tal pluralismo está referido al conjunto del sistema económico y no implica que deba regir en todos los sectores que lo conforman (García Belaunde, 1987, p. 11)⁶. Empero, las reservas sí pueden distorsionar el sistema de economía de mercado al constituir una negación de la libertad de empresa (Ariño, 2004, p. 461), lo que por cierto en buena medida ocurrió en el Perú durante las décadas de 1970 y 1980.

Asimismo, en su artículo 133 proclamó la prohibición de los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. En su artículo 111, la Carta de 1979 asumió la tarea de formular la política mediante planes que regulaban la actividad el sector público y que, una vez concertados, resultaban obligatorios para la actividad privada. Tratándose del sector privado, la planificación requería una concertación previa para ser vinculante. En consecuencia, no constituyó un modelo de planificación centralizada, sino democrática, que era compatible con un régimen económico de economía social de mercado.

El artículo 137 de la Constitución de 1979 estableció que el Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración.

Otra de las innovaciones más relevantes del Régimen Económico de la Carta de 1979 es el régimen jurídico del Banco Central de Reserva (BCR), en un capítulo especial que le aseguró un régimen de autonomía que constituía uno de los pilares de la economía social de mercado.

⁶ Cabe anotar que el tema fue objeto de uno de los pocos debates nacionales de carácter constitucional en las últimas décadas, como señala en el mismo artículo García Belaunde (p. 2). En ese mismo orden de ideas, Kresalja (2001, p. 291) precisó que: «Aunque la Constitución de 1979 mantuvo una prohibición contra los monopolios privados introduciendo disposiciones específicas para el sector financiero y los medios de comunicación, la posibilidad que el Estado imponga monopolios legales solo quedó prohibida respecto a estos últimos».

CAPÍTULO IV

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA DE 1993

1. EL SURGIMIENTO DEL NEOLIBERALISMO EN EL PERÚ

La prolongada crisis del periodo 1963-1990, que comprende a los dos gobiernos de Belaunde, al Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada y al primer gobierno de Alan García Pérez, evidenció la inviabilidad del modelo de industrialización por sustitución de importaciones, pues se produjo una crisis cíclica en la balanza comercial que afectaba seriamente la estabilidad macroeconómica. Diversas causas se han dado para explicar la frustración de ese modelo, que en el Perú se aplicó tardía y solo parcialmente, pero poca duda cabe de que su continuidad no podía sostenerse en el tiempo sin provocar desequilibrios que obligaban a adoptar políticas correctivas radicales. Por cierto, ese aspecto era solo uno de los contribuían a la crisis, la que tenía otros componentes tanto en el ámbito de la producción como en el de los servicios básicos de educación y salud, monto y servicio de la deuda externa, y en forma muy intensa en una insuficiente infraestructura física (puertos, aeropuertos, carreteras, interconexión eléctrica, telefonía, etcétera), a lo que se sumaban los gravísimos problemas del terrorismo y la inflación.

En el Perú, el modelo era el de un Estado intervencionista, gestor directo, empresario y controlista, con peso definitivo en la economía y grupos sociales aparentemente dispuestos a defender el poder que les confería la gestión de ese poder económico (cfr. Pease, 2003). En 1985 se inicia la fase terminal de la crisis del Estado intervencionista, cuando asume el gobierno el Partido Aprista Peruano, bajo el liderazgo de Alan García Pérez, con un programa «nacionalista, democrático y popular». Es un periodo de acentuación del presidencialismo en lo político, en tanto que la política económica denominada «heterodoxa» consumió aceleradamente las reservas internacionales, mientras externamente

el país se aislaba de los organismos multilaterales por la política de García de limitar el pago de la deuda externa. La hiperinflación desatada en ese periodo es una de las más altas y prolongadas de la historia económica mundial.

En ese contexto, el gobierno aprista de García protagoniza en 1987 un intento frustrado de nacionalización del sistema bancario, financiero y de seguros, que enfrentó fuerte oposición no solo de los grupos de poder económico, sino de diversos sectores de la sociedad civil que afirmaron que se trataba de una medida inconstitucional. García, en su mensaje al Congreso del 28 de julio de 1987, anunció la presentación de un proyecto de ley para nacionalizar la banca, las empresas financieras y de seguros. Mientras el proyecto se debatía, se dispuso mediante decreto supremo, al amparo del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, la intervención de las mencionadas empresas mediante Comités de Administración, suspendiendo el ejercicio de las competencias de los directorios y juntas de accionistas. Estas medidas, que no fueron parte del programa de gobierno anunciado en 1985, desataron uno de los grandes debates nacionales de carácter constitucional en la historia republicana del Perú. Es interesante anotar que la ley aprobada con esa finalidad declaró a la actividad bancaria, financiera y de seguros como de «servicio público», definición que no tenía precedente jurídico alguno en nuestro ordenamiento.

Una de las consecuencias de ese debate constitucional fue el surgimiento por primera vez de un pensamiento neoliberal en el Perú como alternativa de gobierno, el mismo que cuestionó radicalmente al Estado. Esta nueva corriente de adaptación del pensamiento neoliberal a países de capitalismo periférico como el Perú fue liderada por dos personalidades de audiencia mundial: el novelista Mario Vargas Llosa y el economista Hernando de Soto, fundador del Instituto Libertad y Democracia y autor de *El otro sendero*. En el caso de Vargas Llosa dio lugar a la fundación de la organización política neoliberal Movimiento Libertad, que lanzó su candidatura a la presidencia de la República en 1990.

El diagnóstico neoliberal afirmaba que la crisis del Estado intervencionista obedecía a las prácticas mercantilistas que procesaban el Estado y los partidos políticos y que constituían la raíz de un problema histórico. De acuerdo a este diagnóstico, estas prácticas estaban destinadas a favorecer a aquellos que se encontraban cerca del poder político mediante un conjunto de medidas que no respondían a un plan de desarrollo nacional, sino que eran respuesta a determinados sectores, escogidos por razones de coyuntura o influencia económica, política o familiar. En consecuencia, esas prácticas debían ser erradicadas y reemplazadas por la liberalización de los mercados y la reducción de las funciones estatales, lo cual facilitaría la reinserción del país en las corrientes hegemónicas del capitalismo a nivel mundial y el florecimiento y expansión

de las energías populares dispuestas a impulsar el desarrollo capitalista y la democracia (Cotler & Grompone, 2000, p. 22).

La candidatura de Vargas Llosa, quien de manera transparente y honesta ofreció la aplicación de un programa de gobierno neoliberal, fue derrotada sorpresivamente en las elecciones de 1990 por el primer *outsider* de la política latinoamericana: Alberto Fujimori Fujimori. Aun cuando en las elecciones de ese año Fujimori se presentó como un candidato heterodoxo, con un discurso populista, al asumir el gobierno —con la asesoría de Hernando de Soto— dio un giro hacia el neoliberalismo más radical, logrando el apoyo de los organismos multilaterales, los países desarrollados y el empresariado nacional.

Las reformas liberales en los dos primeros años de gobierno de Fujimori impulsaron la apertura de la economía, la flexibilización de las relaciones laborales, el inicio de la privatización de las empresas públicas, el rescate del sistema financiero y la negociación del pago de la cuantiosa deuda externa. Las reformas liberales promovieron la confianza de los empresarios en Fujimori y favorecieron el auge de las inversiones y del crecimiento luego de quince años de deterioro intermitente (Cotler & Grompone, 2000, p. 25).

El programa del «Consenso de Washington» fue llevado adelante por el régimen de Fujimori (1990-2000), contando con la colaboración de los grandes países capitalistas y los organismos financieros multilaterales que controlan la economía, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Este programa opta por el paradigma del mercado libre y la eliminación de la intervención económica del Estado para generar una asignación de recursos que permitiría superar los desajustes estructurales de nuestras economías y situarlas en la senda de la modernización y el crecimiento sostenido. Así, el juego libre del mercado exige la reinscripción a la economía mundial sin protección ni controles al flujo de bienes y capitales. Su optimismo sobre la capacidad de la economía de mercado para producir resultados socialmente óptimos es acompañado por su pesimismo sobre las posibilidades del Estado para mejorar los resultados que el mercado arroja por sí solo. La intervención estatal es fuente de desestabilización económica. Si los recursos se asignan solo a través del mercado, el Estado debe ser neutral, debe privatizar algunos servicios públicos sociales y debe definir su tamaño en función del principio de austeridad y el equilibrio presupuestal.

El contexto histórico se completa con el desarrollo del conflicto armado interno iniciado en los años ochenta con la insurgencia de organizaciones subversivas del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), que utilizaron sistemáticamente métodos terroristas como forma de lucha armada, cuyo costo económico y humano fue muy considerable.

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

Así, por ejemplo, en su artículo 6 restringieron las reservas para el Estado previstas por causas de interés social o seguridad nacional en el artículo 114 de la Constitución peruana de 1979 a que estas sean declaradas por Ley del Congreso de la República. El artículo 8 limitó la causa de la expropiación al concepto de «interés nacional» en contradicción con el artículo 125 de la Constitución, que preveía el concepto de «interés social» y se estableció el requisito de que esta se dé mediante ley para cada caso singular y no «conforme a ley», como lo previó la Carta de 1979. El artículo 13 flexibilizó el sentido de la declaración de «necesidad nacional» de la inversión extranjera en zona de frontera prevista en el artículo 126 de la Constitución, que era de carácter excepcional, y declaró con carácter general la necesidad de la inversión extranjera en zona de frontera. Como tendremos ocasión de ver, algunas de estas «iniciativas» y otras similares tendrían después concreción constitucional en la Carta de 1993.

2. LA DÉBIL REPRESENTATIVIDAD DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

El Congreso delegó ampliamente facultades legislativas en materia económica e intentó corregir algunos excesos de los decretos legislativos en materia de pacificación y lucha contra la subversión terrorista que colisionaban con la Constitución de 1979. Ante los reiterados desbordes del Poder Ejecutivo, el Congreso legisló regulando las atribuciones legislativas del Presidente de la República en materia de decretos legislativos y decretos de urgencia. Esta fue una de las causas que se alegaron para que el 5 de abril de 1992 se perpetrara el golpe de Estado con el apoyo de las fuerzas armadas. Se clausuró el Congreso y se cercenaron instituciones como la Corte Suprema y los organismos constitucionalmente autónomos como el Tribunal de Garantías Constitucionales, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y los gobiernos regionales. Así, se inició un periodo autoritario caracterizado por la permanente demolición de las instituciones que constituyesen mecanismos de control y rendición de cuentas. El régimen *de facto* se denominó «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» y gobernó mediante decretos leyes en 1992.

A fines de 1992 se convocó a las elecciones para el denominado «Congreso Constituyente Democrático» (CCD), que, lejos de constituirse en un proceso de transición democrática, como fue la Asamblea Constituyente de 1978 —bajo el régimen militar del general Francisco Morales Bermúdez— fue el entramado institucional para establecer una fachada democrática del régimen autoritario, con el beneplácito de la Organización de Estados Americanos.

La Constitución que aprobó el fujimorismo sirvió, como en tiempos de Leguía, no solo para intentar constitucionalizar el régimen, sino para disimular el auténtico sentido de sus instituciones y la orientación política que tuvieron como principal cometido (Planas, 1999, p. 44). Se trató de un proceso que denominaremos de «fraude constitucional». Como señala Ariño: un régimen autoritario que utiliza los procedimientos plebiscitarios para legitimarse, pero en el cual ni las instituciones ni las minorías opositoras ejercen ningún control y solo sirven de fachada. Un ejemplo histórico de fraude constitucional se dio con la utilización de procedimientos parlamentarios para institucionalizar el régimen totalitario nazi.

A diferencia de la Constitución de 1979, que potenció el rol del Estado en la economía e incluso permitió la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios, en el debate constitucional de 1993 la mayoría oficialista del Congreso Constituyente sustentó su posición en un neoliberalismo radical, bajo la inspiración del Consenso de Washington, uno de cuyos efectos fue la supresión de principios valorativos que inspiraron el régimen económico (Fernández Segado, 1994, p. 26).

En ese contexto se concretó también en el texto de la Carta de 1993, una privatización generalizada de la vida económica, como respuesta natural al despilfarro e indudable fracaso de la empresa pública durante los lustros anteriores. En ese Congreso predominó la corriente que afirmó la necesidad de imponer un modelo constitucional neoliberal, aunque recogió después de arduos debates la cláusula abierta de la economía social de mercado en su artículo 58.

Las tres tesis en debate fueron:

- (i) La del *constitucionalismo social flexible*, recogido en la Carta de 1979 —que dedicó un título de la Constitución al régimen económico—, el cual garantizaba el derecho de propiedad y la libre iniciativa a la vez que permitía políticas públicas *extra mercado*, con instrumentos como el interés social y la planificación concertada, que orientaran al mercado hacia un horizonte social. Se trata de una «economía social de mercado» dentro del marco jurídico fundamental del Estado social de derecho, actualmente vigente en el constitucionalismo europeo y latinoamericano. Corresponde al constitucionalismo social flexible la inclusión de cláusulas abiertas referidas al «interés social» y a la «economía social de mercado»,

que permiten que el legislador pueda desarrollarlas con criterio dinámico. Los alcances de las referidas cláusulas pueden precisarse mediante la labor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en caso de conflicto.

- (ii) La del *constitucionalismo económico dogmático o cerrado*. Parte de una crítica de la Carta de 1979, a la que califica de «estatalista» o «incoherente» por incluir conceptos que no son unívocos y de este modo permitir la ejecución de políticas socializantes o intervencionistas. Esta tesis no admite un sistema económico abierto, sino que plantea que debe constitucionalizarse un modelo económico rígido de contenido neoliberal, sin matices, a fin de promover la inversión nacional y extranjera. Fue sostenido en el debate constitucional de 1993 por el fujimorista Víctor Joy Way y marcó el contenido del texto constitucional de 1993.
- (iii) La tesis de *negación de todo constitucionalismo económico*. Se basa en un neoliberalismo absoluto que niega toda posibilidad de un consenso constitucional, puesto que significaría incorporar en la Constitución conceptos «intervencionistas». Propone, en consecuencia, que no se establezca ningún régimen económico en la Constitución¹.

3. EL DEBATE CONSTITUCIONAL

El debate constitucional acerca de la Constitución económica puede seguirse en el denominado «Congreso Constituyente Democrático» de 1993 con menor intensidad que en el correspondiente a la Constitución de 1979, ya que fue convocado con la intención expresa de legitimar el golpe de Estado de abril de ese año, incorporar las directivas del Consenso de Washington² y como consecuencia

¹ Quizás el mejor ejemplo de ello en nuestro medio sea el proyecto elaborado por el Instituto de Economía de Libre Mercado, publicado bajo el título «Bases para un cambio constitucional» (Lima, junio de 1993), dirigido por Alberto Bustamante, cuando Carlos Boloña era presidente del instituto. Ambos fueron muy destacados ministros del fujimorato. Un artículo en la misma dirección es el de Rebaza (1993), «El régimen económico en una Constitución ¿solución o fuente de conflictos?».

² Las formulaciones del Consenso de Washington fueron las siguientes: 1) Disciplina presupuestaria: los déficit públicos, medidos adecuadamente, de manera que incluyan a las administraciones territoriales, las empresas públicas y el banco central, deberían ser lo bastante reducidos como para poder financiarlos sin tener que recurrir a impuestos inflacionarios. Esto presupone normalmente un superávit primario (es decir, antes de añadir el servicio de la deuda a los gastos) de varios puntos porcentuales del PIB, y un déficit operativo (es decir, el déficit sin tener en cuenta la parte de la carga por intereses que compensa la inflación) de no más del 2% del PIB. 2) Reorientación del gasto público: cambios en las prioridades desde las áreas menos productivas a otras como sanidad, educación e infraestructuras, que se considera que lo son más y contribuyen a luchar contra la pobreza. 3) Reforma fiscal encaminada a buscar bases imponibles amplias y tipos marginales

de la presión del Departamento de Estado de los Estados Unidos en procura de la reinstitucionalización democrática.

Cabe recordar que entre las razones que se esgrimieron inicuaente, con posterioridad a su ocurrencia, estuvo la supuesta necesidad de efectuar modificaciones en las normas constitucionales económicas de la Constitución de 1979. El texto de la Constitución económica finalmente aprobado, que excluía el concepto de interés social y que fue asumido en sus aspectos centrales por la mayoría fujimorista, fue inspirado en gran medida por un documento financiado en parte o totalmente por el Estado norteamericano, elaborado por el Instituto Apoyo (1992), cuyos tecnócratas colaboraron asesorando al régimen autoritario.

El principal ponente de la posición oficial fue Carlos Torres y Torres Lara, quien sostuvo que en esencia el régimen económico propuesto por la mayoría se basaba en el respeto de los derechos fundamentales de los inversionistas, como el derecho a la propiedad, y, sobre todo, a la estabilidad contractual. Sostuvo que el régimen económico propuesto debería garantizar el funcionamiento correcto de las fuerzas del mercado, lo cual implica tanto la instauración de la libre competencia en los mercados existentes como la creación y desarrollo de mercados modernos allí donde no existan (Diario de Debates, 1998, p. 752).

El constituyente de Solidaridad y Democracia (SODE) Manuel Moreyra Loredo refutó los planteamientos de que el Estado no debía intervenir en las relaciones económicas y defendió el rol orientador del Estado y la necesidad de que la Constitución incluya expresamente a la planificación.

Es interesante resaltar que la congresista Lourdes Flores Nano, lideresa del Partido Popular Cristiano, identificado tradicionalmente con una ideología conservadora, sostuvo en el debate la necesidad de una tercera vía socialcristiana entre el neoliberalismo absoluto y el socialismo:

moderados. 4) Liberalización financiera con un énfasis especial en que los tipos de interés vengan determinados por el mercado y sean positivos en términos reales. 5) Búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos, en lugar de aspirar a los llamados «tipos de cambio de equilibrio fundamental». 6) Liberalización comercial: las restricciones comerciales cuantitativas deberían ser rápidamente sustituidas por aranceles y estos deberían ser progresivamente reducidos hasta alcanzar un arancel uniforme bajo del orden del 10% (o, como máximo, de alrededor del 20%). 7) Política de apertura respecto a la inversión extranjera directa; las barreras que impiden la entrada de las empresas extranjeras deberían ser abolidas y las empresas extranjeras y nacionales tendrían que poder competir en términos de igualdad. 8) Empresas públicas: debían privatizarse. No se incluye la reestructuración de dichas empresas como una forma alternativa de manejar el problema. 9) Política de desregulación: los gobiernos deberían abolir las regulaciones que impiden la entrada de nuevas empresas o que limitan la competencia y asegurar que todas las regulaciones estén justificadas por criterios tales como seguridad, protección medioambiental o supervisión prudencial de las instituciones financieras. 10) Derechos de propiedad: el sistema legal debería ofrecer derechos de propiedad seguros, sin excesivos costes y hacerlos accesibles a la economía (Gutián & Muns, eds., *La cultura de la estabilidad y el Consenso de Washington*, citado por Ruiz Caro, 2002, p. 19).

Sentimos que están todavía vigentes y posibles de realizarse las metas que trazamos para el Estado peruano en la década del 80: la posibilidad de un Estado que sea garante del orden, que sea director general, para que impulse el máximo empleo dentro de una planificación democrática y no compulsiva; la posibilidad de un Estado como promotor, que abre horizontes nuevos e impulsa el esfuerzo y la productividad; la posibilidad de actuar como agente subsidiario en aquellos campos necesarios de la actividad económica que por su volumen o escasa rentabilidad no sean cubiertos por la empresa privada, la posibilidad de actuar como ente fiscal, para distribuir la renta con criterio más equitativo; la posibilidad de defender la libertad y la competencia combatiendo los monopolios surgidos por ley o por concertación; la posibilidad del Estado como creador de infraestructura y equipamiento físico-económico a nivel nacional; o como impulsor de la investigación científica y técnica; o como promotor de las exportaciones, facilitando la búsqueda y conservación de mercados y promoviendo su capacidad competitiva internacional (Diario de Debates, 1998, p. 811).

En suma, dentro de las características más acusadas del modelo aprobado por el CCD se encuentra la desaparición de todo principio valorativo inspirador del régimen económico, lo que marca una diferencia importante con la Carta anterior, que en su artículo 110 proclamaba que dicho régimen se fundamentaba en los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

Así, la mayoría oficialista impuso su proyecto basado en las tesis del neoliberalismo absoluto difundidas por el Movimiento Libertad que lideró Mario Vargas Llosa en la parte final de la década de 1980 y, posteriormente, por el Instituto Apoyo, que sostenían la reducción al mínimo del rol rector del Estado en la economía y de sus potestades de intervención en tutela del interés público. Del Estado intervencionista, prestador, productor y planificador de los años setenta se pasó al Estado mínimo en la década del noventa. Estas posiciones se afirmaban en la necesidad de otorgar seguridad a la inversión, principalmente extranjera, mediante los contratos ley y estableciendo sin condiciones la igualdad de trato entre la inversión nacional y extranjera, supuestamente para reforzar así la competitividad del país. Se estableció también el principio de subsidiariedad, que como veremos no significa renuencia a actuar en la economía, con la finalidad de institucionalizar la ola de privatización de la actividad empresarial del Estado, en concordancia con las políticas en curso; mientras que los grupos opositores, como consta en el debate constitucional, sostenían la necesidad de una economía social de mercado con un rol más activo del Estado en la regulación de las relaciones económicas.

CAPÍTULO V

DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO DE JUSTICIA Y DE CULTURA

1. SURGIMIENTO DEL ESTADO DE BIENESTAR

Como afirma García Pelayo, mientras en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, en el siglo XX se asume que la dignidad es una condición para el ejercicio de la libertad (García Pelayo, 1977, p. 26). Se produce progresivamente un cambio en la actitud ciudadana frente al Estado que se manifiesta en: (i) la convicción de que la carencia de ciertos bienes fundamentales es incompatible con la dignidad humana; (ii) el hecho de que el destinatario de las nuevas expectativas de los ciudadanos sea el Estado; y (iii) las nuevas expectativas de los ciudadanos, que aspiran a expresarse en forma de derechos (Contreras Peláez, 1996, p. 24).

En consecuencia, no debería haber diferencias sustanciales entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, en cuanto a su titularidad, la necesidad de su respeto y la gravedad de su violación o negación y, en fin, a los instrumentos jurídicos básicos para su protección.

Es a finales del siglo XIX que nace entonces un Estado prestacional, orientado en forma creciente a la satisfacción de las necesidades sociales básicas de los ciudadanos. Ya en el siglo XX, en las sociedades capitalistas avanzadas de Occidente, la conjunción de factores como la extensión del sufragio universal, los resultados de la Primera Guerra Mundial, la crisis económica de 1929 y la presión de los movimientos obreros, dieron como resultado la evolución traumática del Estado burgués liberal, lo que en el ámbito económico se manifestó en una intervención creciente del Estado con el propósito de obtener y garantizar el bienestar.

El denominado Estado de bienestar se origina, pues, en un contexto en el que comienza el final de la preponderancia de la vida rural y el individuo es cada vez, en mayor medida, incapaz de satisfacer por sí solo sus necesidades básicas. A esto se suma la aparición de nuevos riesgos vinculados al creciente industrialismo. Comienza entonces a extenderse en los países más desarrollados la convicción de que al Estado le corresponde la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos un mínimo de bienestar.

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

Mientras el Estado de derecho surge de la oposición entre la sociedad burguesa y el Estado, el Estado social nace cuando aparecen crecientes demandas de la sociedad por servicios del Estado. Lucas Verdú señala que el techo ideológico del liberalismo constitucional se fue democratizando y la estructura socioeconómica basada en el derecho de propiedad y en el mercado libre atravesó profundas modificaciones en el siglo XX, en un proceso que ha sido denominado «el paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho» (Lucas Verdú, 1984, p. 193).

Este proceso tiene sus antecedentes históricos en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de 1919. En ninguno de estos textos se recoge explícitamente la cláusula del Estado social de derecho, pero en ambos, con mayor o menor extensión, se incorporan los derechos económicos y sociales que constituyen los más significativos y característicos de esa concepción. Es mérito histórico de la Constitución de Weimar el haber sido la primera que incorpora en su texto una «Constitución económica» completa en sentido formal.

Si bien la gestación del Estado de bienestar había abarcado *grosso modo* un siglo y medio, recién su proyección jurídico-política como modelo bien definido se consolida y expande en el periodo posterior a la guerra de 1945 con el auge del constitucionalismo del Estado social de derecho (Contreras Peláez, 1996, p. 141), el que, de forma paulatina pero sostenida, se impone en el derecho constitucional comparado.

2. CRISIS Y RECONVERSIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR

Con la crisis en la década de 1970 aparecen dos ideas centrales: la primera, la privatización de todas aquellas empresas que no entrañan una evidente razón de interés público en su actuación; y la segunda, la privatización del estilo de gestión en aquellas empresas públicas que subsistan o la concesión de la gestión a particulares, de ser posible introduciendo un régimen de competencia.

La crisis generó un cuestionamiento al Estado de bienestar al considerarse que su expansión era incompatible con el crecimiento económico. La caída del Muro de Berlín y el colapso de la Unión Soviética dejó al capitalismo sin alternativa global. Es efecto de esa crisis la forma como se ha impuesto la interpretación económica de los hechos sociales y políticos sobre cualquier otra consideración. El discurso economicista manifiesta una clara debilidad cuando se presenta como autosuficiente. En efecto, que el sistema capitalista sea el que haga posible un mayor desarrollo económico es algo que puede ser aceptado sin mayor debate, pero que el desarrollo económico sea un fin en sí mismo al que todo tenga que ser supeditado es algo que no puede ser aceptado desde distintas posiciones (Contreras Peláez, 1996, p. 95). Hay que tener presente que a partir de los años ochenta del siglo XX, la reforma del Estado de bienestar en los países occidentales ha estado orientada a una serie de cambios: medidas de austeridad, privatización del sistema estatal de pensiones, descentralización administrativa del sistema de prestaciones sociales, campañas de incorporación de los parados a la vida laboral.

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

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

Como señala Cortina, si el Estado de bienestar ha degenerado en megaestado, como afirman sus críticos liberales, los mínimos de justicia que pretende defender el Estado social de derecho constituyen una exigencia ética, que en modo alguno

se puede dejar insatisfecha. Así, el Estado social de derecho tiene como presupuesto ético la necesidad de defender los derechos humanos. Cortina propone superar la idea del Estado de bienestar por un nuevo Estado social, el Estado de justicia orientado a la satisfacción de los derechos y necesidades básicas como una responsabilidad social de justicia, que no debe quedar exclusivamente en manos privadas, sino que sigue haciendo ineludible un nuevo Estado social de derecho, alérgico al megaestado, al electorerismo y al clientelismo. Este Estado de justicia debe establecer nuevas relaciones con la sociedad civil y debe ser viable económica y financieramente para satisfacer las exigencias básicas que caracterizan a la noción de ciudadanía social (Cortina, 1999, p. 87).

Consideramos que el concepto de «Estado de justicia» es la acepción más adecuada para la adaptación a la realidad latinoamericana del Estado social de derecho, orientado a la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía social en nuestros países, que debe servir de derrotero para la interpretación de la cláusula constitucional del Estado social de derecho en la Constitución peruana de 1993.

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

La proyección del Estado social y democrático de derecho como un «Estado de cultura» es reconocida ampliamente en la doctrina constitucional. Este tipo de Estado persigue erigir la cultura como el «principio humanizador de la acción del Estado», aun cuando esto no significa que el Estado está llamado a ocupar un protagonismo exclusivo en la Constitución cultural en la medida en que las diversas manifestaciones culturales no resultan exclusivamente del intervencionismo estatal (Prieto de Pedro, 1993, citado por Ruiz-Rico & Pérez Sola, 2002, p. 1608). Como antecedentes de la constitucionalización de la cultura en el derecho comparado debemos referirnos la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 9.2 declara que la República italiana «promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Salvaguardará [...] el patrimonio histórico».

La Constitución peruana de 1979 fue la primera que desarrolló una Constitución cultural. Así, el artículo 2.16 reconoció el derecho a la participación ciudadana en la cultura: «A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación». El texto de la primera parte del artículo 2.17 de la Constitución peruana de 1993 es idéntico. El párrafo final del inciso 8 del artículo 2 declara que: «El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión».

El derecho constitucional de acceso a la cultura y al desarrollo científico aparece reconocido en la Constitución peruana de 1993 en el artículo 14 que establece: «La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad». En su segundo párrafo declara como una de las misiones del Estado la promoción del desarrollo científico y tecnológico del país: «Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país». Esta declaración se encuadra dentro de la línea del Estado de cultura, por cuanto está orientada a reconocer el deber del Estado de facilitar a todos los ciudadanos el derecho de acceso a la cultura y al desarrollo científico.

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

A nuestro juicio, el Estado social y democrático de derecho debe ser entendido también como un Estado de cultura, y le corresponde al Estado como finalidad principal un rol promotor del más alto nivel para el acceso de todos a la cultura y al desarrollo científico y tecnológico en procura de la sustentabilidad y la calidad de vida del hombre, así como para adaptarnos exitosamente a la sociedad basada en el conocimiento.

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

Como se podrá apreciar de las ideas expuestas, en el Estado social de derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para atender sus necesidades vitales. El contenido material se expresa en varias manifestaciones, a partir de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial:

1. *Referencia social a los derechos fundamentales.* La característica fundamental del modelo del Estado social es la fusión entre el trabajo y los derechos sociales (Tohá, 1994, pp. 2 y 5). Es así que con el Estado social, el Estado se socializa como un poder intervencionista en la vida económica. En esa dirección, se desarrolla la eficacia frente a terceros

de los derechos fundamentales. No se podría admitir que, desde la óptica de los derechos fundamentales, se entienda como el ejercicio pleno de la libertad un contrato suscrito desde un estado de necesidad, de dominio y preeminencia que impone un poder privado. Porque la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas, que exigiría la autonomía de la voluntad, y porque, en consecuencia, desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles.

2. *Vinculación social del Estado*. Supone la obligación del Estado de atender las necesidades de los ciudadanos. Mientras el Estado liberal se proclamaba como un Estado abstencionista, el Estado social se presenta como un Estado que interviene en las relaciones económicas y en los principios y normas de la Constitución económica para corregir las diferencias de hecho entre las distintas clases sociales.
3. *Determinación de fines sociales del Estado*. Da lugar a una vinculación directa para todos los poderes públicos, no solo para el legislador, sino para toda aplicación del derecho, sea por los jueces o por la Administración. La actuación de los poderes públicos deberá inspirarse en la obligación de configurar la sociedad con un contenido social y en ningún caso pueden aplicar el Derecho en un sentido contrario (González Moreno, 2002, pp. 56-57). Dentro de esta orientación, las leyes presupuestarias constituyen un instrumento propio del Estado social que determina la orientación política de la acción de gobierno (p. 60).
4. *Obligación de articular la sociedad sobre bases democráticas*. El Estado social de Derecho se construye sobre bases democráticas; la idea es conjugar el Estado de derecho y el Estado social y generar como síntesis la *democracia social*, esto es, la extensión de la democracia en los ámbitos social y económico. En la democracia económica comprende la participación de la sociedad civil en el proceso de formación de las decisiones del Estado a través de organismos tales como los consejos económicos y sociales.

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

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

La eficacia jurídica de la cláusula del Estado social de derecho se expresa en su valor interpretativo del resto del ordenamiento jurídico. En esta concepción, la cláusula del Estado social, al incorporarse al texto constitucional, excluye una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, pues restringe el alcance de ciertos derechos económicos (función social de la propiedad, límites en la libertad absoluta de contratación laboral por parte del empresario) (González Moreno, 2002, pp. 62-63).

Por otro lado, la cláusula del Estado social constituye un parámetro de constitucionalidad. Se podría invocar la cláusula del Estado social como argumento para fundamentar un proceso de inconstitucionalidad contra una ley presuntamente antisocial o regresiva cuya anulación se pretenda (p. 63).

Asimismo, resulta importante plantear en el plano jurisdiccional la inconstitucionalidad por omisión. Las omisiones legislativas inconstitucionales se configuran por el incumplimiento de un mandato constitucional al legislador para la adopción de leyes que concreten los fines sociales del Estado explícitos en la Norma Suprema (p. 216).

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

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

El «Preámbulo» de la Constitución de 1979 asumió explícitamente los valores del Estado social y democrático de derecho, a diferencia de la Constitución de 1993, que vació de contenido material a la declaración de la República como democrática y social, al punto que se sostiene que ha retornado al constitucionalismo del Estado liberal de finales del siglo XIX (Blume, 2001, p. 365). Respecto a la Carta de 1993, se ha afirmado que es un texto que carece propiamente de contenido preambular (p. 267)¹, signo de la ausencia de valores y de sentimiento y cultura constitucional de los autores de la Constitución de 1993. El «Preámbulo»

¹ El «texto preambular» de la Carta de 1993 es una declaración vacía de contenido axiológico que se limita a declarar que: «El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios Todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución».

de la Constitución y las denominadas declaraciones programáticas no son una platónica declaración de buenos deseos, como sostienen los conservadores para desconocer su dimensión jurídica estricta. Más bien su reducción y eliminación en el texto de 1993 evidencia la resistencia que generan en los sectores conservadores las denominadas normas programáticas.

En ese sentido, el actual texto constitucional se ha distanciado de los enunciados y principios del Estado social y democrático de derecho que estaban explícitos en la Norma Suprema de 1979. Esta Constitución, desde su Preámbulo, que alude a la revolución científico técnica en curso, se refirió a la «revolución tecnológica que transforma al mundo», vislumbrando así la actual globalización y el sistema de la sociedad basada en el conocimiento.

El artículo 43 proclama que la República del Perú es *democrática y social*. Al margen de la voluntad de los constituyentes de 1993, no consideramos que deba ser considerada como una noción vacía, carente de sustancia de la cual no se deriven consecuencias jurídicas. Estas declaraciones tienen valor jurídico normativo. Vaciar de juridicidad a las normas programáticas supone mutilar arbitrariamente la Constitución, eliminar de la Norma Suprema una parte esencial e impedir la debida comprensión histórica de los factores económicos, políticos y sociales de los que la Constitución es expresión directa (Cobrerros Mendazona, 1987, p. 28).

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

El carácter *social* del Estado de Derecho —aun cuando solo nominalmente— se reafirma en el artículo 58, dentro del Título III («Del Régimen Económico»), que reconoce la libre iniciativa dentro del sistema económico de economía social de mercado. De ahí que se mantenga la fusión de los componentes social y liberal en la unidad de la Constitución. El rol social del Estado como «Principio General» del Régimen Económico aparece explícito en el artículo 59 que declara que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS ECONÓMICOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El carácter de los derechos fundamentales, de acuerdo a la doctrina (Solozábal Echavarría, 1991, pp. 87 y ss.), supone dos dimensiones:

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

Puede afirmarse que en nuestra Constitución los derechos fundamentales están protegidos por una «garantía institucional» o núcleo o reducto indisponible por el legislador (Carmona, 2000, p. 136). El mencionado ámbito, que es inmune a la intervención estatal, configura el contenido esencial de un derecho fundamental, que constituye el núcleo irrenunciable e inmodificable de su identidad.

Aún en la teoría constitucional liberal de los derechos fundamentales, en caso de colisión hay que recurrir al principio de proporcionalidad, que supone integrar la libertad y la autoridad sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales mediante el principio de armonización y proporcionalidad (Landa, 2002, p. 58). De tal manera que, si bien existe el derecho, se puede restringir por elementos externos, como son otros derechos fundamentales como el orden público, la moral pública o el bien común (Serna & Toller, 2000, p. 20).

Cuando surge el conflicto debe apelarse a una interpretación sistemática de la Constitución, de manera que haga compatible su contenido para garantizar la vigencia plena de la Norma Suprema.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD

a. El derecho de propiedad en el constitucionalismo liberal

Para el liberalismo clásico, que se consolida durante el siglo XIX, la proyección constitucional del derecho de propiedad se convierte en un derecho fundamental del individuo que se encuentra tutelado por una diversidad de garantías. Una garantía básica es el carácter excepcional de la expropiación, de acuerdo a lo cual nadie puede ser privado de su propiedad si no es por causa de utilidad pública, previa la oportuna indemnización y dando cumplimiento a las garantías del procedimiento expropiatorio.

En ese orden de ideas, la propiedad —en su concepción liberal— es un derecho subjetivo de goce del máximo contenido, que consiste en el poder de someterla a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener de ella toda la utilidad que pueda prestar en cualquiera de ellos (Albaladejo, 1977, pp. 243-245). El propietario es el árbitro del destino que a la cosa se haya de dar. Pero también es un derecho inviolable, por lo que son excepcionales las limitaciones del dominio. Partiendo de la regla de la inviolabilidad, que protege al derecho de propiedad frente a las intromisiones del poder estatal, las limitaciones a este derecho son consideradas como algo anormal o excepcional, como la derogación de una regla y, en consecuencia, como algo sometido a una interpretación restrictiva (Diez-Picazo, 1977, p. 42).

En la concepción liberal clásica, la propiedad es un derecho exclusivo *erga omnes*, esto es, se puede oponer a todos y excluye de su ámbito a todo otro titular (Avendaño, 1984, pp. 99-100). Pero la propiedad significa también poder de disposición y de libre realización en el mercado. Conforme al artículo 923 del Código Civil peruano de 1984 la propiedad «es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, *disponer* y reivindicar un bien». Este poder de disposición faculta al propietario para enajenarla. La libertad del comercio de la propiedad es así uno de los grandes principios del sistema jurídico (Diez-Picazo, 1977, p. 43).

b. El derecho a la herencia

Se debe resaltar el carácter de derecho fundamental de la herencia, reconocido por la Constitución peruana de 1993, que más propiamente es el derecho a poder suceder por causa de muerte. En este sentido, el derecho a la herencia

es patrimonio de todos, en razón de su vinculación directa con el derecho de propiedad, del cual es su prolongación (Ariño, 2004, p. 214). El carácter de derecho fundamental no debe confundirse con un derecho absoluto. La condición limitada del derecho fundamental a la herencia se deriva del propio ordenamiento legal, esto es, del Código Civil. El ordenamiento legal establece sus alcances y límites y debe regularlo sin vulnerar el contenido esencial o pético del derecho fundamental.

Mediante el derecho de herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, constituyendo la propiedad y la herencia, de manera igual, elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada. En este sentido, la herencia puede estimarse incluso como una manifestación de la garantía de la propiedad, que en el sentido del texto constitucional incluye no solo la facultad de aprovechar, sino también la de transmitir de manera permanente (López y López, 2006, p. 279).

El derecho fundamental a la herencia tiene su anverso y reverso: de un lado, el de poder transmitir herencia, y de otro, el derecho a recibir herencia (Lohmann, 1995, pp. 23-24). El derecho a transmitir herencia supone un reconocimiento al derecho a testar, así como el derecho y la correlativa seguridad de que, en defecto del testamento, a la muerte de una persona su herencia se transmitirá por mandato legal a su familia en orden de proximidad (herederos legales). Asimismo, el derecho a recibir herencia supone poder suceder a una persona en la generalidad o parte de sus bienes.

c. La función social como contenido esencial

El contenido esencial del derecho de propiedad comprende dos elementos: la rentabilidad económica y rentabilidad social; fin individual y utilidad social, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva (Barnés, 1989, p. 285).

Bajo la influencia del discurso neoliberal, en la Constitución de 1993 se elimina la función social de la propiedad en el artículo 70 del Texto Fundamental, que declara:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Así, pues, se substituyó el concepto de «interés social» por el de «bien común» —que es citado con frecuencia por la doctrina social de la Iglesia Católica—, aun cuando este último no fue considerando como causal de expropiación, como sí estaba previsto con esa finalidad el interés social desde la reforma constitucional de 1964, que modificó la Constitución de 1933 para viabilizar la ejecución de expropiaciones por causa de reforma agraria.

Sobre la diferencia entre bien común e interés social, Gonzales Barrón señala que el debate queda zanjado si consideramos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece expresamente que el uso de la propiedad de los bienes queda sujeto al interés social (artículo 21.1). En consecuencia, sea que el bien común o el interés social sean conceptos análogos o distintos, el derecho de propiedad se encuentra condicionado por ambos estándares, que emanan de normas con rango constitucional (González Barrón, 2010, p. 399).

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

En esa línea, dentro del marco jurídico del Estado social de derecho, el Tribunal Constitucional peruano, en el caso «José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos», proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28258, Ley de Regalía Minera, reivindicó el concepto de función social de la propiedad. Así, en los fundamentos de la sentencia de 1 de abril de 2005, puntualizó que:

Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.

Esta sentencia ha permitido apreciar correctamente —más allá de la voluntad original de sus autores— que nuestra Constitución acepta la función social de la propiedad en el corazón del derecho de propiedad bajo la forma de bien común, que permite al legislador moldear el contenido del derecho, así como bajo la forma de necesidad pública como causal de expropiación. De este modo, son lícitas las intervenciones del Estado —tanto reguladoras como expropiatorias— que permiten restringir los atributos del derecho sobre ciertos bienes o restringir el ámbito de bienes susceptibles de apropiación privada.

d. La libre disposición de moneda extranjera

Dentro del capítulo de «Principios Generales» del Régimen Económico, la Constitución de 1993 declara en el artículo 64 que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera. Con este artículo se garantiza que el ciudadano no solo pueda tener moneda extranjera en su bolsillo o en cuenta bancaria, sino que puede disponer de dicha moneda o convertirla a otra moneda.

La protección de la libre disposición del ahorro ya sea en moneda nacional o extranjera es una manifestación del derecho de propiedad, que es amparable no solo desde una concepción liberal del derecho de propiedad, sino también dentro del marco jurídico del Estado social de derecho.

e. La limitación impuesta por la seguridad nacional

La Constitución de 1993 introduce el concepto de «seguridad nacional» como límite al derecho de propiedad. Así, el artículo 70 lo prevé como causa de expropiación y el artículo 72 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».

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

Cabe señalar que la Constitución dedica el capítulo XII dentro del Título IV al régimen jurídico «De la seguridad y de la defensa nacional». Para la doctrina de defensa militar, la seguridad es definida en los siguientes términos: «Es una situación en la cual el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad de su patrimonio, sus intereses nacionales, así como su soberanía e independencia; entendida

esta como la facultad de actuar con plena autonomía en el campo interno y libre de toda subordinación en el campo externo» (Centro de Altos Estudios Militares, citado por Rubio, 1999, p. 312).

Si se asume que la defensa nacional es un proceso integral que incluye a todas las personas, instituciones y actividades de la sociedad (Rubio, 1999, p. 315), entonces el ámbito de aplicación del artículo 72 en situaciones que afecten a la seguridad nacional puede ser discrecionalmente amplísimo.

Sin perjuicio de ello, existen ciertos recaudos que hay tener en cuenta cuando se trata de la aplicación de esta norma, pues se trata de normar situaciones de emergencia de carácter extraordinario, temporal e imprevisible. Por ello, requiere para su aplicación en cada caso concreto de ley singular o especial que fije un plazo determinado en función de la duración de la situación de emergencia.

Debería existir una «reserva de ley» en esta materia con el objeto de regular con precisión las causales por las cuales se puede establecer por ley singular o especial las restricciones del derecho de propiedad por causa de seguridad nacional; restricciones que deben ser específicas e indicar los bienes comprendidos (Mejorada, 2004, p. 952).

No creemos que sea viable constitucionalmente que a través de decretos presidenciales de seguridad nacional, al amparo del numeral 15 del artículo 118 de la Constitución («Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado»), ni tampoco a través de decretos de urgencia, al amparo del inciso 19 del precitado artículo 118 («Dictar medidas extraordinarias medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso»), pueda disponerse estas medidas. Asimismo, no consideramos constitucionalmente viables las requisiciones de bienes con privación de la propiedad sin indemnización previa por causa de movilización nacional, por cuanto el artículo 72 no faculta al Estado para privar de la propiedad, sino en todo caso para restringir temporalmente de la posesión, aun cuando produzca una privación temporal de beneficios directos al propietario. A nuestro juicio, para privar de la propiedad se tiene que recurrir a la expropiación por causa de seguridad nacional prevista en el artículo 70.

f. La expropiación

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

La expropiación no es una excepción que permite la violación del derecho de propiedad. La esencia de la expropiación se funda en la primacía de los intereses generales frente a las situaciones de titularidad de propiedad concretas que resultan sacrificadas. La expropiación no vulnera el derecho de propiedad, por cuanto los afectados deben ser indemnizados. La regla debe ser que en toda propiedad confluyen siempre intereses públicos y privados que deben armonizarse dentro del concepto de la función social, reconocido por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional. En caso de que la armonización no sea posible, los intereses públicos deberían ser preponderantes (Diez-Picazo, 1977, pp. 46-47).

Si el titular del bien afectado por una expropiación recibe la indemnización justipreciada, no existe perjuicio patrimonial alguno ni, en consecuencia, lesión al contenido esencial del derecho de propiedad (Serna & Toller, 2000, p. 87). Se trata de una manifestación del principio de garantía patrimonial, que en esencia supone que los particulares tienen derecho a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las privaciones singulares de las que este puede ser objeto por parte del Estado (Ariño, 2004, p. 89).

Respecto a las causales de expropiación, en el texto fundamental de 1993 se distingue la expropiación por causa de necesidad pública —es decir que estas exigencias obedecen a un estado de necesidad—, por lo que se entenderían de aplicación muy restrictiva. Avendaño señala que la necesidad pública alude a lo que es indispensable, a lo que el interés público requiere, como por ejemplo, la construcción de un hospital (1984, p. 945). Así, el concepto de necesidad pública es aplicable no solo en circunstancias extraordinarias sino en todo tipo de situaciones, incluso de normalidad, cuando el Estado se viese obligado a expropiar para lograr la realización de un determinado fin esencial de la comunidad.

Cabe señalar que cuando la Constitución asume como *causa expropriandi* a la necesidad pública, el beneficiario será el Estado en sus diferentes niveles de gobierno: nacional, regional o local (generalmente para ejecución de obras públicas de infraestructura de servicios públicos); o por causa de seguridad nacional, en la cual solo puede ser beneficiario el gobierno nacional por ser materia de su competencia. Corresponde al Congreso al aprobar la ley de expropiación para cada caso concreto precisar en la exposición de motivos que se ha acreditado técnica y jurídicamente la configuración de las respectivas causales.

El texto fundamental de 1993 refuerza la protección al derecho de propiedad, por cuanto establece que la declaración de la causal de expropiación está sujeta a una reserva de ley singular o de caso concreto, a diferencia de la fórmula de declaración de la causal «conforme a ley» contenida en la Constitución de 1979, que admitía que una ley general previera todos los posibles supuestos

de expropiación, en forma general y abstracta, y que su posterior aplicación a los casos concretos pudiera tener lugar por resoluciones o actos administrativos singulares o con destinatario específico. Este marco constitucional ha sido modificado en sentido restringido en la Constitución de 1993, donde se refuerza la garantía institucional del derecho de propiedad. Asimismo, la Norma Suprema exige como requisito de la expropiación la previa indemnización justipreciada, la cual puede incluir adicionalmente, de ser el caso, la compensación por el eventual perjuicio patrimonial.

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el expediente 22-96-I/TC, pronunciada el 15 de marzo de 2001 al declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 26597, ha señalado que la deuda pública agraria debe ser actualizada a fin de que su pago represente fielmente el valor de los bienes expropiados en el proceso de reforma agraria. El *justiprecio* o la indemnización, en el marco de la Constitución de 1993, debe guardar relación con los valores reales o de mercado.

El artículo 70 de la Constitución de 1993 prevé que la indemnización justipreciada incluya «compensación por el eventual perjuicio». A nuestro juicio, debe entenderse que incluye el daño emergente y el lucro cesante¹.

Cabe señalar que para determinar el *quantum* de la indemnización debe existir un proporcional equilibrio, y el legislador puede aplicar distintas modalidades de valoración. En la doctrina se sostiene que la indemnización justipreciada comprenderá el valor objetivo del bien y los daños fehacientemente acreditados que sean una consecuencia directa o inmediata de la expropiación.

La Constitución en la parte final del artículo 70 establece que el expropiado puede contestar o contradecir judicialmente el valor de indemnización fijado por el Estado. A nuestro juicio, esta disposición está dirigida a garantizar el derecho del expropiado, dentro del proceso judicial de expropiación, a contradecir con las correspondientes pericias a la tasación estatal. En nuestro ordenamiento, la expropiación y la determinación de la indemnización justipreciada gozan de una reserva de jurisdicción judicial². En consecuencia, la disposición constitucional

¹ Sobre esos conceptos Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre señalan: «Ahora bien, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas: o como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como empobrecimiento del patrimonio (daño emergente o positivo), o bien como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante). La indemnización debe, en principio, comprender ambos aspectos del daño, salvo los casos en que la ley disponga expresamente otra cosa» (Osterling & Castillo, 2003, t. X, p. 374).

² Sin embargo, la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones, permite que el sujeto pasivo decida acudir a la vía arbitral para resolver distintas pretensiones derivadas de la expropiación. El procedimiento arbitral está regulado en el Título VI de la mencionada ley.

que faculta al expropiado a contradecir judicialmente el valor de indemnización debe entenderse referida al derecho a pedir la revisión del *quantum* de indemnización.

Un tema muy controvertido es si la declaración de la *causa expropriandi* es controvertible judicialmente. En nuestro ordenamiento el artículo 23 de la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones, prevé que es discutible, mediante el proceso de nulidad de expropiación, la declaración de necesidad pública o seguridad nacional dispuesta por el Congreso de la República, cuando no se cña a lo previsto por esta norma³.

Es relevante en materia de expropiación la sentencia del caso «Aspíllaga Anderson Hermanos S.A.», Expediente 05614-2007-PA/TC. En esa sentencia, el Tribunal Constitucional ha determinado supuestos inconstitucionales de privación del derecho de propiedad. Se trata de un caso en el cual el recurrente interpone demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) y el Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña, solicitando que se declare inaplicable a su caso los efectos del Decreto Legislativo 556 y que, en consecuencia, se ordene la devolución de sus terrenos eriazos indebidamente transferidos e inscritos en el Registro Público Inmueble de Chiclayo a favor del INADE. La sentencia que declaró fundada la demanda afirma que se estará ante supuestos inconstitucionales de privación del derecho de propiedad, cuando:

- No exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, sino otra norma con rango de ley;
- Exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, pero no exprese o señale alguno de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, o se fundamente en motivos distintos;
- Exista la ley del Congreso de la República que señale alguno de los motivos de expropiación contemplados en la Constitución, pero esta se produzca sin indemnización.

g. Regulaciones con efecto equivalente a la expropiación.

La expropiación indirecta

Es interesante revisar el giro jurisprudencial en materia de expropiación (*takings*) en el derecho constitucional estadounidense. A diferencia de nuestro derecho,

³ El artículo 4 de la Ley 27117 establece que en la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.

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

3. LA LIBERTAD DE CONTRATAR Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES

a. Autonomía privada y concepto de contrato

La autonomía privada, base de la libertad de contratar, es un principio general del derecho, porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro derecho privado. En ese orden de ideas, la supresión de la autonomía privada llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad (Diez-Picazo & Gullón, 1994, p. 375). Así pues, el desarrollo de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia al encumbramiento de la idea de contrato.

Durante el siglo XX se desarrolló la doctrina de la socialización del contrato para fundamentar la protección contra el abuso del derecho. En materia de la libertad de contratar, el neoliberalismo de la década de 1990 propuso en el Perú retornar a la privatización del contrato propia del siglo XIX. A nuestro juicio, esta privatización absoluta del contrato es contraria al Estado social de derecho y a la idea de solidaridad que en ese marco jurídico fundamental debe inspirar también al contrato.

b. Contenido esencial de la libertad de contratar

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

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

- El derecho de regular el contenido de los contratos, o sea los derechos y obligaciones de las partes, que en rigor constituye la libertad contractual o de configuración contractual.

El texto del artículo 62 de la Carta de 1993, que establece que «los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase», ha dado lugar a la interpretación de la libertad de contratar en manifiesta incompatibilidad con el artículo 1355 del Código Civil, que previó: «La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

c. Los contratos-ley

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

Se afirma que los contratos-ley surgen de la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los inversionistas privados; cabe señalar que no se trata de contratos con rango constitucional, pues conduce al error considerarlos como normas jurídicas de la misma jerarquía que las normas constitucionales.

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

El reconocimiento y protección constitucional de los contratos-ley supone la imposibilidad jurídica de su modificación por acto legislativo, mediante la técnica de la inoponibilidad, según la cual resultan inaplicables aquellas leyes dictadas por el Estado destinadas a modificar los términos de un contrato-ley.

En esa dirección, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia de 3 de octubre de 2003, en el caso de acción de inconstitucionalidad promovida contra la Ley 26285, que autorizó la suscripción del contrato-ley de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos —hoy Telefónica del Perú— y el Estado Peruano, Expediente 005-2003-AI/TC, sostuvo en el fundamento 12 que el contrato-ley no es una categoría normativa:

En primer lugar, sin perjuicio de que más adelante se precise mejor los contornos de la institución denominado 'contrato ley', este, constituyendo una figura *sui generis* de la institución del 'contrato', no es una 'categoría

normativa', una fuente formal del derecho constitucional, como cualquiera de las enunciadas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución.

Más adelante, en el fundamento 16 de la mencionada sentencia:

Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, el contrato-ley es «un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, solo que está revestido de una protección especial a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado. El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley [...], únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial.

Sobre el ámbito de aplicación y el tipo de seguridades o garantías que el Estado puede establecer mediante los contratos-ley, el Supremo Intérprete de la Constitución, en el fundamento jurídico 34 precisó que:

No obstante, los demandantes alegan que el contenido del contrato ley, o dicho de otro modo, las garantías y seguridades que el Estado puede establecer mediante esta modalidad de contratación no pueden comprender a la concesión del servicio de telefonía, sino solo al régimen de estabilidad jurídica y tributaria. El Tribunal Constitucional no comparte una interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley, como exponen los demandantes. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución establece que «mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades», sin establecer qué tipo de garantías y seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el *telos* de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando.

Más adelante agrega:

De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, solo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados.

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

previstos en el contrato o en la ley autoritativa del contrato. Cabe anotar que el inciso 1) del artículo 139 de la Norma Suprema prevé a la jurisdicción arbitral como excepción a la unidad de la función jurisdiccional. En virtud de su *jus imperium*, el Estado renuncia a su estatuto jurídico de derecho público y actúa y se somete al derecho privado por razones de interés general que así lo justifican.

La definición del concepto de contrato-ley implica que la ley autoritativa debe servir como marco de las seguridades y garantías que el Estado podrá otorgar mediante el contrato. La relación contractual solo puede ser modificada por un nuevo contrato o como resultado de alguna de las figuras extintivas normadas en el Código Civil. Ahora bien, establecer por contrato garantías que exceden el marco de la ley autoritativa puede configurar un abuso del derecho en materia contractual, que podría ser corregido por modificaciones legislativas al contrato, con el carácter de normas imperativas, al amparo de dos disposiciones de la Constitución: el inciso 14 del artículo 2, que garantiza la libertad de contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan normas de orden público; y el artículo 103, que proclama que la Constitución no ampara el abuso del derecho.

4. LA LIBERTAD DE TRABAJO

El inciso 15 del artículo 2 de la Constitución peruana proclama como derecho fundamental de la persona el derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley.

En la Doctrina se reconocen dos dimensiones: (i) conseguir no solo la inhibición estatal en la actividad económica individual, sino también la prohibición de malas prácticas de agentes privados contrarias al libre ejercicio de la actividad laboral; y (ii) la protección a los ciudadanos contra las barreras que impiden la pretensión de trabajar (Monereo & Molina, 2002, p. 341).

En la jurisprudencia constitucional alemana, la libertad de trabajo se ha interpretado en un sentido amplio. Así, se ha precisado que garantiza «a la persona adoptar como oficio toda actividad para la cual ella se considere apta, es decir, para el sustento de vida»⁴.

Este derecho se debe vincular directamente con la libertad del hombre para actuar que se manifiesta en los derechos fundamentales al libre desarrollo y bienestar, previstos en el numeral 1 del artículo 2, así como en el derecho a la libertad personal reconocido en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución que declara que: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

⁴ Apotheken-Urteil, («Sentencia sobre el caso de las farmacias»): BVerfGE 7, 377. Sentencia de 11 de junio de 1958. En ese caso se discutía la legislación alemana que supeditaba la apertura de nuevas farmacias a que existiese necesidad objetiva de las mismas.

Asimismo, se vincula con las libertades de empresa y las de industria y comercio lícitos a los que se refiere el artículo 59 de la Norma Suprema, que declara que: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de empresa, comercio e industria». En ese orden de ideas, el derecho a la libertad de trabajo debe entenderse en su acepción más amplia posible, de manera tal que comprende no solo al trabajador asalariado, sino también al trabajador independiente (Bulnes Aldunate, 1981, p. 129).

En la sentencia del caso «Ludesminio Loja Mori», el Supremo Tribunal afirmó en el fundamento jurídico 31 que:

Sin embargo, debe precisarse que el derecho al trabajo se manifiesta también en la libertad de trabajo (artículo 27 de la Constitución); es decir, en el derecho que poseen todas las personas «para elegir la profesión o el oficio que deseen». Así, el Estado no solo debe garantizar el derecho a acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, además, debe garantizar la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia.

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

CAPÍTULO VII

LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

1. LOS INTERESES DIFUSOS

Los intereses difusos se caracterizan por pertenecer a muchos derechos en común o a una serie indeterminada de individuos de difícil e imposible determinación. De esta manera, como consecuencia de lo difuso del grupo humano que coparticipa de ellos, configuran auténticos intereses de la sociedad (Fernández Segado, 1993, p. 251). Son también denominados como de incidencia colectiva.

Superado el Estado liberal de derecho por el nuevo Estado social y democrático de derecho, los intereses difusos se configuran como una nueva categoría del derecho público: derechos públicos subjetivos¹. La irrupción en el ámbito jurídico de los derechos colectivos e intereses difusos supone una superación al enfoque individualista que fundamenta la teoría clásica de los derechos subjetivos, basada en el interés propio del individuo.

En los intereses difusos está inscrito el concepto de solidaridad, que es inherente a los derechos de tercera generación; derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado; a la utilización racional de los recursos naturales; derecho a la seguridad, información y salud de los consumidores y usuarios; derecho al respeto del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural; derecho a la paz; entre los más relevantes (Fernández Segado, 1993, p. 252).

¹ «A la concepción del derecho subjetivo como la protección de intereses estrictamente individuales, se sumó desde fines de siglo pasado la defensa de los intereses públicos bajo la concepción de los derechos públicos subjetivos, en el entendimiento de que existían un conjunto de intereses definidos que vinculaban a toda una comunidad y al estado mismo, intereses supraindividuales» (Morales Godo, 1997, p. 395).

El estudio comparativo de la tutela de los intereses difusos demuestra la existencia de varios actores que pueden asegurar su salvaguarda: cualquier afectado, el Ministerio Público, las *class actions* en EE.UU., las organizaciones de la sociedad civil, el Ombudsman, las acciones populares, el amparo colectivo y la creación de órganos y agencias especializadas.

2. LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

a. Introducción

La aparición de fenómenos económicos y sociales en la segunda mitad del siglo XX —como la consolidación de la gran empresa, el consumo de masas, la transformación del sector de distribución comercial, el alejamiento del fabricante, la progresiva internacionalización y nuevas técnicas de *marketing* y publicidad— aumentaron la complejidad de los mercados y dificultaron la capacidad de elección del consumidor. Esto se produce básicamente por carencias en la información, con lo cual la denominada «soberanía del consumidor» no pasa de ser, en muchísimos casos, algo menos que un mito sin sustento en la realidad. Frente a esta situación, el arsenal jurídico tradicional se mostró insatisfactorio, con lo cual se degradó la posición jurídica del consumidor. Surgieron entonces las corrientes destinadas a protegerlo, a colocarlo en posición de igualdad, en lo posible coadyuvando al mejor funcionamiento del mercado bajo un sistema de capitalismo evolucionado e influido por las ideas fundacionales del Estado social y democrático del derecho.

La defensa y protección jurídica de los consumidores y usuarios tiene en nuestros días un carácter horizontal o interdisciplinario y concierne a muchos sectores del ordenamiento jurídico, esto es, las normas de protección pueden pertenecer al ámbito constitucional, administrativo, penal, procesal y civil. Y es así porque enfrenta o, mejor dicho, trata de resolver el conflicto de intereses que se produce entre el interés público y el interés privado de los empresarios. Como bien ha puesto de manifiesto Polo, el concepto esencial del cual arranca toda la problemática jurídica de la protección al consumidor reside en la noción de libertad contractual como palanca suprema de toda la vida social y jurídica que domina por entero la formación del contrato (Polo, 1980, p. 24).

Como ya hemos tenido ocasión de ver, una de las normas básicas de nuestro ordenamiento jurídico es la que se refiere a la libertad contractual, reconocida en el artículo 2, inciso 14 de la Carta Fundamental, así como en nuestro Código Civil en su artículo 1354. Este dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato y que es obligatorio lo que se haya expresado en él (artículo 1361), debiendo negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (artículo 1362). Todo ello siempre que no sea

contrario a una norma legal de carácter imperativo, a lo que se adiciona la posibilidad de poner limitaciones por ley, por consideraciones de interés social, público o ético (artículo 1355). Y como la ley no ampara el abuso del derecho ni la excesiva onerosidad en una prestación, quien se sienta afectado por una situación de esta naturaleza puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización correspondiente (Código Civil, Título Preliminar, artículo II; arts. 1440 y ss.).

b. La cláusula constitucional de la defensa del interés de los consumidores y usuarios

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

Cabe señalar, en primer término, que el artículo 65 se ubica dentro de los principios generales del régimen económico, y establece un principio concreto: la defensa del interés de los consumidores y usuarios como obligación del Estado, reconociendo implícitamente la elaboración doctrinal internacional en la materia y lo consagrado en numerosos documentos aprobados por organismos internacionales. En consecuencia, ese principio ha de inspirar las leyes relacionadas con las materias que se elaboren y promulguen en el futuro, así como guiar la actuación de autoridades y jueces. Ello es de particular importancia, pues significa que en caso de duda sobre la interpretación de una norma determinada cuando sea de aplicación a consumidores y usuarios, debe tenerse presente el referido principio constitucional, un reconocimiento a la posición preeminente y de tutela del Estado en esta materia.

Pero el artículo 65 es también un mandato para el legislador, que puede y debe manifestarse en una variedad de normas de desarrollo, sean leyes generales o específicas. Al respecto, tenemos una norma de carácter general, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, puesto en vigencia por la Ley 29571 del 2 de setiembre de 2010, que consta de 160 artículos más disposiciones complementarias.

El precitado artículo 65 pone de manifiesto que:

- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Esto es, se obliga a asumir una posición proactiva y protectora en esta área como principio rector de la actuación del Estado respecto de toda actividad económica.

- Para efectuar esa defensa garantiza, fundamentalmente, el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado, lo que significa combatir la publicidad engañosa y otros falsos reclamos de los empresarios para atraer clientes.
- Vela, en particular, sin carácter excluyente, por los derechos de salud y la seguridad de la población.
- Se consagra un derecho subjetivo de los consumidores y usuarios a defenderse en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, y así a exigir del Estado una actuación destinada a la protección de los mismos².

Ahora bien, resulta de aceptación pacífica que el alcance del citado artículo 65 no puede desconocer los derechos a la persona debidamente reconocidos en la Carta. Además, la protección a los consumidores y usuarios debe respetar el marco constitucional económico. Esta afirmación tiene un doble sentido: de un lado, porque el mantenimiento del sistema económico constitucional es ya de por sí una defensa indirecta a los consumidores y usuarios, pues el desajuste que se podría producir en el mismo deberá ser corregido por otro conjunto de normas, entre ellas las dirigidas a defender una competencia libre y leal. Y, de otro, «porque la regulación de la defensa del consumidor no puede ir contra los principios constitucionales configuradores del modelo económico» (Sequeira, 1984, p. 92).

Esa afirmación, en su primer sentido, ratifica la íntima interrelación entre las normas que regulan el derecho de la competencia y aquellas destinadas a la protección de los consumidores y usuarios, pues sin duda el correcto funcionamiento del mercado influye —a veces en forma determinante— en consumidores y usuarios. En su segundo sentido, pone en evidencia que los principios rectores del sistema económico constitucionalizado no pueden verse afectados por las normas dirigidas a la protección de los consumidores y usuarios. En ese sentido, el derecho a la propiedad, a la libertad de contratación y a la libertad de iniciativa económica o libertad de empresa, no pueden verse afectados en su contenido esencial, si bien los límites de tolerancia del modelo económico quedan abiertos a las interpretaciones de los tribunales y a la ambigüedad o precisión que la redacción de la norma permite.

² El criterio de que el artículo 65 de la Constitución que consagra un derecho subjetivo en este sentido fue asumido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 858-2003-AA/TC y ha sido reiterado en el fundamento 41 de la sentencia pronunciada el 26 de enero de 2007, en el caso «Víctor Augusto Morales Medina», Expediente 1776-2004-AA/TC, que marca un cambio jurisprudencial en materia del derecho de libre acceso a la pensión en los sistemas pensionarios.

En síntesis, el Estado está obligado a defender y garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces, en especial en el ámbito de la información y educación, seguridad y salud, a través del fomento de sus organizaciones y el apoyo en cuestiones que pudieran afectarlas. Esta obligación no es solo utilitarista, sino que debe ser equilibrada; esto es, tomando en cuenta a todos los participantes en el mercado y acorde con los principios inspiradores del Estado social y democrático de derecho.

c. Derechos constitucional y legalmente reconocidos

Los intereses protegidos

Los intereses de los consumidores y usuarios, que el Estado se ha comprometido a defender, según el artículo 65 de la Constitución, son más amplios e incluyentes que los derechos. Esos intereses, además, pueden adquirir contenido muy variado y cambiante, por lo que no debemos pensar que pueda tratarse de intereses individuales o personalísimos resultantes de una conducta caprichosa y extravagante.

Los intereses son, por cierto, los del consumidor y el usuario aislado, vinculados al género de los consumidores y usuarios en cuanto categoría económica y jurídica; esto es, como demandantes de bienes y servicios que se encuentran en el mercado.

Como sabemos, los consumidores y usuarios son indispensables para que el mercado funcione como espacio de intercambio de bienes y servicios. Sus intereses son aquellos vinculados al acto cotidiano o eventual de consumo, el mismo que se realiza para satisfacer sus necesidades básicas y sus intereses vitales y económicos, y al realizar un acto de consumo desea o tiene interés en que el bien o el servicio satisfaga sus requerimientos. Pues bien, para hacer realidad esos intereses, la Constitución y las leyes reconocen la existencia de ciertos derechos y de intereses concretos y específicos.

Derecho fundamental

El primer asunto a determinar es si la no inclusión específica del derecho de los consumidores y usuarios entre los derechos fundamentales consagrados en el Capítulo I del Título I («De la persona y de la sociedad»), les impide tener tal reconocimiento, ya que el artículo 65 se encuentra ubicado dentro del Capítulo I, Principios Generales del Título III, «Del Régimen Económico», lo que solo le permitiría constituirse en un principio rector de la política económica que debe inspirar la legislación y la acción de los poderes públicos, pero sin otorgar

especiales medidas de protección a los ciudadanos cuando actúan como consumidores y usuarios³.

En esta materia seguimos a Vega Mere, para el cual si siguiéramos ese razonamiento habríamos también de negar el carácter de derecho fundamental a los derechos sociales y políticos, dado que están consignados en los capítulos II y III del Capítulo I y no específicamente en el I, lo que no tiene asidero. Como señala ese autor,

[...] independientemente del catálogo de derechos fundamentales que contiene el art. 2 de la Constitución, y que toma a la persona como ser humano de sustento, pretexto y eje de los mismos, en el caso del art. 65 se toma al consumidor como basamento de los derechos que la Carta consagra. Y esa consagración —continúa Vega— significa una incontrastable constitucionalización de los derechos más importantes del consumidor: salud, seguridad, información (Vega Mere, 2001, pp. 140-141).

Si bien es cierto que no todos los derechos del consumidor son derechos subjetivos y que en muchos casos se trata más bien de obligaciones y prohibiciones legales para los agentes económicos, no nos cabe duda de que los ya citados derechos a la salud, seguridad e información son derechos fundamentales de la persona, en este caso en su condición de consumidor o usuario.

Coincidimos con Espinoza Espinoza (2006, p. 190) en que los alcances del artículo 65 de la Constitución no limitan la protección del consumidor solo a los derechos a la información, salud y seguridad, pues su alcance debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 3 de la Carta, que otorga una amplia protección a los derechos de la persona, inclusive a aquellos «de naturaleza análoga, que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo». Creemos, con el citado autor, que no puede existir una tutela diferenciada para las personas y los consumidores, ya que la persona al actuar dentro del mercado asume el status especial de consumidor. Desde esta perspectiva, el acto de consumo es, sin duda, un acto de ciudadanía. De otro lado, el Tribunal Constitucional peruano lo ha reconocido expresamente mediante la precitada sentencia del 11 de noviembre de 2003, en el fundamento jurídico 32:

Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución: Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que,

³ Esta polémica se instaló también en España dada la forma en que este tema fue tratado en su Constitución de 1978. Véase Gómez Segade, 1980.

siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de «nuevos» derechos, en función de la aplicación de la teoría de los «derechos innominados» allí expuesta y sustentada. Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716), no solo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación de daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se exigen también los derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.

El artículo 65, en resumen, puede interpretarse en una triple condición: como una obligación del Estado de defender a sus ciudadanos en su condición de consumidores y usuarios; como garante de los derechos fundamentales de estos en el sentido de que da reconocimiento a los derechos subjetivos, que nacen, en especial, en las áreas de la salud, seguridad e información; y como principio general informador del ordenamiento jurídico, en el sentido de constituir, principal pero no únicamente, un mandato para que el legislador desarrolle esa garantía y ese reconocimiento. Esto último puede hacerse a través de un conjunto armónico de normas de inferior categoría, las que, por lo ya dicho, deberán siempre interpretarse en la forma que más favorezca a los consumidores y usuarios, lo que puede llevar incluso a declarar la inconstitucionalidad de aquellas que no hagan o respeten el mandato constitucional. Entre nosotros ese desarrollo se ha llevado adelante mediante el referido Código de Protección y Defensa del Consumidor, mediante el cual, ambiciosamente, se ha tratado de abarcar la mayoría de las complejas situaciones jurídicas y la casuística que surge de la protección de la que venimos tratando.

Derechos constitucionalmente reconocidos

A continuación, hacemos una breve referencia al contenido de los derechos específicamente reconocidos en el citado artículo 65 de la Carta Fundamental, dejando de lado los derechos de la persona que pudieran tener conexión con los consumidores y usuarios.

1. Derecho a la información

Generalidades

Cuando el artículo 65 señala que el Estado «garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado», se está comprometiendo a realizar una tarea de importancia y gran envergadura. Garantizar, que es «dar garantía», tiene un contenido amplísimo, pero en el artículo citado está constreñido al derecho, a la facultad que tiene el ciudadano de obtener información. El Estado no se está comprometiendo a la evicción y saneamiento de los bienes y servicios, no los está afianzando ni resguardando, no se ha constituido en un fiador de los mismos. Se limita a aquellos que se encuentran en el mercado, en el territorio de la República, no más allá de las fronteras y, tampoco, creemos, a aquellos que son ofrecidos por medios inalámbricos provenientes de señales ubicadas fuera del citado territorio, lo que sirve para poner de relieve las dificultades que se presentan en el comercio electrónico o en la publicidad transfronteriza de nuestros días.

Hay una primera duda que debe resolverse en esta materia: el Estado solo puede garantizar el acceso a aquella información que se considera esencial y específicamente exigida para que el consumidor o el usuario realicen una buena decisión de consumo. Así, por ejemplo, el Estado puede exigir que los precios sean presentados de determinada forma en la publicidad o en la información que ofrecen los agentes económicos en el mercado. Igual puede suceder con el contenido de ciertos productos, con determinadas advertencias sobre sus potenciales riesgos, y un largo etcétera.

Pero si la exigencia estatal a los agentes económicos fuera extrema, entonces muy probablemente no facilitará las transacciones en el mercado, las dificultará más bien, o, quizá, exigirá burocráticamente que se conozcan aspectos de mínima importancia. Por cierto, es probable y válido que el Estado —como lo exige el propio artículo 65— categorice los productos y servicios que se ofrezcan en el mercado, y exija que en algunos de ellos, como son los vinculados a la salud o la seguridad, la información ofrecida sea más detallada y minuciosa.

Pero lo que no puede perderse de vista es que resulta imposible que el consumidor o el usuario tengan acceso a toda la información que de sus componentes, insumos o características tiene un bien o servicio. Es más, muchos de los agentes tampoco la conocen en su totalidad. Entonces adquieren gran importancia dos factores que aquí se concatenan, a saber: la exigencia de una publicidad que no incumpla con los principios de veracidad y la educación de los consumidores y usuarios. Distinta es la información que puede exigir un consumidor altamente preparado en determinada materia vinculada al producto o servicio que va

a adquirir o contratar, de aquel otro de bajo nivel cultural o educativo que recién comienza a apreciar las particularidades del mercado en una gran ciudad, en la cual acaba de establecerse. En síntesis, lo que se busca es que la información que reciben o que se encuentra a su disposición sea veraz, eficaz y suficiente, con respecto a las características esenciales de cada bien o servicio.

Objeto y carácter de la información

Dentro del objeto de la información no cabe duda de que los precios constituyen un elemento de gran importancia, pero no suministran por sí mismos toda la información necesaria para una buena opción. Por ello se requiere de información complementaria, por ejemplo, sobre las características y propiedades del bien concreto materia de la transacción. Esto asume mayor relevancia en algunos productos que pueden presentar ciertos riesgos, como en el caso de los productos alimenticios o farmacéuticos. Así, además del precio, la información debe abarcar además la forma de utilización de determinados productos.

Pero la información debe extenderse a las condiciones en que se realiza la adquisición y utilización de productos y servicios; por ejemplo, las condiciones contractuales, variadísimas, que pueden incluir materias tales como seguros, transporte, crédito, garantías, etcétera. Adquiere entonces gran importancia la orientación al consumidor sobre sus derechos y obligaciones y sobre los instrumentos jurídicos a utilizar para, por ejemplo, solicitar una indemnización con el objeto de reparar daños causados. Tiene ello directamente que ver con el derecho a la educación de consumidores y usuarios, tal como está señalado en algunas Constituciones⁴ —pero no expresamente en la nuestra—, tal como veremos más adelante.

De otro lado, para que la información cumpla con su cometido debe reunir algunas condiciones básicas (Gómez Segade, 1980, p. 149), tales como ser oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible (art. 1.b del Código). Esto implica que debe ofrecer la posibilidad de solucionar un problema de consumo y contribuir al mejor funcionamiento del mercado; debe ser accesible a la capacidad del consumidor; no debe estar en idioma extranjero, ni tampoco en términos técnicos o jurídicos de difícil comprensión; y, finalmente, debe ofrecerse en el momento y lugar oportunos.

Sujetos obligados a informar

Visto lo anterior, adquiere singular importancia saber quiénes son los obligados a brindar esa información a los consumidores y usuarios, y cuál debe ser su contenido.

⁴ Por ejemplo, en el artículo 51.2 de la Constitución española de 1978.

Son las empresas y los empresarios (industriales y comerciantes, empresas estatales o privadas) quienes están obligados prioritariamente a suministrar información a los consumidores y usuarios, y, por cierto, también los concesionarios de servicios públicos. Nuestro Código utiliza genéricamente el término «proveedores» para señalar a las que están obligados a informar (art. IV.2).

Tienen también obligación de informar las oficinas públicas, lo que constituye por sí mismo un servicio elemental a favor de los ciudadanos, a través de la recolección y difusión de información sobre bienes y servicios que sean de especial relevancia para la satisfacción de necesidades humanas de importancia vital, como la correspondiente a la salud. Finalmente, las asociaciones de consumidores se suelen constituir en importantes colaboradores en la tarea informativa dentro del ámbito de su actividad y según los medios de que dispongan.

Modalidades y cauces

La información se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante tres mecanismos: la publicidad, las leyendas informativas sobre las mercaderías y los contratos (Gómez Segade, 1989, p. 150). Estos tres mecanismos tienen una normatividad específica, que no es del caso tratar aquí en extenso.

Si bien es cierto que existen variadas normas publicitarias sobre actividades económicas específicas —tales como la vinculada al sistema privado de pensiones, los productos alimenticios o los farmacéuticos—, el dispositivo general más importante es el Decreto Legislativo 1044, entre cuyos principios se encuentra el de autenticidad (que sea reconocible y no encubierta), legalidad (respetar el ordenamiento jurídico) y el de veracidad (que prohíbe la publicidad engañosa). El cumplimiento de estos principios hará, sin duda, que la misión informativa de la publicidad pueda ser cumplida en forma más completa.

Otros vehículos informativos son los datos consignados en las mercaderías o en sus envases, así como las marcas o los signos distintivos. Estos últimos cumplen una función informativa mínima, pues su principal misión es distinguir e individualizar los productos y servicios en el mercado, por lo que deben tener fuerza distintiva, y su regulación cae bajo las normas de propiedad industrial (Decisión 486 y Decreto Legislativo 823). Las leyendas en los envases y las notas pueden, en algunos productos o servicios, tener gran importancia. Los datos que ahí aparezcan pueden ser muy variados: composición, uso o condicionantes jurídicas, y cuando se trata de determinados productos que pueden ser, por ejemplo, dañinos o peligrosos para la salud, la información es insustituible y debe ser de gran veracidad y vigor técnico.

2. Derechos a la salud y a la seguridad

En el capítulo II del Título I («De la persona y de la sociedad»), que se intitula «De los derechos sociales y económicos», el artículo 7 dispone que «todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa». El Estado, por su parte, determina la política nacional de salud, norma y supervisa su aplicación (artículo 9) y garantiza el libre acceso a las prestaciones a través de entidades públicas, privadas o mixtas a las cuales supervisa (artículo 11). De otro lado, en el título correspondiente al Régimen Económico se señala que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa en forma prioritaria y principal, entre otras, en la promoción de salud (artículo 58), y el ejercicio de la libertad de trabajo o de empresa no pueden ser lesivos a ella (artículo 59). Es en este contexto que resulta coherente la ubicación, así como el mandato, contenido en el artículo 65 bajo comentario, por el cual el Estado se obliga a velar por la salud de los consumidores y usuarios.

Queremos aquí poner de relieve las conexiones entre las mencionadas disposiciones constitucionales y la protección jurídica de los consumidores y usuarios. La protección a estos últimos está ordenada sobre la base de establecer obligaciones a los productores de bienes y oferentes de servicios, más que delimitando y organizando derechos efectivos (Muñoz Machado & Jiménez Blanco, 1984, p. 44), así como creando mecanismos para que la Administración logre un efectivo cumplimiento de tales obligaciones.

También cabe señalar que la atención legislativa está diseñada para bienes o servicios que estén en el mercado y que sean objeto de tráfico mercantil, más que a derechos respecto a la intimidad o la dignidad humana, al secreto médico, al nivel profesional de las personas que atienden los servicios médicos, etcétera, todo lo cual está regulado por normas que se encuentran fuera del ámbito de lo que aquí estamos tratando, aunque no por ello sean menos importantes. Específicamente, hay una preocupación del legislador en los temas de salud vinculados a los consumidores, por las condiciones que deben cumplir los productos alimenticios y los riesgos que pueden provenir de ellos.

Lo anterior resulta de aplicación también al derecho que tienen los consumidores y usuarios a que su seguridad esté protegida. El artículo 25 del Código preceptúa que «los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes». Ni la protección de la salud ni la de la seguridad son absolutas. Existe un matiz muy importante, que se refiere a que el derecho a la protección se concreta

en «condiciones normales o previsibles». Esto admite un cierto grado de riesgo, lo que implícitamente reconoce que puede haber productos o servicios que pongan en peligro la salud y la seguridad. Estos últimos no pueden, obviamente, enviarse al mercado u ofrecerse para su consumo —aunque no haya una norma que específicamente lo prohíba— pues ello significaría un grave incumplimiento al deber general de no lesionar ni poner en riesgo la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios, con independencia de que la concreta conducta perturbadora haya sido expresamente prohibida (Botana & Ruiz Muñoz, 1999, p. 561). Todo ello en cumplimiento del mandato del artículo 7 de la Carta Fundamental ya antes citada, que declara: «Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa».

La admisión de ciertos riesgos en materia de salud o de seguridad obliga a informar de esa situación a los consumidores y usuarios con el fin de reducir el peligro. Este deber de informar no es otra cosa que una manifestación del deber de no poner en peligro la salud y la seguridad, y que suele manifestarse concretamente en el etiquetado y la presentación de productos.

Algunos sostienen que la protección de los consumidores y usuarios en materia de seguridad está exclusivamente dirigida a la «seguridad física», pero, sin duda, no ocurre lo mismo con la salud, pues en este caso se dirige a la integridad psicosomática de los consumidores y usuarios, de conformidad al inciso 1) del artículo 2 de la Constitución. No se trata de una norma programática, sino de un derecho de la persona de aplicación inmediata y no sujeto a normas de desarrollo. La salud, que no es equivalente a ausencia de enfermedad, es «un estado de bienestar integral de la persona; de equilibrio perfecto entre su estructura psíquica y orgánica que le permite el goce de la vida» (Vega Mere, 2001, p. 93).

En síntesis, la protección de los derechos a la salud y la seguridad, a pesar de su amplio contenido, se muestra o se percibe diariamente con mayor relevancia en los actos de consumo que se realizan en el mercado, debido al fenómeno relativamente reciente de la contratación en masa de bienes y servicios. Esto ha obligado a la existencia de una serie de controles, que se suelen manifestar *ex ante*. Mas, por exigentes que sean, si bien reducen los riesgos, no pueden garantizar su no ocurrencia.

Derechos reconocidos solo legislativamente

El principal dispositivo en esta materia es el ya referido Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571. Este código tiene siete títulos que comprenden una amplia gama de disposiciones. El Título I trata de los derechos

de los consumidores, de la información que deben recibir, del tema publicitario, de la salud y seguridad de los consumidores y de la protección de los intereses sociales y económicos. El Título II sobre los contratos en general y las cláusulas abusivas en particular. El Título III de los métodos comerciales abusivos, el IV de la protección al consumidor en productos o servicios específicos, como los de salud, educativos, financieros, etcétera. El Título V de la responsabilidad y sanciones, en especial de la responsabilidad administrativa. El Título VI de la defensa colectiva de los consumidores y el Título VII del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor. La entidad administrativa encargada de ver estos asuntos es el INDECOPI, cuyas resoluciones finales pueden siempre contradecirse en el Poder Judicial.

Relación con otros dispositivos legales

Cabe señalar que las disposiciones vinculadas a la protección de los consumidores y usuarios tienen también una conexión importante con las que regulan la competencia económica, Decreto Legislativo 1034; con la referente a la competencia desleal y publicidad, Decreto Legislativo 1044; y con aquellas vinculadas a los institutos de la propiedad industrial establecidos en la Decisión 486 y el Decreto Legislativo 823.

3. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

a. Cuestiones preliminares

El impacto de la degradación ecológica a nivel global, que se ha hecho patente mediante el deterioro de la capa de ozono, el cambio climático, la contaminación de ríos, mares y aire, la deforestación, entre otros hechos, se viene proyectando en los ordenamientos constitucionales y legales, sobre todo a partir de la Conferencia de Estocolmo (1972). Esto se debe a que se ha verificado una serie de alteraciones climáticas atribuidas al proceso de calentamiento global, que se manifiesta en el cambio de las condiciones que eran consideradas regulares o permanentes en diferentes regiones del mundo.

Como marco conceptual del constitucionalismo ambiental, debemos referirnos al desarrollo sostenible, que de acuerdo al Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente —conocido como *Informe Brundtland*— supone en términos ambientales un modelo de crecimiento económico que satisface las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

La Cumbre de la Tierra realizada en Río de Janeiro (1992) ha reconocido un nexo causal entre las vías socioeconómicas de desarrollo y las emisiones y concentraciones de gases de efecto invernadero, el cambio climático y el impacto en los sistemas humanos y naturales.

Así, sin negar la existencia de matices, existen en debate dos concepciones contrapuestas sobre el medio ambiente. La de un capitalismo salvaje y depredador por un lado, y la de un Estado social de derecho que asume tardíamente la tutela del interés ambiental.

En este contexto, en el derecho constitucional, el derecho fundamental de la persona al medio ambiente sano es reconocido doctrinariamente como un derecho de tercera generación o derecho de solidaridad. El establecimiento del derecho de todas las personas a un medio ambiente adecuado debe mirarse en el contexto más amplio de los avances de los derechos económicos, sociales y culturales.

En ese orden de ideas, Ruiz-Rico afirma que el medio ambiente constituye el punto central de referencia sobre el que gravita la última generación de derechos humanos, que tiene además en el principio de solidaridad su común denominador. Asimismo, puede llegar a modular el significado de otros derechos, convirtiéndose en el elemento principal de unificación en torno a un nuevo significado de la idea de libertad, menos abstracta y mucho más contextualizada con las preocupaciones sociales dominantes del presente (Ruiz-Rico, 2000, p. 69).

Para reforzar la relevancia del derecho al medio ambiente hay que acudir a la cláusula constitucional de los derechos fundamentales *implícitos* a que se refiere el artículo 3 de la Norma Suprema, pues se puede resumir estos nuevos derechos y principios en una suerte de derecho a la calidad de vida.

La calidad de vida es el nivel más deseable de bienestar material y espiritual de la persona, el ambiente idóneo para su dignidad. Esta última es el fin y el fundamento de toda ordenación jurídica, también de la medioambiental. El medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona es uno de los presupuestos que, junto con el bienestar económico y el disfrute de los derechos constitucionales conforman la calidad de vida (Canosa Usera, 2000, p. 50). De este modo, en el marco de la cláusula constitucional de los derechos implícitos a que se refiere el artículo 3 de la Norma Suprema («La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno»), que sirve como instrumento para evitar el anquilosamiento de la Constitución, puede afirmarse la existencia de un derecho constitucional a la calidad de vida.

En esa dirección, el derecho a la calidad de la vida no se limita a suprimir los efectos más perniciosos de la degradación ambiental provocada por la actividad del hombre, sino que se proyecta a otros planos en los que están implicados una amplia gama de mandatos constitucionales que van desde la planificación del desarrollo urbano por las municipalidades, previsto en el numeral 6 del artículo 195 de la Constitución, hasta la plena satisfacción del «derecho al descanso», que se reconoce en el mismo numeral 22 del artículo 2 de la Norma Suprema, mediante el uso y disfrute de la naturaleza y el paisaje.

Así, en la determinación de los linderos que definen la función pública de tutela del ambiente se conectan tres conceptos: calidad de la vida, medio ambiente y utilización sostenible de los recursos naturales (Delgado Piqueras, 1993, p. 61). Este último concepto está explícito en el texto del artículo 67 de la Constitución de 1993 en estos términos: «El Estado determina la política nacional de ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales». La referencia del artículo 67 de la Constitución peruana al uso sostenible nos lleva directamente al concepto de desarrollo sostenible como fin esencial del Estado. En ese sentido, es relevante la creación del Ministerio del Ambiente, por Decreto Legislativo 1013, que aprueba la Ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente como autoridad nacional del ambiente que deberá ejercer la rectoría del Estado en esta materia y en las políticas públicas para asegurar «el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta», tal como declara el párrafo 3.2 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1013.

En la legislación nacional el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley 28611, declara:

Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección a la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Asimismo, establece que se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante y prevé que el interés moral legitima la acción, aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano ha recogido el concepto de Constitución Ecológica, desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, en los fundamentos 33 y 34 de la sentencia pronunciada el 27 de

agosto de 2008, en el caso «World Cars Import», correspondiente al Expediente 03610-2008-PA/TC. El Tribunal entiende que la tutela del medio ambiente se encuentra regulada en nuestra Constitución Ecológica, que es el conjunto de disposiciones que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (fundamento 33). Tal la desarrollo en su momento la Corte Constitucional colombiana, la Constitución Ecológica tiene una triple dimensión: (i) como principio que irradia todo el orden jurídico, puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación; (ii) como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales; (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, «en su calidad de contribuyentes sociales» (fundamento 34).

b. El derecho al medio ambiente sano y equilibrado

Debe tenerse en cuenta que el postulado constitucional de protección del ambiente no solo es un derecho fundamental, sino que se constituye en un principio general que inspira el ordenamiento, según Delgado Piqueras (1993, p. 52). En similar dirección, Ortega afirma, desde un enfoque finalista, que el derecho del medio ambiente tiene como finalidad última garantizar la supervivencia del planeta a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible (Ortega, 2002, p. 1640).

En la sentencia del caso «José Miguel Morales Dasso», sobre acción de inconstitucionalidad contra la Ley 28258, Ley de Regalía Minera, Expediente 0048-2004-AI/TC, el Supremo Intérprete de la Constitución asumió esta definición de ambiente en el fundamento jurídico 17:

Desde la perspectiva, constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «[...] tanto el entorno globalmente considerado —espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna— como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos reproducen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

En el fundamento 18 de esa sentencia, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que el vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida se materializa en función a los siguientes principios:

a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable [...] b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.

Es importante destacar que la jurisprudencia debe resolver la dialéctica entre crecimiento económico y medio ambiente. Así, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 64/1982 de 4 de noviembre, en su fundamento jurídico 8, sostuvo:

Lo que puede plantearse en casos concretos es el conflicto entre dos intereses cuya compaginación se propugna a lo largo de esta sentencia: la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero. Ello supone ponderar en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación minera de que se trate y del daño que pueda producir al medio ambiente, y se requiere también entender que la restauración exigida podrá no ser siempre total y completa, sino que ha de interpretarse con criterio flexible[...] (citado por Delgado Piqueras, 1993, p. 63).

En el Perú, el Tribunal Constitucional determinó que en el marco del Estado social y democrático de derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social es una conducta exigible ineluctablemente a la empresa (Exp. 03343-2007-PA).

Asimismo, debe conectarse el derecho al ambiente con el derecho a la salud reconocido en el ordenamiento constitucional peruano en el artículo 7 del texto fundamental dentro del capítulo II («De los derechos sociales y económicos») del Título I («De la Persona y de la Sociedad»). Esa conexión puede establecerse desde una lectura ambiental de la Constitución, en la cual la perspectiva ambiental se integra a conceptos más convencionales como la vida o la salud (Foy, 1997, p. 99).

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

- (i) *De un lado es un derecho de autonomía personal.* Se trata del derecho a no ser perturbado en ese disfrute. En ese sentido, el fundamento jurídico

sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso «Colegio de Abogados del Santa» afirma: «Dicho derecho, en principio, establece un derecho subjetivo de raigambre fundamental, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, por razón de la ciudadanía».

- (ii) *De otro lado, se trata de un derecho prestacional, que obliga al Estado a la prevención.* Esto, porque puede reclamarse a los poderes públicos que pongan a disposición de los titulares los bienes ambientales en condiciones adecuadas para el desarrollo de la persona. La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso «Colegio de Abogados del Santa», Expediente 0018-2001-AI/TC, en su fundamento 7 señala:

Queda claro que el papel del Estado no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención. En efecto, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en medio ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que la hagan posible. En ese sentido, este Colegiado estima que la protección del medio ambiente no es solo una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquellos no sucedan.

En ese mismo sentido, en la sentencia pronunciada el 17 de marzo de 2003, expediente 0964-2002-AA/TC, en el caso «Alida Cortez Gómez de Nano», en el cual la demandante interpuso demanda de acción de amparo contra la empresa Nextel del Perú S.A., por violación de sus derechos a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, debido a la instalación de antenas y equipos ubicados con proximidad a una zona residencial. En el fundamento 11 de la sentencia, el Tribunal Constitucional resaltó la importancia del principio de precaución⁵.

Sin perjuicio de ello, para alcanzar determinado grado de protección ambiental no hay que recurrir siempre a la prohibición absoluta de una determinada actividad. Es suficiente el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, tal como

⁵ La Declaración de Río de Janeiro, de junio de 1992, precisó lo siguiente sobre el principio de precaución: «Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

se determinó en la sentencia pronunciada el 2 de junio de 2007 en el caso «Máximo Medardo Mass López», Expediente 4223-2006-PA/TC.

(iii) *La obligación de preservar el ambiente se extiende a los particulares*, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente⁶.

Respecto a su contenido explícito, el disfrute del entorno está integrado por los siguientes aspectos (Canosa Usera, 2000, p. 121):

- El derecho de acceso al bien ambiental.
- El derecho de contemplación del entorno.
- El derecho de uso ambiental del entorno.

⁶ Fundamento jurídico 17 en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano correspondiente al caso «José Miguel Morales Dasso».

CAPÍTULO VIII LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

1. LA UNIDAD DEL MERCADO

Es un derecho de todo ciudadano reconocido por la Constitución (artículo 2, inciso 11) el domiciliarse donde mejor lo considere conveniente, así como trasladarse, cambiar de domicilio y circular de un lugar a otro o salir del país. Esta libertad de desplazamiento está vinculada estrechamente a la libertad física o corporal y puede, claro está, estar razonablemente reglamentada por la ley, la que por ejemplo sufre disminución por razones de sanidad pública o cuando se declara un estado de excepción como el estado de emergencia o de sitio.

Ese derecho individual se traslada al ámbito económico, lo que significa en la práctica no solo la libertad de circulación de personas, sino también de servicios, bienes y capital. Esto puede llevar a las empresas a tener que abastecer no solo su propio radio de natural influencia, sino a una dimensión superior, más aún cuando se trata de procesos de integración económica. Es la manifestación práctica de la «unidad de mercado».

Junto a la propiedad, el mercado aparece como uno de los pilares en los que se fundamenta la Constitución económica del Estado moderno. Alberto Dalla Via señala que «la propiedad, como derecho fundamental, es el pilar de la parte dogmática del derecho constitucional económico, en tanto que el mercado, como locus o como ámbito a asegurar por el Estado, dentro del cual se realizan los derechos económicos, corresponden a la parte orgánica del derecho constitucional económico» (Dalla Via, 1999, p. 404).

Si bien nuestra Constitución no se refiere al mercado en términos expresos, sí se hace referencia a la economía social de mercado y, en consecuencia, lo reconoce indirectamente como institución y como el lugar en el que se realizan

las transacciones comerciales. El reconocimiento del derecho a las personas a su libre circulación en el territorio de la República, implícitamente lo hace también con la libre circulación de bienes y mercaderías, con la eliminación de todas las «barreras interiores» propias del proteccionismo colonial y con el reconocimiento único de las aduanas nacionales¹.

En nuestros días es difícil entender el funcionamiento de una economía de mercado en un país determinado si no existe un territorio en el cual tienen —salvo excepciones puntuales como las exoneraciones tributarias regionales— aplicación uniforme las normas que regulan la actividad económica. En otras palabras, esta última funciona sin trabas administrativas diferenciadas en el territorio.

En la defensa del normal funcionamiento del sistema económico, la legislación sobre la competencia económica —de indudable raíz constitucional entre nosotros— tiene como objeto principal cuidar de la unidad de mercado y de sus límites, eliminando las barreras interiores y favoreciendo la circulación de bienes y productos. Esto es, impidiendo la fragmentación del mercado en función de opciones territoriales o regionales diversas. Ello deriva necesariamente en un derecho fundamental con posiciones jurídicas iguales para los ciudadanos, en cuya virtud pueden proyectar su libertad empresarial. En este contexto, todos los peruanos tienen los mismos derechos y obligaciones en todo el territorio nacional, lo que implica un límite preciso a la utilización del mercado como instrumento de creación de privilegios discriminadores.

2. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

a. Orígenes

Los orígenes de lo que hoy se denomina «economía social de mercado» tuvieron lugar en los años 1930 en la llamada Escuela de Friburgo, Alemania, vagamente inspirada en el concepto cristiano de orden (ordoliberalismo). Esta propugnaba un Estado fuerte, capaz de implantar un marco adecuado para la libre competencia, pero buscando al mismo tiempo un equilibrio social. Intentaba lograr una síntesis entre la economía de mercado y la seguridad social, síntesis en la cual las fuerzas del mercado crean las bases del progreso social y la seguridad social posibilita y garantiza la funcionalidad y la persistencia del mercado. No fue

¹ Francisco García Calderón nos informa en su *Diccionario de la Legislación Peruana*, (1879, I, p. 44) que había aduanas al interior del territorio en los primeros años después de la declaración de la independencia, pero que al momento de escribir el citado libro «el tráfico interior es libre de todo derecho hoy en la República».

una simple mezcla de socialismo con capitalismo, sino una vía autónoma en la que se concede un espacio adecuado a la libertad y eficiencia individuales pero que a la vez incorpora exigencias sociales. Fueron representantes destacados de esta posición economistas de nota como Walter Eucken, Alfred Müller-Armack, Wilhelm Röpke y Ludwig Erhard.

b. Concepto y principales características

La economía social de mercado se basa en dos principios de liberalismo económico: el individualismo, que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad; y el principio de que la competencia es un instrumento rector. Se diferencia porque el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado, sin desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas (Clapham, 1979, pp. 56 y ss.); y, en segundo lugar, porque los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia, lo que fomenta la participación activa de los trabajadores en las decisiones de cierta magnitud.

Considera que a la competencia le incumben funciones económicas importantes, tales como la utilización productiva del trabajo y del capital; que genera beneficios sociales importantes, pues impide que se haga mal uso de la propiedad privada y se formen ganancias monopólicas; el abastecimiento óptimo del consumidor; y la eficiencia económica. Afirma que la propiedad privada de los medios de producción se puede justificar sin reservas desde el punto de vista político social solo dentro de una economía de competencia, por la que el Estado tiene que velar (Clapham, 1979, pp. 60 y ss.).

La solidaridad que defiende presupone que el orden económico construido no favorezca a un solo grupo, sino que las posibilidades de ganar o perder deberían ser distribuidas más o menos equitativamente entre todos los grupos de la sociedad. Solo entonces, si existen oportunidades iguales para todos dentro de las reglas de juego, el sistema económico será políticamente aceptado y defendido por todos los ciudadanos (p. 78).

En síntesis, las características fundamentales de la economía social de mercado son las siguientes (Tietmeyer, 1979, p. 30):

- El mercado y la competencia no deben ser concebidos como privilegio de los empresarios, sino como elementos para garantizar la libertad de los consumidores, empleadores y trabajadores y también como instrumentos para aumentar el rendimiento.

- Sus funciones pueden peligrar por la formación de carteles y la concentración de poder económico, por lo que es pertinente una legislación *anti-trust*.
- El mercado y la competencia funcionan de manera óptima cuando el Estado establece normas claras e inequívocas por intermedio de su sistema monetario y su ordenamiento jurídico, y no interviniendo en el proceso económico de manera permanente.
- Lo anterior demanda un Estado fuerte e independiente de los grupos de poder económico. A ello debe sumarse un aparato administrativo y judicial independiente y libre de corrupción.
- Su práctica se refuerza por dos principios: el de la solidaridad, que exige un equilibrio político social y la promoción del bien común; y el de subsidiariedad, en virtud del cual lo que el individuo puede hacer por propia iniciativa no debe hacerlo la comunidad o el Estado.

c. Recepción en el Perú

Desde la perspectiva de nuestro derecho constitucional económico, la incorporación del concepto de «economía social de mercado» es reciente. Su aceptación mayoritaria en la actualidad no puede hacer olvidar que no fue fácil su inclusión en el texto de la Constitución de 1979, y que fue fruto de un acuerdo entre el socialcristianismo del Partido Popular Cristiano, que lo impulsó, y la socialdemocracia, representada por el APRA. Después ha hecho fortuna, pero su inclusión en la Carta vigente de 1993 fue prácticamente impuesta por la opinión pública, ante la renuencia del neoliberalismo absoluto promovido y representado por el fujimorismo en el mal llamado Congreso Constituyente Democrático de 1992.

La expresión «economía social de mercado» no tiene un contenido definido y preciso. Se trata de una cláusula abierta que ha tenido éxito entre nosotros, y que nos hace entender que las reglas de la economía deben regirse fundamentalmente por los mecanismos que proporciona el mercado, pero también que el Estado tiene deberes ineludibles que cumplir. Así, debe hacer posible la concreción del derecho de los individuos y sus asociaciones a participar en la vida económica y propiciar un sistema competitivo, en el cual los actores tengan en sus manos las decisiones fundamentales, penalizando los abusos de las prácticas restrictivas para beneficio, en primer lugar de los consumidores, pero también de los agentes económicos y del propio sistema.

Pero dentro de esta concepción es también aceptado que el Estado tiene como rol brindar a todos los ciudadanos la posibilidad de tener unos ingresos básicos que les permitan subsistir y participar en la vida política y económica, así como también corregir las imperfecciones del mercado y actuar —cuando no lo hagan los agentes en forma eficiente— combatiendo la exclusión, a la cual puede empujarnos un sistema internacional injusto. A ese rol debe agregarse como obligación primera del Estado la toma de decisiones encaminadas a la satisfacción de necesidades básicas concretas de todas las personas, para que puedan ejercer en igualdad de oportunidades sus derechos fundamentales y tener acceso a una vida digna; esto es, hacer realidad su derecho al bienestar constitucionalmente reconocido. Una fórmula de esta naturaleza es lo suficientemente amplia para amparar los cambios imprevistos propios de nuestro tiempo sin necesidad de introducir reformas constitucionales. En esta concepción existen, por tanto, mecanismos destinados a limitar la improvisación populista así como a tener flexibilidad para enfrentar los retos actuales.

d. Objetivos actuales

En nuestros días, el concepto de economía social de mercado ya no tiene solo como sus objetivos prioritarios la libertad económica y la justicia social, sino que debe hacer frente a nuevos condicionamientos económicos, sociales y políticos, especialmente al reto ecológico y al reto ético. En lo que se refiere al primer aspecto, el paradigma de la postmodernidad no está dispuesto a hacer de la naturaleza una simple mercancía, ni a explotarla y depredarla, pues se amenaza a la existencia de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida en todo el mundo. Ello obliga a promover una forma de producción viable desde el punto de vista social y del medio ambiente. En lo que se refiere al reto ético, diversas iniciativas ciudadanas han protestado en varias formas sobre las actuales condiciones económicas, sociales y políticas, en virtud de las cuales millones de personas viven en la pobreza e ignorancia extremas, considerándose a la mano de obra como una mercancía. En otras palabras, sin abandonar sus objetivos tradicionales, la tarea de hoy es la construcción de una economía social de mercado con objetivos ecológicos y con fundamento ético. Esa construcción no puede solo hacerse —dado el contexto de globalización en el cual vivimos— para el ámbito nacional, sino que debe tener una dimensión global o planetaria, entre otras razones porque los retos ecológicos y éticos deben ser considerados como retos globales (Küng, 1999, p. 218).

3. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA INICIATIVA PÚBLICA

En las Constituciones de 1979 y 1993, con distinta intensidad, el fundamento del sistema económico constitucionalizado se encuentra en el derecho a la libre iniciativa y a la libertad de empresa, en el marco de una economía social de mercado. Se trata de un derecho subjetivo, íntimamente ligado a la libertad de trabajo, el derecho de propiedad y la libertad de contratación, que los ciudadanos y los poderes públicos tienen la obligación de respetar y garantizar para que sea real y efectivo. Pero no se trata de un derecho subjetivo absoluto, pues suele necesitar de una intervención reguladora para que de continuo se restablezcan las condiciones de igualdad que exigen las democracias modernas, entre sujetos que son —como lo demuestra la vida económica diaria— básicamente desiguales.

Si la libertad de empresa es la regla, la intervención empresarial del Estado debe ser entonces la excepción. En nuestra Constitución económica aparece con claridad que el sistema económico se asienta en el ejercicio de la libertad de empresa, no en la creación y desarrollo de empresas públicas o estatales. Así, en caso de que estas se crearan, deberán competir en igualdad de condiciones con las privadas, sin privilegio alguno. El artículo 60 de la Constitución reconoce en su primer párrafo este régimen de paridad o de igualdad jurídica en los siguientes términos: «El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa». Este régimen plural no significa que la actividad empresarial sea producto de una forma de actuación similar al ejercicio de un derecho sino que se enmarca dentro del deber de subsidiariedad previsto en el segundo párrafo del artículo 60.

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

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

Sobre la subsidiariedad de la iniciativa pública debe citarse el reciente Decreto Legislativo 1031 de junio de 2008, cuyo objeto es promover la eficiencia en la

actividad empresarial del Estado y cuyo ámbito de aplicación comprende a todas las empresas comprendidas en el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado-FONAFE. Señala ese Decreto, expresamente, que dicha actividad «se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada», lo que es concordante con el mandato constitucional. Estas empresas del Estado podrán contar con accionariado privado en porcentaje minoritario. En el dispositivo citado se hace referencia también a los recursos, gestión y control de dichas empresas.

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

4. LA REGULACIÓN ECONÓMICA

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

cuando afecta a los sectores intervenidos, como es el caso de gestión de servicios públicos por empresas privadas², donde se ingresa a terrenos como los precios o el *quantum* de producción. Y afirma a este respecto que, en su opinión, nadie ha puesto en duda la necesidad de la primera, que muy probablemente se intensificará en el futuro, pero sí está puesta en cuestión la segunda, fundamentalmente en cuanto a los fines que con ella se buscan (Ariño, 1993, p. 50).

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

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» (p. 60), es decir, buscan que no exista un intervencionismo excesivo y contraproducente, que la regulación económica deba ser «conforme al mercado», en otras palabras, una regulación pensada para favorecer el funcionamiento de los mercados y no para alcanzar objetivos políticos. Pero resulta imposible soslayar que toda regulación en el ámbito económico es siempre, por definición, un sustituto del mercado (p. 272). Esto es, en una sociedad que ha escogido como modelo una economía de mercado, en la 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; esto es, exigiendo lealtad, estándares de calidad y de seguridad, favoreciendo el mayor flujo informativo, castigando la publicidad engañosa, etcétera y, en lo demás, dar paso a la iniciativa y a la libertad empresarial para la más eficiente gestión de las empresas. La regulación debe ir, entonces, en el sentido de que, más que controlar a los operadores económicos, lo que se debe es proteger a la sociedad, sobre todo cuando se trate de actividades esenciales. Por estos motivos, la regulación debe tener carácter general y objetivo, evitando en lo posible todo tratamiento singular que altere las reglas, fomentando el riesgo y la creatividad, y no penalizando el éxito.

² Mientras, por ejemplo, las empresas gestoras de servicios públicos fueron públicas, no hubo en verdad mucha necesidad de regular, pues le bastaba al poder público, a la Administración, tomar decisiones de inversión, fijación de tarifas, etcétera y asumir las responsabilidades consiguientes. Pero cuando se produce un importante conjunto de privatizaciones, entonces vuelve a plantearse el tema la regulación de las condiciones económicas, técnicas y otras que deben ser cumplidas por quienes han asumido dichas funciones gestoras.

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 constitucio- nalizado; 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 fun- damental, al considerarse como el motor del sistema de una economía de merca- do. «La competencia encierra —dice acertadamente Baylos—, 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» (Baylos, 1978, p. 225); y cuando se realiza entre competidores la pretensión de uno, necesariamente tendrá 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, y que ninguna empresa pueda por sí misma, es decir, sin tomar en cuenta a las demás, tomar decisiones que le son propias para su actividad en el mercado.

Pero en esa rivalidad y lucha que constituye la competencia pueden surgir conflictos de las conductas de los competidores o fallos del mercado, ya que estamos en un régimen de competencia imperfecta o monopolística, donde no hay siempre libertad de acceso o esta es muy difícil; o existen poderosos intereses económicos y de otro tipo que falsean la competencia; o grandes concentraciones empresariales; o abuso de posiciones de dominio; o una decisiva influencia de empresas multinacionales de muy difícil control, etcétera. Todo esto 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 y evitar las fallas propias del mismo, es lo que da lugar a la regulación de la competencia, cuyas manifestaciones son las referidas al derecho *antitrust*, la disciplina de la competencia desleal, la normativa publicitaria, la protección de los consumidores, el control de las concentraciones, etcétera, pero también la puesta en vigencia de normas que hacen que el propio Estado asuma un papel de «animador» de la iniciativa privada empresarial mediante reglas jurídicas de índole «intervencionista». Entonces, la denominada «regulación económica»

resulta siendo un fruto necesario y natural del establecimiento de un modelo competitivo, pues el mercado, por sí mismo, no siempre puede cumplir con los objetivos sociales y económicos socialmente pactados.

5. LA INTERVENCIÓN EXTRAORDINARIA Y LOS DECRETOS DE URGENCIA

Los decretos de urgencia en el Perú

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

Veremos a continuación las principales características que tienen en el ordenamiento peruano los decretos de urgencia.

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

2. *Requieren de un estado de necesidad como presupuesto fáctico habilitante*, que obliga a una acción normativa inmediata que es incompatible con el tiempo que demanda el trámite normal de las leyes («medidas extraordinarias», «cuando así lo requiera el interés nacional»). En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional en el caso «Roberto Nesta», Expediente 008-2003-AI/TC, 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, en la Doctrina se considera que es indispensable para que pueda reconocerse la validez de un decreto de urgencia que tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos. 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. 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).

Asimismo, el Poder Ejecutivo no está habilitado para incluir en el decreto de urgencia cualquier género de disposiciones 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 (Ariño, 1993, p. 395). En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano denomina a este criterio como el de «conexidad» en el fundamento 4 de la sentencia pronunciada el 6 de junio de 2005, en el Expediente 17-2004-AI/TC, caso «Hugo Norberto Bravo Cotos».

3. *Su materia es económica y financiera.* En ese sentido, las medidas extraordinarias deben dirigirse a enfrentar riesgos que afecten la economía del país o las finanzas públicas. Constituye un ámbito material muy amplio, aun cuando la Norma Suprema prevé algunos cerrojos que, a nuestro juicio, impiden la utilización por el Poder Ejecutivo de estos decretos de urgencia en materias en las que está prevista reserva de ley: 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)³; el establecimiento temporal de restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por razón de seguridad nacional (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); la determinación de la aplicación de concurso público para la contratación de servicios y proyectos del Estado, que corresponde a la Ley de Presupuesto (artículo 76); el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades de los concursos públicos para la contratación de servicios y proyectos, que corresponde a la ley; la Ley de Presupuesto «que anualmente aprueba el Congreso» (artículo 77); los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas que «se tramitan ante

³ 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.

el Congreso tal como la Ley de Presupuesto» (artículo 78); y las obligaciones y los 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 en que modifiquen la Ley de Presupuesto. En cambio, sí los consideramos viables para disponer operaciones de emergencia en materia de endeudamiento externo e interno, dado que la Constitución no prevé una reserva legal expresa en su artículo 75. En materia referente a la autorización por ley al Banco Central de Reserva 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 transitorio, 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 causa del acto, si existió una auténtica urgencia, las razones por las cuales fue imposible superar la situación por medio del procedimiento parlamentario y la necesidad de que la medida sea tomada de forma inmediata (Ventura, 2004, p. 554)⁴.

5. *Son de carácter extraordinario*, por lo cual son de naturaleza diferente a los decretos supremos ordinarios o normales que expide el Presidente de la República. En principio, deberían ser dictados ante circunstancias extraordinarias en las que esté de por medio la estabilidad económica y financiera del país. Como señala el Tribunal Constitucional 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

⁴ 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».

de urgencia en base a una interpretación laxa que los ha convertido en un instrumento normativo para la ejecución de los programas gubernamentales.

6. *Son de carácter transitorio.* Siendo el hecho que motiva el decreto un evento extraordinario, temporal y grave, una vez solucionada su causa, lógico es que la disposición se extinga. No tienen entonces vocación de permanencia, puesto que su finalidad no es legislar, sino suspender o modificar transitoriamente cierta legislación. La naturaleza temporal se pone de manifiesto por tratarse solo de medidas; no constituyen leyes aunque produzcan el mismo efecto. El punto de vista contrario equivaldría a permitir una potestad legislativa paralela, incompatible con el Estado de Derecho.

El carácter transitorio no está exento de problemas de aplicación, por cuanto la Constitución no establece ningún límite temporal, por lo que puede dar lugar a que se entienda que los decretos de urgencia pueden durar indefinidamente. 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).

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.

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.

La Carta de 1993 no prevé un procedimiento de control *ex post facto* de los decretos de urgencia. Como señala Bernales (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.

Cabe señalar que, en nuestra opinión, la ley que modifique o derogue un decreto de urgencia no debería ser materia de observación por el Presidente de la República, por cuanto se quebrantaría el principio de separación de poderes, que constituye el pilar fundamental del Estado de derecho, previsto en el artículo 43 de la Norma Suprema.

8. *Están sujetos a control jurisdiccional.* En el ordenamiento peruano pueden ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, conforme al inciso 4 del artículo 200, mediante el proceso constitucional de inconstitucionalidad. Asimismo, los jueces están facultados a ejercer el control difuso de constitucionalidad, al amparo del artículo 138 de la Norma Suprema que prevé que «en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma inferior».

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, el control judicial debe ser de plena jurisdicción. Esto 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 e interés nacional habilitante para el ejercicio de la potestad presidencial, del trámite de su expedición, así como de la razonabilidad de la medida.

En ese orden de ideas, en el caso «Nesta», el Tribunal Constitucional peruano 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 Tribunal, al ejercer el control de constitucionalidad, desarrolló un test de proporcionalidad. Así, sostuvo:

[...]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).

9. *Tienen rango de ley y fuerza de ley.* La Norma Suprema reconoce en el inciso 19 del artículo 118 que los decretos de urgencia tienen fuerza de ley.

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 en 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 pueden ser derogados por otro decreto de necesidad y urgencia o por una ley. Asimismo, los decretos de urgencia tienen rango de ley, en función a su impugnabilidad mediante la acción de inconstitucionalidad, conforme al artículo 200, inciso 4 de la Constitución.

6. LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA

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

Si bien la planificación puede aplicarse a cualquier tipo de acciones y 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, pues, la planificación es una forma de actuación del Estado en economía, y esto es lo que nos interesa poner en relieve. Es una técnica que se distingue de otras dos formas de intervención: la que corresponde 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 el mercado es necesario para perfilar el sentido que hoy tiene en nuestra Constitución, que diferencia entre una planificación central

—típica de los llamados países socialistas y hoy prácticamente desaparecida— y 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 económico⁵.

Para Óscar de Juan, la planificación es una técnica de intervención pública en la economía y con ella «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» (De Juan Asenjo, 1984, p. 217). Holland afirma que una sociedad democrática que garantice fines básicos de bienestar, tales como el pleno empleo, la distribución equitativa del ingreso y los servicios sociales generalizados, requiere del control estratégico de la asignación de los recursos a través de la planificación (Holland, 1987, p. 87).

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

Esas distintas fórmulas jurídicas están sujetas a límites y controles. El más importante de los límites, más aun 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 y limitan 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

⁵ 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 concilie el respeto a la libertad y a la iniciativa individual con una orientación común del desarrollo.

ejercicio de su titularidad se derivan un conjunto de normas y valores que deben ser respetados. Tal es el caso de la autonomía negocial, que en ocasiones puede contraponerse a decisiones coactivas de la autoridad que derivan de la propia planificación, y que trae a consideración el problema de en qué medida puede sustituirse como expresión de la libertad económica en el ámbito de una economía 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, esto es, 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. 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, se adoptan usualmente fórmulas de difícil catalogación, 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 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; es más, Óscar de Juan Asenjo señala que la actividad pública de dirección del proceso económico que se instrumenta en programas y medidas de política macroeconómica constituye una incógnita constitucional, pues ello es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, quien lo ha acaparado aduciendo razones técnicas pues, argumenta, se requiere de unos conocimientos y de una celeridad de los que no gozan otras instituciones nacionales (De Juan Asenjo, 1984, pp. 218-219).

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

no se puede dejar 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, fundamentalmente 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 *lobbys* que los caracterizan.

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.

El texto original de la Constitución de 1993 guardó un silencio explicable en materia de planificación si se toma en cuenta las ideas prevalecientes en el ámbito económico y que dieron lugar a que la Constitución únicamente declare en su artículo 58 que el Estado «orienta el desarrollo del país». Por cierto, al estipularse de esa manera, no es que el Estado dejara de tener importancia en lo económico, pues siguió teniendo importante intervención normativa y hasta empresarial, a pesar de los procesos de privatización llevados a cabo en la década de 1990. Y en el ámbito de la gran empresa hizo uso muy extenso de contratos-ley, dando garantías y seguridades de acuerdo al artículo 62 de la Constitución, lo que se constituyó en una forma indirecta de planificación económica.

En materia de descentralización, el artículo 192, tras la reforma constitucional de 2002, establece que: «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo». En su inciso 2 se asigna como competencia de los gobiernos regionales la planificación regional: «Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil». En esa misma dirección, la reforma constitucional del artículo 195 estableció que: «Los gobiernos locales promueven el desarrollo y 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 convierte al propietario de terrenos en un agente colaborador de la Administración, imponiéndole incluso contra su voluntad el ejercicio de una actividad económica, lo que desnaturaliza el viejo núcleo esencial del derecho de propiedad hasta su último reducto, el cual 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. Se decide la liquidación del Instituto Nacional de Planificación en junio de 1992. Se genera así una de las manifestaciones más críticas del deterioro del sector público en el Perú: la pérdida de su capacidad para orientar el desarrollo. Con ello se perdió el conocimiento acumulado a lo largo de tres décadas para preparar proyectos y formular planes y programas de inversión y acción gubernamental en prácticamente todos los sectores de la Administración Pública (Sagasti, Patrón, Hernández & Lynch, 1999, p. 137).

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

El Estado busca contar con un Sistema Nacional de Planeamiento que busque en una etapa inicial el fortalecimiento institucional y la modernización del Estado. Señala el artículo 1º 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 Centro Nacional de Planeamiento Estratégico-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 el dispositivo. Este dispositivo trata 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.

CAPÍTULO IX

LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. LA LIBERTAD ECONÓMICA: ENCUADRE JURÍDICO

La libertad económica es, sin discusión, uno de los grandes principios de orden económico de la civilización occidental y jurídicamente inspira todo el derecho patrimonial. Es, además, uno de los fundamentos más invocados por las «constituciones económicas» modernas y así lo ha sido también en las constituciones peruanas. «La libertad económica es, sin duda alguna, la fórmula actualizada de la libertad de comercio e industria, cuyo reconocimiento generalizado arranca también de la Revolución Francesa. En definitiva en cuanto constituye una expresión más del derecho de libertad» (Martín-Retortillo, 1988, pp. 125-126).

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

Resulta fundamental el estudio de la libertad de empresa, pues en ella se sustenta la consecución de uno de los objetivos asignados al sistema económico por la Constitución vigente: la defensa de la competencia económica —entre empresas en particular y agentes económicos en general— como vía adecuada

para el logro de mejoras en el nivel de vida de los ciudadanos. Como se tendrá ocasión de apreciar, esa libertad no es absoluta, pues el texto constitucional vigente habilita a los poderes Ejecutivo y Legislativo a intervenir con el propósito de «garantizar, frente a los abusos en el ejercicio de la libertad cometidos por los particulares, la supervivencia de un sistema económico de mercado orientado al interés público» (Viciano, 1995, p. 27) en el marco de la economía social de mercado. Este es el marco en el que se edifica y fortalece el Estado democrático y social de derecho, para recuperar el objetivo consensuado que estuvo incorporado en el artículo 4 de la Constitución de 1979 y que la Carta de 1993 había querido desterrar.

Nuestros textos constitucionales han reconocido históricamente el derecho individual a ejercer actividades económicas, asumiendo que ello repercutirá en beneficio de la sociedad, que será compatible con el interés público y que traerá bienestar a los ciudadanos. Y como bien dice Viciano: «Este difícil y complicado balance —que busca el bienestar general a través del interés particular— requiere de intervención que evite los abusos del ejercicio individual de los derechos y que oriente la actuación de los particulares hacia el bienestar de la colectividad, pero sin impedir de forma innecesaria el ejercicio individual de la libertad de empresa» (Viciano, 1995, p. 28).

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA: NATURALEZA DEL DERECHO

Por la ubicación y contenido que la Constitución vigente da a la libre iniciativa —que se confunde con la libertad de empresa—, esta tiene el carácter de derecho fundamental. En efecto, en su capítulo sobre Principios Generales, dice en su primer artículo, el 58: «La iniciativa privada es libre», y en el inciso 17 de su artículo 2, que toda persona tiene derecho «a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación». Igual decía la Constitución de 1979 en sus artículos 115 y 2.16. De otro lado, la Constitución de 1979, en su artículo 131, decía que «El Estado reconoce la libertad de comercio e industria»; mientras que la de 1993, en su artículo 59, que el Estado garantizaba «la libertad de empresa, comercio e industria».

La Doctrina acepta que «todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la realidad» (Castillo, 2002, p. 40). Ello significa

que no solo se debe reconocer en los derechos fundamentales una dimensión subjetiva, es decir un conjunto de facultades de hacer por parte de su titular; sino además reconocer una dimensión objetiva, que es la obligación del Estado de favorecer el ejercicio pleno de aquellas. Esta dimensión objetiva no habilita a cualquier tipo de intervención, sino a aquellas que son necesarias y adecuadas para la promoción y plena vigencia del derecho fundamental. De un lado, abstención estatal en cuanto se prohíbe su injerencia en la realización de determinadas facultades y, de otro lado, exigencia de esa intervención para favorecer el ejercicio pleno de esas facultades.

La libertad de empresa en cuanto auténtico derecho subjetivo es la base, el apoyo sobre el que se construye el sistema económico constitucional. El reconocimiento unánime que los textos constitucionales hacen a la libertad de trabajo, esto es, al derecho que tienen todos los ciudadanos para elegir la profesión o el oficio que deseen, comprende, justamente, el de actuar por cuenta propia, que será el supuesto elegido por el empresario. Y si a ese derecho a la libertad de trabajo se le adiciona el reconocimiento constitucional a la libre iniciativa de la persona en materia económica, nos encontramos con la libertad de emprender. De esto se deduce que para comprender a cabalidad los alcances del derecho fundamental que es la libertad de empresa, esta debe interpretarse de manera sistemática con otros preceptos constitucionales.

La ubicación en varios textos constitucionales del derecho a la libre iniciativa dentro del capítulo o la sección «Derechos Fundamentales», nos hace ver, en primer término, que se trata de un derecho de todos los ciudadanos, de un derecho subjetivo que el Estado y los poderes públicos tienen la obligación de respetar y garantizar para que sea real y efectivo. Como tal, se trata de una *pretensión* que se puede exigir a quien tiene el deber correspondiente de hacer posible que se actúe de acuerdo a ella¹. Lo que significa que el titular del derecho podrá acudir a los tribunales de justicia cuando otro sujeto, público o privado, lesione ese derecho.

En síntesis, el ciudadano o la persona jurídica que ejercite la libertad de empresa es titular de un derecho subjetivo con un status jurídicamente protegible frente a los tribunales. Se trata de un derecho constitucionalmente garantizado, cuya violación puede dar lugar a la correspondiente declaración de inconstitucionalidad o al ejercicio del control difuso de constitucionalidad por el juez al inaplicar la norma inconstitucional en el caso concreto, conforme al artículo 138 de la Constitución.

¹ Dice al respecto Justino Duque: «La formulación de los derechos fundamentales —ni en el campo económico ni en cualquier otro— no agota la tarea constitucional. Es preciso configurarlos como verdaderos derechos subjetivos, con exigencia de comportamiento concreto para los obligados en la relación jurídica frente a los titulares de los derechos» (1997, p. 52).

Pero la libertad de empresa tiene también una indesligable dimensión institucional. En efecto, no existe sin una regulación pro mercado, entendida como aquella destinada a generar riqueza y a distribuirla de manera equilibrada, a eliminar externalidades y a servir al consumidor. Esa regulación está destinada, como es obvio, a garantizar el funcionamiento de los mercados, a supervisarlos para evitar que el Estado tenga una intervención directa y quizá distorsionadora sobre los mismos. De esta manera, el contenido de la libertad de empresa «debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados» (Viciano, 1995, p. 119), y ello es justamente lo que justifica las intervenciones normativas que limitan a esa libertad, sin transgredir por cierto su contenido esencial.

En efecto, la protección del mercado defiende la libertad de empresa desde una perspectiva dinámica, ya que la libertad de cada agente económico se consigue en relación con los demás, nunca aislada. Y «los demás» no son solo los que ya están, sino también los potenciales que deseen entrar al mercado, «ya que la libertad de empresa, como derecho fundamental, actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y en su salida» (Soriano, 1998, p. 97).

Ahora bien, la libertad de empresa, como derecho fundamental que es, debe entenderse y apreciarse dentro de un conjunto de principios que tienen valor prevalente en la Constitución, como son los consagrados al derecho de propiedad, la libertad contractual, la libre elección del trabajo, etcétera. Se trata de un derecho público subjetivo, no ilimitado, que debe ser regulado en su ejercicio de modo que cumpla con las condiciones que la propia Constitución le impone.

De lo anterior se deduce que resulta conveniente la existencia de un marco regulador, sin el cual es harto difícil que se desarrolle la actividad privada de carácter económico con estabilidad, equilibrio y seguridad, y que suele expresarse no solo a través de leyes, sino también de licencias, autorizaciones y declaraciones de diverso tipo. Es importante determinar el alcance y profundidad de estas acciones, pues no deben nunca debilitar ni desnaturalizar el contenido esencial del derecho.

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA: SU CONTENIDO ESENCIAL

El contenido esencial es aquella parte sin la cual el derecho pierde su peculiaridad, ineludiblemente necesaria para permitir a su titular la satisfacción de aquellos intereses que justamente ese derecho le otorga².

² Eso es lo que ha señalado el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/81 del 8 de abril de 1981: «Se entiende por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como

Para determinar entonces el contenido esencial de la libre empresa, debemos preguntarnos cuáles son las facultades concretas, propias del empresario, que constituyen su núcleo indestructible. La Doctrina es prácticamente unánime al señalar los siguientes ámbitos o aspectos esenciales:

- (i) La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado.
- (ii) La libertad de organización.
- (iii) La libertad de competencia.
- (iv) La libertad para cesar las actividades.

De la sola lectura de los aspectos que conforman su contenido esencial, apreciamos que la libertad de empresa, como derecho fundamental, actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y solidez, pues es a todo el ciclo al que se protege. No basta pues con la protección de un solo momento si en las demás fases de realización el ejercicio mismo de esa libertad está impedido (Soriano, 1998, p. 97). Es por ello que la libertad de empresa se convierte en la base del sistema económico constitucionalizado, de la economía de mercado, y a su vez soporte de otras libertades fundamentales. Si su ejercicio es regulado de manera adecuada, generará sus resultados y solo entonces, posteriormente, puede dar lugar a correcciones en virtud de objetivos que tienen que ver con el propio mantenimiento del sistema económico constitucionalizado —u orden público económico— y con la justicia social; por razones de coherencia y eficacia no debe intervenir *ex-ante*.

Veamos el primer aspecto, la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado, que no es otra que la de emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. Por esta libertad de creación debe entenderse tanto la creación propiamente dicha como la adquisición del poder de decisión en una empresa. Por tanto, cualquier persona natural o jurídica «que reúna los requisitos legales necesarios puede crear empresas y tiene derecho de establecimiento en cualquier sector económico, sin que quepan prohibiciones o autorizaciones puramente discrecionales de la Administración» (Rojo, citado por Ariño, 2004, p. 85). Nuestra Constitución vigente, en el primer párrafo de su artículo 60, señala que el Estado garantiza el pluralismo económico. Este pluralismo es entendido como la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, y afirma que en ello se sustenta

derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga».

la economía nacional. Así, pues, la libertad de los empresarios en el Perú está garantizada cualquiera sea el tipo de empresa o de sociedad mercantil que escojan para sus actividades.

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

Otra es la situación cuando se exigen condiciones subjetivas de admisión para acceder al mercado. Estas condiciones van desde la exigencia de títulos profesionales a diversos grados de solvencia financiera y calidades técnicas. Cuando se trata de obras públicas de magnitud, más aún cuando son financiadas con créditos provenientes de organismos internacionales o de determinados países, la libertad de empresa puede quedar gravemente maltrecha si solo pueden participar en concursos o licitaciones las empresas del país prestamista o empresas con experiencia internacional.

Lo dicho no debe interpretarse como una crítica de carácter absoluto a la exigencia de determinados requerimientos; en muchas ocasiones están perfectamente justificados pues responden a la necesidad de resguardar el interés público, así como a proteger a consumidores y usuarios. Pero también se esgrimen con frecuencia motivos de seguridad, salud pública, calidad de servicio, etcétera, sin más razón que la protección estatal a determinadas empresas establecidas. Abundan ejemplos de todo tipo: desde abastecimiento de alimentos para escolares hasta venta de determinados productos en supermercados. El Estado suele ser un mal árbitro en el mercado; es mejor dejar a los intereses económicos contrapuestos que resuelvan los naturales e inevitables enfrentamientos mediante la leal competencia económica, teniendo presente la preferencia de los consumidores.

La libertad de organización es el segundo ámbito esencial. La elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o clase de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, crédito y seguros, contratación de personal, política publicitaria, etcétera, son elementos centrales en la organización empresarial. El empresario y sus colaboradores deciden sobre estos temas; esa elección es, además, parte de la libertad creadora y de la libre iniciativa. La simple mención de esas materias nos hace apreciar de inmediato que se encuentran casi todas parcialmente limitadas por normas diversas, las que son legítimas mientras respeten el derecho del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto

de regulación. Así, por ejemplo, hay condicionantes urbanísticos y ambientales perfectamente razonables y normas que prohíben la publicidad engañosa que no son contrarias al contenido esencial de la libertad de empresa. De otro lado, existen sectores que por su propia naturaleza —producción de energía y hospitales, por ejemplo— están sometidos a una reglamentación administrativa mucho más estricta, que se acrecienta si se trata de servicios públicos.

El artículo 29 de la Constitución vigente declara que: «El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación». Este mandato constitucional debe, por las experiencias anteriores en el Perú, ser motivo de una legislación justa y ponderada; de lo contrario, se alterará sin remedio el contenido esencial de la libertad de empresa con graves consecuencias para el desarrollo del país y se contribuirá a seguir debilitando al empresariado nacional.

La participación de los trabajadores, conforme al artículo 29, puede desarrollarse en diversas formas: desde la participación en las utilidades, que a nuestro juicio es la más conveniente y viable y que debería vincularse a la elevación de la productividad, hasta la participación en la gestión. Esta última es considerada como la de mayor significado y contenido en el conjunto de las relaciones laborales. Empero, al introducir mecanismos de intervención de los trabajadores en la gestión se rompe el monopolio del titular de la organización empresarial, con resultados negativos en la experiencia peruana.

La libertad de competencia es el tercer ámbito esencial. No cabe dudar de su significativa importancia para comprender las facultades inderogables del empresario y las características del sistema económico; de ahí su inclusión justificada dentro del contenido esencial de aquella. La competencia no es solo un derecho, sino también una obligación en una economía de mercado. Se le regula y protege por considerarla fundamental al sistema y beneficiosa para los empresarios, consumidores y la sociedad en su conjunto. Entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando la Constitución dice que la iniciativa es libre, que se ejerce en una economía de mercado (artículo 58) y se garantiza la libertad de empresa (artículo 59); y explícita cuando señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio (artículo 61), tema que se tratará con detenimiento en el siguiente capítulo.

La libertad de cese de la actividad es, finalmente, el último aspecto esencial. Resulta natural que quien crea una empresa la cierre en el momento que considere más oportuno, cuando considera, por ejemplo, que ya no cumple con el objeto y las expectativas con que fue creada. Esta formulación, en principio impecable, no es fácil de hacer realidad en la práctica, pues debe hacerse

mediante procedimientos jurídicos obligatorios dictados para protección de trabajadores, acreedores y terceros.

A la fecha existe un amplio debate sobre los objetivos y procedimientos del derecho concursal. Ese debate muestra que algunas opciones legislativas buscan privilegiar, de un lado, la conservación de la empresa en el mercado y los puestos de trabajo; mientras que otras se inclinan a la protección del crédito y la eficiencia del sistema financiero, lo que de alguna forma significa plantearse, dicho en forma extrema, si debe el Estado sustituir o no a la voluntad de los propietarios y acreedores sobre el futuro de la empresa. De hacerse así, se desdibujaría el contenido esencial de la libertad de empresa. En otras palabras, debido a las dificultades de aplicar una misma y única opción a situaciones distintas, se da una disyuntiva entre si debe existir un único sistema o si los propietarios o el empresario deben escoger entre diversas opciones, algunas de las cuales podrían estar enunciadas por la ley. En el Perú, la Ley General del Sistema Concursal 27809 ha sido recientemente modificada por el Decreto Legislativo 1050, el cual señala que su objetivo es «la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor». Los procedimientos concursales buscan crear un ambiente idóneo para la negociación entre acreedores y deudor que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración, o, en su defecto, su salida ordenada del mercado. El inicio e impulso del proceso corresponde a la parte interesada, y es subsidiaria la intervención de la autoridad administrativa, que es la Comisión de Procedimientos Concuriales del INDECOPI.

Cabe señalar que así como existe un contenido esencial irreductible y garantizado, existe otro no esencial constituido por aquellas libertades de menor entidad y que están referidas —lo hemos señalado ya— a formas empresariales, horarios, precios, fórmulas contractuales, etcétera. Estas, si bien forman parte de las opciones que se ejercen por la libertad de empresa, no tienen un contenido indisponible para los poderes públicos, aunque estos tampoco las pueden eliminar. En efecto, cada sector económico, región o mercado tiene un especial contenido no esencial que debe ser regulado bajo los principios de legalidad, predictibilidad y razonabilidad que deben regir la actuación pública y el derecho administrativo económico. Estas normas tienen una gran importancia en la vida empresarial, porque son justamente los parámetros que permiten cotidianamente apreciar si se respetan o no los derechos subjetivos concretos de los ciudadanos.

En resumen, «la libertad de empresa implica necesariamente un sistema económico en el que esté garantizada la libertad de acceso, la libertad de decisión,

es decir, la autonomía de la voluntad en materia organizadora, la libertad de competencia y la libertad de cese. Este conjunto de libertades forman lo que hemos denominado el contenido esencial abstracto de la libertad de empresa que, en todo caso, la actuación normativa de los poderes públicos debe garantizar» (Viciano, 1995, pp. 160-161).

4. LÍMITES A SU EJERCICIO

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

No es pues materia polémica el reconocimiento de las facultades que tiene el Estado para llevar a cabo una ordenación o regulación en materia económica, sino el alcance y la profundidad de la misma. A este respecto conviene señalar, en primer término, que las actuaciones concretas que la Administración puede llevar adelante constituyen un listado casi interminable, y que pueden tener carácter constitutivo para el nacimiento económico de una empresa —cuando por ejemplo se requiere de autorización para el ejercicio de determinadas actividades— como también de carácter interno sobre la propia organización. En verdad, las actuaciones concretas de la Administración se desarrollan a lo largo de toda la vida de la empresa en una muy amplia variedad de asuntos, mediante distintas técnicas y fórmulas, y pueden dar lugar a una relación de bilateralidad. En ocasiones la Administración, mediante normas de obligado cumplimiento, determina no ya el contenido de la relación entre ella y la empresa, sino que tal intervención se proyecta a las actuaciones *inter privatos* que ella realiza, como por ejemplo cuando determina precios o protege a los consumidores, pasando en cierta medida a ser parte de esas relaciones.

Los límites o condiciones de ejercicio de la libertad de empresa actúan en beneficio de otros intereses constitucionales que muchas veces se contraponen a los derechos subjetivos de los operadores económicos o de los empresarios que compiten entre sí. De esta forma, y como hemos ya visto, el propio texto constitucional introduce límites que influyen en el ejercicio de la libertad de empresa.

Esos límites, entendidos como condiciones para el desarrollo de la libertad de empresa, pueden clasificarse como intrínsecos o extrínsecos.

Los límites externos o limitaciones son aquellos que pueden ser también reconocidos por el propio texto constitucional y sirven para apreciar el alcance de la libertad de empresa; esto es, limitan la actuación individual. Están conformados, en su mayor parte, por cláusulas que habilitan la intervención de los poderes públicos, y deben utilizarse como excepción a los principios generales de libertad de empresa y libre competencia. Pueden incluirse dentro de ellas el concepto de Estado social, las reservas, la planificación y la protección de la salud, moral y seguridad públicas.

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

Muchas de las limitaciones y trabas al ejercicio de la libertad de empresa se originan en el ámbito municipal, aunque no creemos que sea este el único ni el más importante obstáculo. Para apreciarlo es preciso conocer las amplísimas funciones que tienen las municipalidades en virtud de su Ley Orgánica 27972, en el régimen de uso de la propiedad en armonía con el bien común (artículo 88); el destino de suelos urbanos (artículo 89); la construcción, reconstrucción, ampliación, modificación o reforma de cualquier inmueble (artículo 90); las limitaciones especiales para la conservación de zonas monumentales (artículo 91); las licencias de construcción (artículo 92); las facultades especiales sancionadoras de las municipalidades en materia urbanística y de revocación de licencias (artículo 93); y la expropiación con fines municipales (artículos 94 al 96).

Una de las áreas en las cuales se pueden apreciar con mayor claridad los límites y las trabas de tipo administrativo al ejercicio del derecho de la libertad de empresa es en la de acceso al mercado. En ella, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI —antes llamada Comisión de Acceso al Mercado— es un órgano que en los últimos años ha tenido una intensa actividad, haciendo una labor antes prácticamente desconocida que permite poner de relieve la medida en que, históricamente, el Estado peruano y su Administración no han tenido que dar cuenta precisa de sus actos y de sus abusos, lo que explica en parte nuestro siempre débil Estado de derecho. Esa comisión es la encargada de dar trámite a las denuncias iniciadas por las empresas que consideran que existe una norma —o un acto administrativo— emitida por un organismo público que constituye

una traba o barrera para el desarrollo de su actividad. La mayoría de procedimientos han sido iniciados contra municipalidades distritales y provinciales, cuestionando el cobro de tasas —arbitrios y licencias, principalmente— que presentaban características de ilegalidad por la forma en que fueron aprobadas, o que eran irracionales debido a que su importe no correspondía al servicio efectivamente brindado. Cabe anotar que nos estamos refiriendo a empresas que ya se encontraban compitiendo en el mercado, las cuales consideraron que el cobro de estas tasas afectaba su permanencia, y no por empresas que deseaban iniciar sus actividades económicas. Actualmente, cuando la barrera burocrática haya sido establecida por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general, la comisión puede pronunciarse y disponer su inaplicación al caso concreto. El Decreto Legislativo 1033, de junio del 2008, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, señala en su artículo 23 que «corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores». La resolución que emita la comisión puede ser impugnada a través de un recurso de apelación a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI.

5. EL TRATAMIENTO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN NACIONAL

a. El tratamiento constitucional y legal

No es un tema usual tratar en la Constitución a la inversión extranjera; esto es, definir en el texto de la Carta su status igual o diferente frente al capital nacional o transnacional. En nuestra historia constitucional, lo que ha sido común son las limitaciones a los extranjeros a poseer o a tener propiedad dentro de los cincuenta 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 y lo prevé actualmente el artículo 71 de la Constitución de 1993.

Sin embargo, en los textos constitucionales republicanos se han hecho otras referencias a la propiedad por parte de extranjeros; así, 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 repite el texto de 1856 (artículo 26), el de 1860 (artículo 28), el de 1867

(artículo 26), el de 1920 (artículo 39), el de 1933 (artículos 31 y 32), y el de 1979 (artículo 126). Finalmente, el texto actual señala 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 su segundo párrafo, el artículo 71 establece que: «Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en propiedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por Consejo de Ministros conforme a ley». El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 04966-2008, caso «Erasmus Mario Lombardi», pronunciada el 13 de abril de 2009, asume que la referida prohibición es una excepción a la regla general de igualdad de condiciones entre peruanos y extranjeros en materia de titularidad del derecho de propiedad (fundamento 5). Asimismo, afirma que comprende cualquier predio, rural como urbano, por: (i) la preservación del bien constitucional «Seguridad Nacional»; (ii) la expresión por «título alguno» (fundamento 6).

En el artículo 63 de la Constitución vigente se 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».

La Doctrina nacional considera, frente al control y restricción al capital extranjero ocurridos bajo la Constitución de 1979, 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, si no imposible, su control y la determinación de su lugar de origen (Rubio, 1999, pp. 303-304).

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 además porque obliga al Estado a actuar encasilladamente 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 antes citado artículo 63 constituye uno de los puntos más discutidos y polémicos del régimen económico de la Constitución 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.

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, no distinguiendo entre bienes de producción y bienes de consumo. Y 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 su conveniencia o no.

A todo ello debe agregarse la disposición contenida en el artículo 64 de la Constitución, relacionado 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, y que trataremos más extensamente en el capítulo correspondiente a la moneda y 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 define la inversión extranjera en términos genéricos como aquella que proviene del exterior y que se realiza en actividades económicas generadoras de renta. Estas disposiciones han sido modificadas por la Ley 27342. Esos decretos legislativos prevén que los inversionistas extranjeros pueden acceder a determinados beneficios mediante la celebración de convenios de estabilidad jurídica³.

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

³ 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 diversos derechos a todo inversionista, sea nacional o extranjero.

nacional, con sujeción en su caso a los convenios internacionales sobre la materia. En su segundo párrafo, el artículo 5 de la precitada 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 éste, adoptar medidas análogas».

El Tribunal Constitucional, en sentencia pronunciada el 13 de julio de 2007, Expediente 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, 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 y que deben además 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 Tribunal Constitucional afirmó este principio de reciprocidad en la mencionada declaración del artículo 63, que faculta al Estado a adoptar medidas análogas si otro país adopta medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen a la inversión nacional.

b. Las excepciones al sometimiento a la jurisdicción nacional

La Carta de 1993, en el tercer párrafo de su artículo 63, regula el sometimiento jurisdiccional de los contratos firmados por el Estado y otras personas de derecho público con extranjeros, habilitando la jurisdicción arbitral al prever que: «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 o internacional en la forma en que disponga la ley».

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 consolida los mecanismos de protección jurídica de las inversiones en el marco de un derecho globalista que diluye el concepto de soberanía estatal.

En ese orden de ideas, la transformación de la soberanía del Estado en soberanía relativa ha permitido distinguir una doble competencia: *juri imperi* y *juri gestionis*. En el primer supuesto, el Estado actúa dentro del marco de sus facultades soberanas, y dentro del segundo acepta renunciar a su posición soberana para convertirse en un comerciante.

Así, si bien se declara en el segundo párrafo del artículo 63 de la Constitución la regla del sometimiento a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República, en la parte final del tercer párrafo del mismo artículo se faculta someter las controversias del Estado y las demás personas de derecho público derivadas de relación contractual no solo a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor —como se previó excepcionalmente en la Carta de 1979—, sino también a arbitraje nacional e internacional, en la forma en que lo disponga la ley .

Cabe subrayar que en tanto el artículo 62 del texto constitucional autoriza el acceso de la jurisdicción arbitral «según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley», el artículo 63 habilita al Estado y a las demás personas de derecho público para que puedan someter las controversias derivadas de relación contractual al arbitraje nacional o internacional «en la forma en que lo disponga la ley».

La inconsistencia de la redacción del artículo 63 obligaría a reestructurarlo. En ese orden de ideas, consideramos que carece de sentido mantener como regla general el sometimiento a la jurisdicción nacional, por cuanto en los términos del precitado artículo 63 esta regla solo se aplica a los contratos con extranjeros domiciliados, que no sean de carácter financiero (Rubio, 1999, p. 313).

c. Los tratados bilaterales de inversión (BIT) y la protección a los inversionistas contra la expropiación indirecta

Los denominados Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs, siglas en inglés que corresponden a *Bilateral Investment Treaties*) constituyen un entramado normativo de protección a la inversión transnacional y 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, 2006, p. 32). Como señala Carbajal, las reglas de derecho internacional garantizan la armonización y liberalización de los marcos legales nacionales, incluyendo estándares internacionales mínimos como los principios de «trato justo y equitativo», «principio de no discriminación» y «prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias» (Carbajal, 2004, p. 196).

En el marco de excepción a la jurisdicción nacional prevista en la Carta 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 de Inversiones (MIGA) del Banco Mundial.

Asimismo, durante el periodo del Poder Ejecutivo *de facto*, mediante el Decreto Ley 25809, publicado el 1 de noviembre de 1992, se aprobó el Convenio sobre Incentivos para las Inversiones del *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América.

OPIC es una agencia gubernamental estadounidense que opera como aseguradora de «riesgos políticos», tales como:

- Inconvertibilidad o imposibilidad de repatriar utilidades, que incluye tipos de cambio discriminatorio;
- Expropiación, que incluye interferencias progresivas en el derecho de propiedad conducentes a una expropiación; y
- Guerra exterior, guerra civil e insurrección, así como actos de terrorismo y sabotaje vinculados a aquellos (Amado, 1991, p. 28).

Para lograr la cobertura del convenio OPIC hay que cumplir dos requisitos: (i) ser ciudadano estadounidense o ser una sociedad creada bajo las leyes de dicho país y que sea de propiedad mayoritaria de estadounidenses o una sociedad constituida en el extranjero, pero de propiedad de ciudadanos estadounidenses, y (ii) que el Estado receptor de la inversión sea parte del convenio OPIC y acepte la cobertura (Cantuarias Salaverry, 2007, p. 887).

La *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) es una dependencia del Banco Mundial, con autonomía jurídica y financiera, que actúa como foro para la cooperación internacional en materia de inversiones. Los riesgos que cubre son:

- 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.
- Opcionalmente, otros riesgos no comerciales, a excepción del riesgo de devaluación monetaria.

Las condiciones para acceder al MIGA son: (i) tanto el Estado receptor de la inversión como el Estado del cual el inversionista es su nacional debe ser

parte del convenio MIGA; (ii) solo cubre inversiones directas (por ejemplo, aportes al capital social o préstamos a mediano y largo plazo) y no de portafolio, además que solo garantiza aquellas inversiones que se realicen en países en desarrollo; (iii) si el inversionista es persona natural, debe ser nacional de un Estado miembro distinto de aquel que recibe la inversión y, si es una persona jurídica, deberá haberse constituido y tener su sede de negocios en un país miembro o la mayoría de su capital deberá ser de propiedad de uno o más países miembros o de nacionales del país miembro o de los Estados miembros, a condición de que en ninguno de estos supuestos se trate del Estado receptor de la inversión y, además, deberá funcionar en términos comerciales; y (iv) que el país receptor acepte la cobertura (Cantuarias Salaverry, 2007, p. 888).

El primer antecedente histórico en materia de arbitraje bajo los tratados de inversión ha sido el Convenio de Washington, denominado Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado el 18 de marzo de 1965. En sus inicios, los países receptores de inversión, como el Perú, fueron renuentes a su ratificación pero paulatinamente se han adherido a este convenio. La República del Perú lo hizo mediante Resolución Legislativa 26210, publicada el 10 de julio de 1993. Así, es viable 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 BITs celebrados por el Perú, o en caso resulten de aplicación las disposiciones de los convenios relacionados con el MIGA o el OPIC. El convenio y sus tribunales arbitrales son actualmente el más importante instrumento para la solución de conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros⁴.

En materia de expropiación, a diferencia de nuestro derecho, en el sistema estadounidense esta no se restringe a un tipo específico de privación de la propiedad por el Estado, declarado por ley y previo pago de una indemnización justipreciada, tal como lo prevé el artículo 70 de nuestra Constitución. En el derecho constitucional estadounidense se admiten dentro del concepto de *takings* otras modalidades de afectación del derecho de propiedad con efecto equivalente a la expropiación.

En dirección similar, en el derecho internacional viene siendo acogido el concepto de la «expropiación indirecta». Así, se conceptúa que la expropiación indirecta, al establecer que la garantía contra la expropiación no se restringe únicamente a los casos de adquisición forzosa por parte de un Estado de la

⁴ 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».

propiedad privada, sino que también incluye aquellos actos del Estado que tengan el efecto de quitar a los privados 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 por parte de extranjeros de su propiedad (Amado & Amiel, 2005, p. 62).

Como precisa la doctrina, el test para determinar si las medidas de gobierno constituyen expropiación debe analizar si interfieren con las expectativas legítimas del inversionista de que el Estado cumpliría con las garantías para atraer su inversión y lo privan del uso o goce de la misma (Redfern, Hunter, Blackaby & Partasides, 2006, p. 670).

El estándar de compensación en los tratados de inversión se conoce como «fórmula Hull», llamada así en honor de Cordell Hull, quien declaró en una controversia entre Estados Unidos y México, con relación a una expropiación de yacimientos petrolíferos, que conforme al derecho internacional, México debía abonar una compensación «pronta, adecuada y oportuna» (p. 671).

No cabe duda de que el derecho internacional viene evolucionado en la dirección de un derecho globalista de protección de los derechos de los inversores. La mayoría de los tratados bilaterales de inversión se refieren a 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 BITs, por ejemplo, la soberanía de los Estados para adoptar medidas de emergencia económica, que son extraordinarias por naturaleza. Así, el proceso de globalización no solo exige un movimiento fluido de bienes y servicios, sino también está imponiendo un orden público económico transnacional cuya función última es la protección de las inversiones realizadas por empresas transnacionales⁵. Los laudos arbitrales del CIADI demuestran el predominio de un derecho internacional globalista que recorta la soberanía de los Estados.

⁵ Como señala Carbajal (2004, pp. 90-91), el proyecto de acuerdo multilateral de inversiones que empezó a negociarse entre diversos países pertenecientes a la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) ha sido objeto de críticas de determinados sectores de la sociedad civil y de algunos gobiernos nacionales por el hecho de que no autorizaba la adopción de medidas de regulación de la inversión extranjera directa como, por ejemplo, de protección del ambiente.

CAPÍTULO X

LA COMPETENCIA ECONÓMICA

1. INTRODUCCIÓN

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

Porque «todo el sistema jurídico del derecho de la competencia, visto desde la perspectiva del derecho público, no consiste en otra cosa que en llevar los derechos fundamentales al propio seno de la sociedad civil y muy especialmente al principio y derecho de igualdad. No es cierto que los derechos fundamentales sean ya derechos solamente contra el poder. También pueden ser violados dentro de la propia sociedad civil. Y ahí, precisamente, aparecen las reglas de la competencia» (Suárez Llanos, 1989, p. 37). Su naturaleza es de orden público-económico y su carácter de freno y limitación de descontroles, a la vez que orientador de las conductas de los agentes económicos. Es falso que el mercado pueda cuidarse a sí mismo. Un sistema económico abandonado a sí mismo destruiría la competencia.

De ahí surge la afirmación: «el mercado exige Estado». Debe este cuidar que exista y que se perpetúe. Si el mercado se cuidara a sí mismo acabaría en un caos en el cual las conductas anárquicas o las que solo buscan el privilegio personal terminarían imponiéndose, derogando implícitamente el principio y mandato constitucional de igualdad. Y es así que la regulación en esta materia no solo debe ser pro mercado, sino encauzarse bajo el imperio del «Estado de derecho», lejos de la arbitrariedad y el subjetivismo, con aplicación de los principios de legalidad, responsabilidad administrativa y protección jurisdiccional de los derechos. De lo contrario, el Estado terminaría recortando o suprimiendo libertades y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Para comprender a cabalidad la motivación y extensión de la protección constitucional y legal de la competencia económica, es preciso reconocer las profundas, recíprocas y vigentes conexiones e influencias entre el derecho y la economía en las sociedades modernas. Recordar, a su vez, que la libertad de competencia y el aprovechamiento de los bienes económicos se encuentran normados por el derecho. Tal como veremos, el derecho de los ciudadanos a satisfacer un interés legítimo, como es el de acceder al mercado y competir, deberá ajustarse no solo a satisfacer ese interés, sino también a cumplir con el deber de no abusar de esa libertad que la Constitución y las leyes le otorgan.

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

La libertad de competencia es una facultad inderogable del empresario y motor del sistema económico de mercado. No es solo un derecho, sino también una obligación, que entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita. Es implícita cuando en su artículo 58 señala que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía social de mercado, y en el artículo 59 garantiza la libertad de empresa; y explícita cuando en su artículo 61 afirma que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio.

Se trata de una libertad integrada tanto por las denominadas libertades económicas (establecimiento y circulación de bienes, capitales y personas), como por las jurídicas (la contractual, por ejemplo); esto es, libertad de iniciativa

y de organización y, a su vez, manifestación de la autonomía de la voluntad contractual.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia pronunciada el 11 de noviembre de 2003, correspondiente al Expediente 0008-2003-AI/TC, en el caso de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001, afirmó en el fundamento jurídico 33 que la libre competencia y las demás libertades patrimoniales consagradas en la Constitución y ejercitadas en el seno del mercado presuponen tres requisitos:

- a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.
- b) La autodeterminación para elegir la circunstancia, modo y forma de ejercitar la actividad económica.
- c) La igualdad de los competidores ante la ley.

2. CONCURRENCIA, COMPETENCIA Y MERCADO

a. La competencia económica como contenido esencial la libertad de empresa

Nociones de concurrencia y competencia

Empleamos con frecuencia y en variados sentidos la palabra competencia, pero siempre conlleva la idea de lucha y de esfuerzo frente a otros e, implícitamente, de ganancia o de pérdida, de victoria o de derrota, de riesgo, de obstáculos a superar en un mundo cambiante que exige y que plantea retos y demandas que es necesario enfrentar. Por duro que sea, en las sociedades regidas con diversa intensidad por el capitalismo y la democracia representativa, quien no compite, o lo hace mal, pierde estima socialmente.

Es preciso tener presente que competencia y concurrencia no son conceptos iguales ni expresan lo mismo. Concurrencia, en términos económicos y jurídicos, es la junta de varias personas o empresas en el mercado, el poder o facultad de acudir a este. Tiene una connotación cercana a la de acceso al mercado. Competencia es oposición, rivalidad, lucha en el mercado entre dos o más que a él acuden, o que ya están ahí. Mientras la concurrencia hace referencia entonces a la pluralidad de empresarios oferentes de bienes o servicios en el mercado, competencia significa rivalidad entre ellos.

Desde el punto de vista de la concurrencia y el acceso al mercado, es pertinente recordar los actos de limitación (o de policía) para poder concurrir o acceder, los cuales constituyen un instrumento poderoso del accionar administrativo. Pueden ser muy diversos y en unión con las políticas de fomento (incentivos

fiscales, préstamos preferenciales, etcétera) forman parte de los instrumentos de intervención del Estado en la economía.

Daño concurrencial

Como bien señala Baylos, el régimen de competencia está basado en la licitud del daño concurrencial, pues «es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes» (Baylos, 1978, p. 228). Dice ese autor que, en el desarrollo de la pretensión de cada empresario de captar para sí un comprador, no solo aspira a realizar una transacción comercial, sino que persigue conservar a ese comprador concreto como cliente de su empresa pensando en futuras compras.

Competencia prohibida

La competencia ilícita tiene dos manifestaciones: la competencia prohibida y la competencia desleal, sobre la cual trataremos más adelante. En la competencia prohibida existe la obligación legal de abstenerse; esto es, los agentes económicos no pueden desarrollar una actividad concreta, sea por mandato de la ley o por un contrato. Lo ilícito, entonces, resulta ser la concurrencia al mercado. Ocurre ello cuando por ley se crean monopolios estatales (lo que no es posible de acuerdo a la actual Constitución según su artículo 61, pero que ocurrió con frecuencia anteriormente); también, cuando la administración otorga concesiones en exclusividad, usualmente referidas a servicios públicos; o cuando se imponen determinados requisitos para el ejercicio de una profesión, entre otros casos.

La obligación de abstenerse de participar en una actividad económica puede también tener origen en un convenio, como es el caso de algunos contratos de distribución o de licencia, en virtud de los cuales una de las partes debe abstenerse de competir para garantizar el cumplimiento de la obligación principal. Por ejemplo, en el contrato de cesión de empresa normalmente se establece la obligación del cedente de abstenerse de ejercer la misma actividad económica que constituye el objeto de la empresa cedida, al menos en el habitual territorio bajo su influencia, con el objeto de que el transmitente no obstaculice la obtención de nueva clientela por parte del adquirente.

En la competencia desleal, en cambio, la actividad es en sí misma lícita y permisible, y está únicamente prohibido ejercerla por determinados medios reprobables que la ley castiga.

Noción de mercado y mercado relevante

Mercado, al igual que competencia, es un término extraído de la ciencia económica. Se utiliza generalmente como lugar de encuentro entre la oferta y la demanda respecto a una determinada mercancía o servicio; lugar en el cual los consumidores se hacen clientes, esporádicos o permanentes, de algún vendedor de mercancías o de servicios. Su funcionamiento es apolítico y sin referencia a valores morales. El mercado es un mecanismo de información y en esa dimensión técnica resulta neutral —ni solidario, ni insolidario—. El funcionamiento del mercado exige una determinada estructura política y jurídica; esto es, una serie de presupuestos institucionales ofrecidos por el derecho privado, civil y mercantil: libre determinación de los factores productivos, libertad de acceso, libertad de contratación, libre competencia, libertad de apropiación del beneficio empresarial, libertad de los consumidores, etcétera. Estos presupuestos, como la realidad nos muestra cotidianamente, no se suelen dar con plenitud sino a través de un modelo de competencia imperfecta que, en ocasiones, obliga a una acción correctora por parte del Estado, lo que da lugar a un intervencionismo administrativo y a la aplicación de sanciones previstas en el derecho de la competencia y a veces en el derecho penal. A ello se agrega la existencia en los mercados de numerosas autoridades de vigilancia y fiscalización, con poderes reguladores y sancionadores.

Por su parte, la noción de «mercado relevante» se suele definir por las autoridades administrativas y judiciales al momento de analizar los casos que se les someten, para determinar la existencia de restricciones a la competencia; esto es, la incidencia que pudieran tener los abusos de posición dominante o las concentraciones. «El mercado relevante está delimitado por unos bienes y servicios determinados, caracterizados por su sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, dentro de un ámbito geográfico y temporal determinados» (Bercovitz, 2001, p. 119). Se trata de un tema complejo no tratado en nuestra legislación, aunque sí desarrollado en otras legislaciones y sus correspondientes resoluciones administrativas (Bullard, 2003, pp. 697 y ss.; Bellamy & Chilid, 1992, pp. 528 y ss.; Cabanellas, 1983, pp. 306 y ss.).

El mercado relevante estará conformado por el bien que ofrece la empresa en cuestión y los bienes sustitutos, producidos y comercializados en el área donde opera la empresa y los proveedores alternativos¹.

¹ Como parte de su labor de evaluación de infracciones a las normas, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha definido en diversas ocasiones el mercado relevante para cada caso concreto. Por ejemplo, la Comisión ha señalado lo siguiente: «La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado en el cual se realizan ofertas y demandas

Reconocimiento constitucional y legal

El reconocimiento constitucional a la competencia económica es reciente, pues aparece en la Carta de 1979 y se ratifica en la vigente. El reconocimiento que hace el artículo 58 de la Carta de 1993, en el sentido de que la libre iniciativa privada se ejerce una economía social de mercado, así como la del artículo 59 de la misma Carta, en virtud del cual el Estado se compromete a estimular la creación de riqueza y a garantizar la libre empresa, son reconocimientos indirectos, pero indiscutibles a la competencia económica. Como se sabe, una economía de mercado es irreconocible si en ella no hay competencia económica, la que forma parte además del núcleo esencial de la libertad de empresa. No sería entendible tampoco el reconocimiento del artículo 60 a las diversas formas de actividad empresarial si no existiera competencia económica. A todo ello se agrega el reconocimiento a la libertad de contratar del artículo 62, así como la declaración de que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres, tal como lo hace el artículo 63; nada de ello sería posible sin la libertad para competir.

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

b. El mercado imperfecto

Es el modelo de competencia imperfecta el que, con mayor o menor intensidad de sus elementos integradores, existe en la realidad. En él hay libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios, pero también posiciones dominantes que crean o tratan de crear situaciones de monopolio u oligopolio. Tampoco hay siempre homogeneidad de productos o servicios y, por tanto, en muchos

de un producto específico y de sus sustitutos cercanos. En tal sentido, para determinar el mercado relevante debe identificarse previamente el producto y sus sustitutos cercanos, para luego delimitarlo geográficamente» (Resolución 066-96-INDECOPI/CLC, del 17 de julio de 1996. Metales Bera del Perú S.A. contra MINSUR S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato).

casos, no son sustituibles. La diferenciación se debe en proporción importante a los sistemas de mercadeo, a la publicidad y a los derechos intelectuales, que justamente persiguen esa diferenciación con el propósito de atraer clientela. Es preciso recordar que esa diferenciación es en muchos casos artificial. El modelo de competencia imperfecta se caracteriza también por la presencia de grupos económicos que controlan directa o indirectamente la oferta, la demanda y los precios, lo que se manifiesta especialmente en el plano negocial, esto es, en los contratos de adhesión y cláusulas predeterminadas. En este modelo se produce una tendencia a la concentración empresarial, cuya máxima expresión son las llamadas multinacionales, las que gozan de gran poder —el que con facilidad puede devenir en abusivo—, haciendo difícil el acceso al mercado y el funcionamiento libre de las fuerzas de la oferta y la demanda. Finalmente, hay siempre una presencia del Estado en la regulación de la vida económica en forma más o menos intensa, aunque con el fenómeno de la globalización se ha debilitado en algunos sectores específicos, como el financiero.

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

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

a. Breve referencia al abuso de derecho

El concepto de abuso de derecho ha adquirido una gran importancia para encuadrar jurídicamente el abuso de posición dominante, la deslealtad y otras manifestaciones ilícitas en el ámbito del derecho de la competencia, pues se considera que todas ellas son manifestaciones del abuso que hacen los individuos y las empresas del derecho constitucional a la iniciativa económica y a la libertad de empresa. La generalidad de los juristas considera que el abuso del derecho opera como un límite al ejercicio de un derecho subjetivo. Y esa convicción nace de la necesidad de proteger a los «otros» con quienes entra en relación el titular de tales derechos. Se trata de evitar que el titular cometa excesos al actuar, a pesar de la no existencia de una norma expresa que determine tal protección. El sustento jurídico

para no amparar acciones descritas como actos abusivos está dado por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, los valores éticos, en general, y la solidaridad, en especial (Fernández Sessarego, 1992, p. 22).

Hay que precisar que el acto realizado en el ejercicio de un derecho es en principio un acto lícito, pero a través del llamado abuso del derecho se convierte en un ejercicio susceptible de causar daño a un interés ajeno. El abuso del derecho no resultaría ser entonces un límite impuesto al derecho mismo, sino más bien significa la trasgresión de un genérico deber a cargo de su titular, lo que constituye fuente de ilicitud (p. 34).

Y ello es así porque si el acto ilícito en que consiste el fenómeno del abuso del derecho se identificara, sin más, con el genérico acto ilícito, debería tratarse dentro de los principios que rigen la responsabilidad civil. En ese caso podría pretenderse la exigencia de dolo, culpa o riesgo de parte del agente. Ello, sin embargo, no es así en el abuso del derecho, donde no es indispensable indagar por esas motivaciones. El daño no es un elemento esencial para la configuración del acto abusivo, pues representa tan solo el presupuesto del efecto compensatorio; ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios.

El abuso del derecho es mencionado explícitamente en nuestro ordenamiento tanto por el artículo 103 de la Constitución Política («la Constitución no ampara el abuso del derecho»), así como por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil del año 1984, tal como fuera modificado por el Código Procesal Civil del 8 de enero de 1993, señalando que: «la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho». La Doctrina nacional, por su parte, se ha preocupado de delimitar la noción del abuso de derecho e indicar que tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva; transgrede un deber jurídico (buena fe o buenas costumbres); es un acto ilícito *sui generis* que agravia intereses patrimoniales ajenos y no tutelados por una norma jurídica específica; es un modo irregular del ejercicio del derecho subjetivo; y, no es necesario que se verifique el daño (Espinoza Espinoza, 2006, pp. 94-95; Rubio Correa, 1986, p. 25).

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en su Resolución 104-96-TDC del 23 de diciembre de 1996 (Caso Eurobanco vs. Grupo Pantel), estableció como notas características del abuso del derecho que esté formalmente reconocido en el ordenamiento; que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; que el interés que está siendo afectado no esté protegido en forma específica; y que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.

b. El derecho de la competencia

El derecho de la competencia nace del sistema económico liberal y evoluciona al compás de las transformaciones socioeconómicas ocurridas durante las últimas décadas. Está dividido en dos grandes disciplinas, la de la competencia desleal (Decreto Legislativo 1044) y la defensa de la competencia o *antitrust* (Decreto Legislativo 1034). Las disciplinas de la publicidad comercial y del comercio interior se encuentran integradas a la disciplina de la competencia desleal, las que tienen una recíproca función complementaria, en el sentido de que cada una de ellas suple las carencias de la otra con el fin de proteger la libre y leal competencia mediante la formulación de principios normativos, reglas de conducta y sanciones jurídicas. Tanto la disciplina de la competencia desleal como la *antitrust* participan de una misma misión constitucional y comparten un fundamento común: «el establecimiento de un orden concurrencial de mercado acorde con el sistema económico constitucionalizado» (Font Galán & Miranda, 2005, p. 23).

c. Las reglas de juzgamiento y el análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho ha jugado un importante papel en la interpretación de las normas de la libre y leal competencia. Esta corriente de pensamiento propone que las normas legales sean interpretadas bajo la consideración de que el objetivo de las mismas es lograr la mayor eficiencia económica por sobre otros posibles fines, como podría ser, por ejemplo, la justicia distributiva o la redistribución de riqueza, que procura el derecho público económico desde sus bases constitucionales. Bajo esta concepción, las normas protectoras de la competencia y las normas contra las prácticas de competencia desleal se encuentran destinadas a lograr como finalidad última el mayor bienestar del consumidor, asimilando este concepto a la eficiencia económica. El peligro que conlleva su aplicación indiscriminada es considerar que todo lo que es eficiente es justo.

d. La deslealtad

Existen diversas opciones para definir la deslealtad, lo que manifiesta su relatividad. Así, para el Diccionario de la Real Academia Española, desleal es el que obra sin lealtad, y leal es ser «fidedigno, verídico, legal y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo». En el ámbito económico se trata de obrar con honorabilidad y honradez frente a los competidores y los consumidores. Y, como es fácil de apreciar, en el ámbito de la consideración social, el concepto de deslealtad no ha podido ser nunca absoluto ni ha tenido en todas las sociedades y en todo tiempo

el mismo contenido o igual importancia. Sí hay que señalar que se ha entendido usualmente como un modo contrario a lo que la costumbre admite, de lo que se deduce que para determinadas actuaciones el juicio condenatorio varíe según el lugar y el tiempo, pues se trata de una noción relativa a la época, al país y al estado social, sin por ello dejar de tener un fondo moral común. En otras palabras, siempre han formado parte del contenido sancionable de la disciplina la maniobra fraudulenta o la conducta que implique engaño, pero sus manifestaciones asumen en el tiempo modalidades distintas (Baylos, 1978, p. 314).

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

El Decreto Ley 26122 de 1992, nuestra primera ley moderna en esta materia, fue derogado y sustituido por el Decreto Legislativo 1044 de junio del 2008. Este último tiene también por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia; esto es, proteger el funcionamiento del sistema constitucionalizado, evitando distorsiones producidas por actuaciones incorrectas y con el objeto de proteger a todas las partes que intervienen en el mercado, sean empresarios o consumidores (Kresalja, 1993). Dice el artículo 1 del nuevo dispositivo que tiene por finalidad reprimir «todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo». Y señala el artículo 6.2 que «un acto de competencia desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado». Cabe puntualizar que para calificar un acto como de competencia desleal no se requiere acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso; solo basta el perjuicio potencial al competidor, a los consumidores o al orden público económico. Tal como ocurre en el derecho comparado, la ley peruana incluye una cláusula general prohibitiva seguida de una enumeración de supuestos concretos de comportamientos sancionables. La cláusula general² establece la prohibición en forma tal

² Decreto Legislativo 1044, Artículo 6º, Cláusula general, 6.1: «Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten».

que permite incluir supuestos no específicamente previstos, sea por su carácter marginal o por la evolución de las prácticas comerciales. Tiene, pues, un carácter omnicompreensivo y su conformación evita que quede obsoleta debido a nuevas prácticas. Dentro de los supuestos concretos, en un listado de carácter enunciativo se encuentran los actos de engaño —destinados a inducir a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, etcétera, de bienes y servicios—, los actos de confusión, denigración, violación de secretos empresariales, sabotaje, explotación de la reputación ajena, así como los actos desarrollados mediante la actividad publicitaria. A modo de ejemplo, constituyen actos de denigración los que se refieren a la nacionalidad, ideología, intimidad o vida privada de los competidores que no permitan transmitir la información que deje al consumidor evaluar al agente aludido o a su oferta. De otro lado, también a modo de ejemplo, no son actos desleales de sabotaje aquellos que ofrecen mejores condiciones a los trabajadores que laboran en empresas de la competencia, clientes o proveedores, siempre que ello se realice como parte del proceso competitivo por eficiencia.

Las acciones se inician siempre en la vía administrativa ante el INDECOPI. En el ámbito de la competencia desleal y de la publicidad, la acción más importante es aquella que dicta la autoridad ordenando el cese o paralización del acto desleal o del ilícito publicitario, la misma que puede ser provisional o definitiva. Se le da curso frente al peligro que significa la repetición del mismo en el mercado y frente a los consumidores, y son irrelevantes los elementos subjetivos del actor, como son el dolo, la culpa o la negligencia. También existen, por cierto, las acciones de remoción y de rectificación, así como la procedencia de medidas cautelares. Las sanciones son de diverso tipo, tales como el comiso y destrucción de los productos infractores, el cierre temporal del establecimiento, la imposición de multas y la publicación de la sentencia condenatoria. Las acciones civiles de resarcimiento solo pueden interponerse frente al Poder Judicial.

e. Publicidad engañosa

La finalidad de la publicidad en el ámbito económico radica en promover la contratación de bienes y servicios. Se trata de un fenómeno de gran importancia en las sociedades modernas que demanda respuestas jurídicas. La publicidad establece una comunicación colectiva entre el anunciante y el público. El emisor o anunciante tiene interés en que se conozcan las características y el precio de sus productos y servicios, y los destinatarios en obtener información para realizar una correcta opción de compra. Es por ello que el mensaje publicitario se refiere a hechos que son de interés

para los destinatarios, suministrando información acerca de las diversas oportunidades comerciales que se presentan. Cabe advertir que todo mensaje publicitario tiene en distinta proporción un contenido informativo y uno persuasivo, y es mayor este último. Como es obvio, la comunicación publicitaria influye en el campo de la competencia económica y en el de la contratación.

El Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, reconoce en su artículo 19.1 «que el desarrollo de la actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú». Por cierto, el ejercicio de esa libertad empresarial no puede significar la realización de actos de competencia desleal que puedan afectar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo o el derecho de los consumidores y usuarios a una información adecuada sobre bienes y servicios. Teniendo en cuenta el reconocimiento anterior, la publicidad no requiere de aprobación o autorización previa por parte de la autoridad alguna, y es de aplicación el dispositivo legal únicamente para aquella que ha sido difundida en el mercado.

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

Uno de los principios rectores de la actividad publicitaria es, en primer lugar, el de identificación de los emisores para poder determinar posteriores responsabilidades. El principio de veracidad es fundamental, pues la publicidad engañosa es justamente aquella que impide el correcto funcionamiento de la competencia económica. El respeto a la dignidad de las personas prohíbe la denigración o el insulto. Para juzgar los ilícitos publicitarios es pertinente analizar un conjunto de factores en forma coordinada, los que comprenden el estudio del mensaje publicitario, el medio a través del que se realiza, su frecuencia o intensidad, la identificación de la idea principal que lo motiva, así como la calidad de los consumidores. Hay también ámbitos en los cuales la publicidad está prohibida o restringida, como es el caso del tabaco, algunos medicamentos y las bebidas alcohólicas.

La idea central de la noción legal que sanciona la publicidad engañosa es que puede inducir a error a sus destinatarios, para lo cual es suficiente con la posibilidad de que ello ocurra. Así, pues, los destinatarios no deben ser conducidos con engaño a contratar, pues ello atenta contra el correcto funcionamiento del mercado. En el momento en que el juzgador interpreta el mensaje publicitario debe ponerse en el lugar del consumidor promedio al cual está dirigido, lo cual implica un análisis caso por caso en el que se debe tomar en cuenta que los consumidores no suelen ser ni excesivamente preparados e informados ni tampoco excesivamente crédulos o ingenuos. La publicidad engañosa tiene diferentes manifestaciones y clasificaciones que no viene al caso analizar aquí y que se relacionan con su carácter encubierto, excluyente o desleal. Es preciso advertir que la mayoría de los actos desleales se cometen haciendo uso de la publicidad comercial. Finalmente, hay que recordar que los anuncios publicitarios suelen hacer un uso intenso de los signos distintivos (marcas y *slogans*) de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado. Cabe advertir que los criterios emanados de la libertad de empresa deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones estatales establecidas por la ley sobre la publicidad. En consecuencia, el legislador puede introducir limitaciones a la publicidad con idénticos fundamentos a los invocados para limitar la actuación de las empresas.

Los ilícitos tanto en el ámbito de la competencia desleal como en el de la publicidad son materia de pronunciamiento administrativo por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, cuyas resoluciones pueden ser apeladas a la sala encargada de los asuntos en materia de competencia. Por otra parte, la ley exige al anunciante probar la veracidad de las informaciones realizadas en el mensaje publicitario. Las sanciones pueden consistir en multas, la cesación de la emisión de los anuncios y llegar a la rectificación publicitaria, que es la obligación del infractor de hacer público su ilícito para informar de ello a los consumidores y tratar de restablecer, aunque sea parcialmente, las condiciones del mercado anteriores a su comisión.

f. Prácticas colusorias y abuso de posición de dominio

Las normas protectoras de la libre competencia existen para evitar que los participantes en el mercado abusen de su libertad de acción a través de la búsqueda de beneficios por medios distintos a la competencia basada en los méritos empresariales. Se trata del derecho *antitrust*. El artículo 1º del Decreto Legislativo 1034, de junio del 2008, tiene por finalidad prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con el objeto de promover la eficiencia económica en los mercados para

el bienestar de los consumidores. Es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas, con o sin fines de lucro; esto es, que oferten o demanden bienes o servicios en el mercado. La norma es también de aplicación a los gestores, directores o los que tengan la representación de aquellas personas.

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

Son prácticas prohibidas y restrictivas a la libre competencia los acuerdos, decisiones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, tal como lo señalan los artículos 11 y 12 del Decreto Legislativo 1034, los que hacen una división entre prácticas colusorias horizontales y verticales. Son ejemplo de las primeras la fijación concertada de precios, la limitación concertada de la producción, el reparto concertado de clientes o proveedores, la aplicación concertada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, así como la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra, entre otros supuestos que la ley determina. Son ejemplo de prácticas colusorias verticales aquellos acuerdos, decisiones o recomendaciones realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Para que exista esta última se requiere al menos que una de las partes tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

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

Los procedimientos sancionadores en esta área se inician siempre de oficio, bien por iniciativa de la secretaría técnica de Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI o por denuncia de parte. El procedimiento puede iniciarse cuando la conducta se está ejecutando, cuando existe amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos. La sanción que recaiga busca la eliminación de las conductas anticompetitivas, y puede dar lugar a la imposición de multas y la aplicación de medidas correctivas. Agotada la vía administrativa, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas por el INDECOPI, incluso cuando no haya sido parte en el proceso, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios.

CAPÍTULO XI

LIBERTAD DE COMERCIO EXTERIOR E INTERIOR

1. GENERALIDADES

La principal norma de desarrollo constitucional de la libertad de comercio exterior e interior en el Perú es el Decreto Legislativo 668, expedido en 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 Decreto Legislativo 668 declara que el Estado «garantiza la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para lograr el desarrollo del país» y en su artículo 3 afirma que el Estado «promueve las actividades necesarias para el desarrollo del comercio exterior e interior, incluyendo la infraestructura vial, de telecomunicaciones, puertos, aeropuertos, almacenes y otros similares».

En el artículo 4 dispone la eliminación y prohibición de «todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase».

Esta disposición fue meses más tarde complementada con la Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, aprobada mediante Decreto Legislativo 701, expedido en noviembre de 1991, y que en la actualidad ha sido sustituido por el Decreto Legislativo 1034, de junio de 2008, que es de aplicación —dice en su artículo 4— «a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero». Esta disposición se complementa con el Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Competencia Desleal. En su artículo 1 señala como su finalidad reprimir: «todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo», proceso este último que

solo puede llevarse a cabo mediante el comercio, entendido en su sentido más amplio.

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

El régimen del comercio interior es competencia exclusiva del Gobierno Nacional, conforme al literal h) del artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización.

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, Decreto Legislativo que elimina el Registro de Productos Industriales Nacionales, se eliminó el Registro de Productos Industriales Nacionales-RPIN, creado mediante Ley 23407.

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, como en los casos de la garantía sanitaria y el resguardo de la calidad y el origen de los productos.

Un ejemplo de regulación en materia de alimentos está consignado en el Decreto Legislativo 1062, que tiene por finalidad «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». Para tal efecto, los consumidores deben recibir de los proveedores la información necesaria para tomar una decisión de consumo y estos deben 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, etcétera, y pueden reclamar daños y perjuicios en caso los hubiera.

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

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

Sin embargo, estas competencias son compartidas con los gobiernos regionales y locales, y deben —según el artículo 14 del antes mencionado Decreto Legislativo— coordinar «con los gobiernos regionales y locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales y la evaluación de su cumplimiento».

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

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 Orgánica de Municipalidades, Ley 27972. 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, y realizar la fiscalización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación.

En relación con el 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: (i) regular las normas respecto del acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de

alimentos y bebidas, en concordancia con las normas nacionales de la materia; y (ii) establecer las normas respecto del comercio ambulatorio.

En su inciso 2, el mencionado artículo 83 establece las funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales: (i) 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 (ii) 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, el artículo 83 establece como funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales: (i) 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; (ii) regular y controlar el comercio ambulatorio, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial; (iii) realizar el control de pesos y medidas, así como el de acaparamiento, la especulación y la adulteración de productos y servicios; (iv) promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de mercados de abastos que atiendan las necesidades de los vecinos de su jurisdicción; (v) promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de camales, silos, terminales pesqueros y similares, para apoyar a los productores y pequeños empresarios locales; (vi) otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales.

En el inciso 4 del artículo 83 de la Ley Orgánica de Municipalidades se establecen 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.

En el Perú, es interesante el caso «Hilda Anaya Cárdenas», Expediente 2633-2002-AA/TC, en el cual la sentencia del 7 de enero de 2003 del Tribunal Constitucional reconoce la importancia de la licencia de funcionamiento para el inicio de una actividad comercial. En el fundamento jurídico 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 lo es 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.

3. LA LIBERTAD DE COMERCIO EXTERIOR

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

En nuestro ordenamiento debe subrayarse la importancia del antes mencionado Decreto Legislativo 668 que, con la finalidad de promover las transacciones comerciales, preceptúa en el artículo 12 que:

El Estado garantiza el derecho de toda persona natural o jurídica a realizar operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones pararrancelarias 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 General de amparo al patrimonio cultural de la Nación¹, y las medidas de emergencia que se requieren para asegurar la salud de la población y para garantizar la seguridad externa y el orden interno. Dichas medidas excepcionales de emergencia y de carácter temporal deberán adoptarse

¹ Actualmente, Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

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 y 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 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.

Asimismo, el artículo 15 dispone que el Estado garantiza la adopción de medidas destinadas a evitar y corregir las distorsiones creadas por las prácticas de competencia desleal en el comercio internacional, tales como *dumping* y subsidios.

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 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».

En relación con 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 para la determinación de tales medidas discriminatorias al amparo del concepto de «perjuicio del interés nacional» (Ávila, 2006, pp. 885-886).

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.

Sobre las medidas de prohibición de importaciones es interesante la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso «Hugo Norberto Bravo Cotos», correspondiente al Expediente 17-2004-AI/TC, 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 TC 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 gravosas².

4. COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR

La competencia del Gobierno Nacional en materia de comercio exterior está directamente relacionada con la misión constitucional del Estado de orientar el desarrollo del país, prevista en el artículo 58 de la Constitución. Asimismo, el inciso 20 del artículo 118 de la Constitución establece que es atribución del Presidente de la República regular las tarifas arancelarias.

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, conducen a la idea de que corresponde al Gobierno Nacional la competencia constitucional en materia de comercio exterior.

En efecto, por Ley 27790, de julio del 2002, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, se dispone que este define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior, con excepción de la regulación arancelaria, y cuenta con un despacho viceministerial de comercio exterior que tiene la responsabilidad de 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,

² Beaumont (2008, p. 125), señala que: «El TC evita así la implementación de una norma que privilegiaría a una parte de los comerciantes nacionales (los que venden repuestos nuevos), perjudicando a los que no; con el efecto indirecto de reducir las ganancias de los proveedores extranjeros de estos productos».

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 sentencia de 20 de marzo de 2007 pronunciada en el Expediente 031-2005-PI/TC 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, aunque está prohibida ese tipo de importación por la Ley 28514. En la mencionada sentencia el Tribunal Constitucional reconoció la competencia del Gobierno Nacional en materia de competencia exterior.

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. 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 CAN, 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 CAN contienen disposiciones que protegen a los países miembros cuando su mercado nacional es penetrado por bienes similares a los producidos a nivel nacional y esta importación se realice a precio *dumping*, una práctica de competencia desleal que consiste en realizar exportaciones a precios por debajo de su valor normal o que correspondan al mismo bien en su mercado de origen.

La decisión 452 de la CAN —normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina— permite a los países miembros tomar disposiciones de protección en casos en los que el incremento de importaciones de productos similares sea de una magnitud que cause daño grave a los productores nacionales.

Asimismo, las decisiones 283 y 457 de la CAN permiten que los Estados miembros protejan 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

En 1994 se constituyó la OMC, Organización Mundial del Comercio, y se acuñaron una serie de principios rectores del comercio internacional: no discriminación, no crear obstáculos innecesarios al comercio, transparencia, entre otros, previéndose además mecanismos para la solución de controversias a través de arbitrajes y la creación de un órgano para la solución de diferencias (Martín Mateo, 1985, p. 324). La OMC es presentada como un sistema de gobierno y regulación del comercio internacional necesario para facilitar el desarrollo económico mundial. Son parte de la misma prácticamente todos los países del mundo.

Son fines de la OMC: (i) reducir los obstáculos al comercio; (ii) reducir los aranceles aduaneros; (iii) eliminar el trato discriminatorio en el comercio internacional; (iv) contribuir al mejoramiento de los niveles de vida; (v) lograr el pleno empleo; (vi) aprovechar en forma óptima los recursos mundiales, de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible; (vii) desarrollar la producción; (viii) acrecentar el intercambio de mercaderías y servicios; (ix) fomentar el desarrollo económico; y (x) solucionar pacíficamente los conflictos internacionales.

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

En el marco de la OMC, rige el acuerdo *antidumping*, que permite la protección de los productores nacionales mediante derechos *antidumping*, con la finalidad de aproximar el precio de importación del producto similar del que tendría si este fuera importado al mismo precio que tiene para la venta en su mercado de origen. Estos derechos son impuestos por la autoridad nacional competente —en el caso peruano la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)³— cuando algún productor local

³ Artículo 26 del Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial-INDECOPI.

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 existe el acuerdo sobre salvaguardias para proteger a los productores nacionales por el significativo aumento de las exportaciones que pueda causar un grave daño a los productores nacionales.

Las salvaguardias se aplican temporalmente a las importaciones en general, sin importar el 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 1994 o imponiendo el cobro de aranceles cuando existe el compromiso de no cobrarlos en virtud de un acuerdo comercial regional; (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 la OMC. 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 concurrencia y de la competencia leal y, por ende, la esencia misma del mercado (Fernández Farreres, 1993, p. 14).

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. 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.

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

Finalmente, cabe señalar que por el Decreto Legislativo 1035, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Adecuación al «Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio» de la Organización Mundial de Comercio-OMC, se eliminan barreras al comercio que existían y que afectaban la 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. COMERCIO ELECTRÓNICO

Como es de conocimiento general, un número cada vez mayor de personas utiliza computadoras, no solo para la búsqueda e intercambio de todo tipo de información, sino también para la realización de operaciones comerciales, sea con entidades o empresas del sector público o privado, nacionales o internacionales. Desde el punto de vista de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, interesan las transacciones comerciales electrónicas, esto es, la compra venta de bienes o la prestación de servicios, en especial las negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas.

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

El navegante-comprador por Internet, llamado «ciberconsumidor», realiza sus operaciones aceptando ofertas que se muestran sobre soportes ajenos al papel y cuyas intenciones de contratar se revelan a través de formas digitales, respuestas declaradas por impulsos electrónicos, y se concluyen los contratos «en almacenes virtuales sin interesar el espacio físico, el idioma y la distancia» (Vega Mere, 2001, p. 173). Nuestra legislación no regula el comercio electrónico en forma específica y, en caso de conflicto, el INDECOPI podrá, haciendo uso del artículo 42 del Decreto Legislativo 716, imponer a los proveedores diversas sanciones y medidas correctivas.

Para que las personas puedan adquirir o intercambiar los bienes y servicios que se ofrecen a través de Internet se requiere de un contrato para cuya validez se requiere que estén presentes todos los elementos esenciales del contrato y del acto jurídico. El artículo 141 del Código Civil, tal como fue modificado por la Ley 27291, establece que cualquier manifestación de voluntad expresa puede realizarse por cualquier medio directo, entre ellos el electrónico, aplicándosele las reglas de la contratación privada. Ello no significa que este tipo de contratación, por las razones anotadas más arriba, no tenga especiales dificultades, razón por la cual la doctrina postula mayoritariamente la incorporación en todos los países de

reglas comunes o la suscripción de un tratado o convención de comercio electrónico, lo que permitirá muy probablemente la remisión de los conflictos a tribunales jurisdiccionales, supranacionales o mundiales. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la aparición y auge del comercio electrónico constituye una clara señal de que la contratación paritaria, en la cual los contratantes negocian el contenido del contrato, es una excepción y que la regla en el intercambio de los bienes y servicios es la contratación masiva, la contratación predispuesta o estandarizada, que se hace más notoria y evidente cuando se realiza por medios electrónicos.

CAPÍTULO XII LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de servicio público aparece históricamente como todo aquello que tiene relación con los asuntos colectivos del Estado y que se contrapone a los asuntos privados. El acto de declaración (*publicatio*) de una actividad o de un sector como «público» o como «servicio público», significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares, aunque pueda darse a estos en concesión. Esta, de producirse, tendrá un carácter traslativo, pues supone la transferencia de unas facultades o poderes de actuación que esos servicios no tenían antes. Las actividades comprendidas bajo la *publicatio* como servicios públicos podrán y pueden estar regidas por el derecho privado. Sin embargo, dado el compromiso político que implica la prestación, así como la necesidad de satisfacer los requerimientos colectivos, históricamente se prefirió someterlo a un régimen jurídico de derecho público.

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 pueda autorizarse por ley expresa y de acuerdo con el principio de subsidiariedad, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, limita la posibilidad de retornar al Estado empresario.

2. CONCEPTO Y NOTAS TIPIFICADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO

No existe una uniforme y pacífica definición de servicio público. Sin perjuicio de ello 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. 364).

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

En cuanto a los elementos esenciales del servicio público, distinguimos tres: la administración pública, la entidad gestora y el usuario. 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 la Administración dependerá, en los términos de Villar Ezcurra (2001, pp. 247 y ss.), si ella se efectúa mediante una gestión integrada o desintegrada. En la primera, la Administración asume las funciones de la entidad gestora, ofreciendo el servicio público 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 en la 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.

También debe ponerse de relieve la importancia de las relaciones del gestor del servicio público con los usuarios, que tienen carácter mixto, esto es, contractual-reglamentario, pues tienen una naturaleza pública en la parte en la que el servicio está sometido a vigilancia y protección por parte de la autoridad, y a 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 a través usualmente 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.

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

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

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

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

3. NUEVOS CONTENIDOS

El concepto de servicio público viene mutando y adquiriendo nuevos contenidos y definiciones técnico-jurídicas, especialmente durante los últimos años.

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

Para Tornos (2004) son servicio público aquellas actividades prestacionales necesarias para la cohesión social. Les corresponde determinarlas a la sociedad, y no al mercado, a través de normas jurídicas del más alto nivel como la Constitución y las leyes. Este autor sostiene que el concepto tradicional del servicio público como actividad prestacional de contenido económico reservada en su titularidad a la administración pública debe renovarse con la idea central de que el servicio público es la asunción por parte del Estado de la responsabilidad de garantizar determinadas prestaciones técnicas (Tornos Mas, 2004, pp. 7-18).

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 (Chinchilla, 1991, p. 967). Se trata de servir a los intereses generales y asegurar una digna calidad de vida.

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

[...] hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal¹, 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.

Asimismo, en el fundamento 42, el Supremo Intérprete de la Constitución afirma que la concesión del servicio público a privados habilita un rol de intervención del Estado en procura del interés público:

¹ En nuestra opinión el Tribunal Constitucional confunde en esta sentencia el concepto de titularidad o *publicatio* con la gestión de la empresa prestadora del servicio, pues la titularidad es siempre estatal cuando se trata de un servicio público —no de un servicio de interés general— mientras que la gestión puede ser tanto del Estado como de empresas privadas, usualmente en esta época en competencia con otras empresas de la misma categoría.

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

4. SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Al surgir nuevos contenidos del concepto de servicio público, surge la necesidad de diferenciar los servicios públicos de contenido económico y no económico. Cuando el artículo 58 de la Constitución peruana de 1993 precisa el rol del Estado en el sistema económico y se refiere a los servicios públicos, y los distingue en esa misma disposición de los servicios de salud y educación, se debe interpretar que la Norma Suprema se está refiriendo con esa denominación a los servicios públicos económicos, que no deben ser confundidos con los servicios sociales².

Siguiendo a Tornos, los servicios sociales son servicio público cuando se trata de actividades prestacionales 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.

En el derecho comunitario de la Unión Europea el concepto de servicio público se ha reconvertido en el nuevo metaconcepto del «servicio de interés económico general» o «servicio de interés general». 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 tales como la cohesión social, el medio ambiente, la protección de los consumidores, la garantía de un mínimo común de bienestar (Zegarra, 2005, p. 232).

² «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).

Otro concepto innovador surgido como complemento básico de la liberalización del mercado de servicios, tales como las telecomunicaciones, y que es a su vez un contenido del servicio económico de interés general, es el servicio universal, el mismo que es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, al margen de su situación económica, social o geográfica (Rodríguez Arana, 1996, p. 40). Por ejemplo, proporcionar a los usuarios que lo soliciten una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y a un precio asequible.

Así, se afirma que es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una suerte de intento de conciliación de los principios originales del servicio público con los de economía de mercado (p. 41).

En el Perú, la Ley 28900 que otorga al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones-FITEL la calidad de persona jurídica de derecho público adscrita al Sector Transportes y Comunicaciones, en su artículo 1º establece que el FITEL es un fondo destinado a la provisión de acceso universal³, entendiéndose como tal al acceso en el territorio nacional a un conjunto de servicios esenciales de telecomunicaciones capaces de transmitir voces y datos. El artículo 2 establece que el FITEL financiará exclusivamente servicios de telecomunicaciones en áreas rurales o en lugares considerados de preferente interés social, así como la infraestructura de telecomunicaciones necesaria para garantizar el acceso de tales servicios, de ser el caso.

Precisados estos nuevos contenidos, debemos delimitar el concepto de servicios públicos sociales en la Constitución peruana de 1993. La Constitución utiliza el concepto «servicio público» u otros similares en relación con los servicios públicos económicos y sociales en las siguientes disposiciones:

- El artículo 9, que señala que el Estado determina la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.
- El artículo 10, que 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.

³ Zegarra afirma que «Estando a lo señalado, desde un punto de vista conceptual, consideramos que el legislador peruano no ha realizado cambios significativos cuando ha introducido la noción de servicio universal a la realidad en que se desarrolla la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú a través de la formulación de principio de Acceso Universal, ya que en su expresión más sencilla, ambos conceptos participan de los mismos elementos, aunque con algunos matices propios de cada contexto» (Zegarra, 2005, p. 518).

- El artículo 16, que 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, que declara que la educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias y que en las instituciones del Estado, la educación es gratuita.
- El artículo 58, que establece que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
- El artículo 119, que prevé que la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.
- El artículo 192, que establece que los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad.
- El artículo 195, que indica 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 A ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO: DE PROTECCIÓN A LA SALUD, A LA EDUCACIÓN Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

a. 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 del poder político. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que pueden ser calificados como derechos a prestaciones sociales del Estado en sentido amplio.

Es así que se afirman en la doctrina constitucional los denominados derechos fundamentales sociales: los derechos a la asistencia social, al trabajo, a la vivienda y la educación, entre otros (Alexy, 1997, pp. 419-428). Aquí nos centraremos en los derechos de protección a la salud, a la educación y a la seguridad social, por su vinculación con los servicios públicos sociales. Como sabemos, en el derecho internacional se alude a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), denominados también como «derechos de segunda generación». Pero como la denominación de derechos económicos no es unívoca, hemos optado por denominarlos como derechos a acciones positivas del Estado.

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

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

La diferencia más relevante entre derechos civiles y políticos y los derechos a acciones positivas del Estado es la prestación estatal, que representa verdaderamente la sustancia, el contenido esencial del derecho. En el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación 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 estatal supone automáticamente la denegación del derecho (Contreras Peláez, 1996, p. 21).

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

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

En el marco de un Estado social y democrático de derecho, el derecho a la educación, además de la gratuidad de los niveles básicos de enseñanza, incluye medidas y actuaciones prestacionales, tales como el derecho que tienen los alumnos a permanecer en centros de educación pública hasta los dieciocho años de edad y la imposición de una edad laboral mínima que paulatinamente se eleve para permitir a los escolares un retraso en su incorporación a la actividad laboral con la finalidad de que dispongan del tiempo necesario para su formación básica (Cámara Villar, 2006, p. 993).

Al margen de cuál sea el significado preciso con el que la Norma Suprema utiliza estos términos en cada caso, el denominador común es el concepto de que existen actividades esenciales para la comunidad, es decir, prestaciones indispensables para la cohesión social, la calidad de vida, la satisfacción de las necesidades básicas, el bienestar general y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Todos ellos son manifestaciones de la cláusula del Estado social que proclama el artículo 43 de la Constitución. Para el Tribunal Constitucional peruano, conforme al fundamento 11 de la sentencia del «Caso Nesta», pronunciada el 11 de noviembre de 2003:

El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley, antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real [...] lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

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

6. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS SISTEMAS PRIVADOS DE SALUD Y PENSIONES

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 (1987) 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; (iii) solidaridad, que obliga a todos a cooperar con el cumplimiento de sus objetivos, abandonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios; (iv) la unidad en sentido orgánico y estructural; y (v) la internacionalidad, referida a la adecuación a un sistema unitario internacional (Neves, 1997, p. 174).

La Constitución peruana de 1993 reconoce el régimen de la seguridad social en los artículos 10 y 12. Asimismo, prevé un modelo pluralista de prestaciones de salud o pensiones en el artículo 11. El artículo 10 dispone: «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, precisando y regulando 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 concreta el derecho específico a prestaciones concretas.

El artículo 11 de la Constitución peruana de 1993 prevé el reconocimiento del derecho a seguridad social con las características de universalidad propias del servicio público social. Sin perjuicio de ello se reconoce el derecho a la seguridad social como «progresivo». En ese orden de ideas, la progresividad impone un condicionamiento presupuestario a la efectiva prestación del derecho a la seguridad social. El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que el respeto al derecho fundamental a la pensión debe guardar relación con las posibilidades presupuestarias. Así lo precisó el fundamento 50 de la sentencia del Expediente 0050-2004-AI/TC, entendiéndose que los nuevos regímenes pensionarios a establecerse deberán regirse por un criterio de sostenibilidad financiera.

El reconocimiento por el Estado del derecho de toda persona a la seguridad social supone una auténtica función del Estado de prestación de un servicio social que no excluye la iniciativa privada. En esa concepción, debe entenderse que nuestro régimen constitucional establece un modelo plural en el artículo 11 de la Norma Suprema, la misma que declara que «el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas». Asimismo, dispone que las prestaciones bajo el régimen privado están sujetas a la supervisión de su eficaz funcionamiento.

La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790, en su artículo 1º declara que ella 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 1º que los servicios prestacionales de salud están a cargo del Ministerio de Salud. La ley declara que el Ministerio de Salud tiene a su cargo el régimen estatal, con el objeto principal de otorgar atención integral de salud 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 cuenten 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 mediante 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 Salud 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 por estas administradoras.

En el caso de las administradoras privadas de fondos de pensiones, el rol de regulación del Estado se ha orientado centralmente al resguardo de los recursos acumulados en los fondos de pensiones. Este rol del Estado, conforme al artículo 87 de la Constitución, reformado por Ley 28484, publicada el 5 de abril de 2005, está a cargo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, 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.

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 asegurados. La sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el Expediente 1776-2004-AA/TC, correspondiente al caso «Víctor Augusto Morales Medina», en su fundamento 15 afirma que: «la seguridad social aparece como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado, y que posibilita la existencia de este derecho».

Los sistemas privados de pensiones se basan en un régimen de capitalización individual en el cual cada afiliado posee una cuenta donde se depositan 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.

Como señala el fundamento 20 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso «Víctor Augusto Morales Medina», es pertinente diferenciar la naturaleza de ambos sistemas. Así, precisa que mientras el Sistema Nacional de Pensiones es un sistema de redistribución, el Sistema Privado de Pensiones «sustituye la capitalización colectiva por la personal, siendo manejado por empresas privadas que no apelan a la solidaridad, sino al individualismo y concurren en el mercado en una relación simétrica de competencia, en relación con los usuarios». Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera en el fundamento 21 de la misma sentencia —en una aparente contradicción— que «el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos». A nuestro juicio, la misma sentencia está diferenciando claramente la naturaleza jurídica de ambos sistemas —dado que la seguridad social está basada en el principio de solidaridad y redistribución, que no es propio del sistema privado de pensiones—, aun cuando compartimos el criterio del Tribunal Constitucional —reiterado en el precitado fundamento 21— en el sentido de que en el Sistema Privado de Pensiones es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos (libre acceso, retiro y pensión digna). El rol regulador del Estado consiste en garantizar el financiamiento de ciertos beneficios, dictar normas para su buen funcionamiento y controlar el cumplimiento de estas (Bersteom, 1996, p. 90).

En esa dirección, 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.

Cabe subrayar que el artículo 11 de la Constitución peruana de 1993 ha sido reformado mediante Ley 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004, 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, regido por el Decreto Ley 19990, sin perjuicio de la libertad de los trabajadores de elegir el sistema privado de pensiones dentro del modelo plural constitucionalizado. Corresponde a la Oficina de Normalización Previsional reconocer, declarar, calificar, verificar, otorgar, liquidar y pagar los derechos pensionarios del Sistema Nacional de Pensiones.

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, 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 de administradoras privadas de fondos de pensiones para garantizar una prestación previsional digna a favor de todos los afiliados. En el caso del sistema público, por ser las prestaciones de pensiones parte del derecho de toda persona a la seguridad social, el artículo 10 de la Constitución la reconoce para la elevación de la calidad de vida. En el caso del sistema privado, por ser misión del Estado supervisar el eficaz funcionamiento de las entidades privadas o mixtas que brinden prestaciones de pensiones bajo un régimen contractual.

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 generó, entre otras causas, por la debilidad institucional de la entidad pública que los administraba y la baja calidad moral de sus directivos, en perjuicio de los asegurados.

La declaración de intangibilidad de los recursos de la seguridad social es una disposición de garantía institucional 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, 2002, p. 1437).

7. EL RÉGIMEN DE LA RADIO Y TELEVISIÓN

El artículo 61 de la Constitución peruana de 1993, en su segundo párrafo, establece que la prensa, radio, 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.

Creemos que ambos monopolios en los medios de comunicación serían odiosos, porque muy probablemente afectarían tanto la libertad de información como la 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.

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 en que se afecte la diversidad informativa.

En el Perú, el artículo 3 de la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, declara a la radio y televisión como servicios privados de interés público. El artículo II del Título Preliminar establece los principios que rigen la prestación de los servicios de radiodifusión:

- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.
- La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.
- El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.
- La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.
- La libertad de información veraz e imparcial.
- El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.
- La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto a la institución familiar.
- La promoción de los valores y la identidad nacional.
- La responsabilidad social de los medios de comunicación.
- El respeto al Código de Normas Éticas.
- El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.
- El respeto al derecho de rectificación.

En el artículo 4 se precisan 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. En relación con 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.

En el Perú 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, pues constituye 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 posible, de manera continuada e igual, y presentarse como elemento esencial para cumplir un rol democrático (Salvador Martínez, 2002, p. 132). El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente 00013-2007-AI, pronunciada el 13 de julio de 2007, en el fundamento jurídico 10 afirmó el concepto de servicio esencial de la radio y televisión⁴.

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 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 la televisión por satélite, no hay fundamento jurídico para sujetarlas a la regulación.

En relación con los principios que rigen a la radiodifusión, el artículo 33 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 reconocen la Constitución Política del Perú y la ley. A este respecto, la Constitución peruana de 1993 prevé en el párrafo final del artículo 14 de la Constitución que: «Los medios de comunicación social deben

⁴ «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 la radio y televisión 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.

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 previstos en el artículo 4 de la actual Ley de Radio y Televisión, que debieran obligar a un porcentaje mínimo de la programación dedicada esos contenidos, así como 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 sentencia del Expediente 00013-2007-AI, asume que la radio y televisión son institutos constitucionales y que por ende, a partir del artículo 14 *in fine* de la Norma Suprema deben procurar: 1) que se promueva la existencia de programación nacional, pero no de cualquier tipo, sino teniendo presente el bienestar (artículo 44° de la Norma Fundamental) y el deber constitucional de protección de los intereses nacionales (artículo 38 de la Norma Fundamental); 2) que se proteja convenientemente a los niños y adolescentes, pues la Constitución les reconoce a ellos, a partir del artículo 4°, una titularidad super reforzada de derechos fundamentales; 3) que promueva un verdadero pluralismo informativo, sobre todo si la propia Norma Fundamental en el artículo 61° *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; 4) 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 de la radio y televisión debe ser encomendada a un organismo de regulación neutral e independiente, como sucede en EE.UU., Francia, Inglaterra o Italia.

En el Perú, la Ley de Radio y Televisión solo prevé un Consejo Consultivo de Radio y Televisión sin potestad sancionadora. Creemos que debería establecerse una autoridad administrativa independiente, con la participación mayoritaria de las organizaciones de la sociedad civil. Debe ser un organismo independiente del Gobierno y de las fuerzas políticas, que además haya ganado confianza y prestigio en su actuación, el que imponga el respeto a la legalidad en la radio y televisión y no un ministerio (Chinchilla, 2002, p. 25).

CAPÍTULO XIII

EL DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO

1. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

a. Diferencia entre dominio público y dominio eminente

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

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

Rubio diferencia a los bienes de dominio público de los bienes de dominio eminente, que pertenecen originariamente al Estado y sobre los cuales se puede establecer derechos privados (Rubio, 1999, pp. 388-389). Por ejemplo, las tierras. Así, no todos los recursos naturales son de dominio público del Estado, pero sí integran el ámbito del dominio eminente, que es la concepción que se desarrolla a partir de los atributos derivados de la soberanía.

Dentro de esta concepción del dominio eminente, existen bienes de dominio público de naturaleza inalienable e imprescriptible. Así, el dominio público es el poder jurídico limitado en que la soberanía se manifiesta respecto de determinados bienes que revisten una especial significación ante los intereses generales. El dominio público es un concepto jurídico, puramente técnico, formal y contingente, producto de una cultura y un momento concreto del desarrollo de la ciencia del derecho, al igual que la propiedad.

b. La concepción tradicional del dominio público y la propuesta para su transformación

Siguiendo la posición tradicional, la legislación peruana ha optado por identificar dominio público con un régimen de derecho de propiedad. Esta tesis ya no es aceptada pacíficamente por un amplio sector de la doctrina contemporánea. El problema se agrava por cuanto la Constitución peruana de 1993 tampoco ha precisado las categorías de bienes que por mandato constitucional forman parte del dominio público, ni tampoco cuál es el procedimiento por el cual los bienes adquieren la calidad de bienes de dominio público¹.

Tradicionalmente, se ha considerado que los bienes de dominio público son aquellos que pertenecen al Estado y que están asignados al cumplimiento de un fin público o un servicio público. Son ejemplos típicos: el suelo, el subsuelo, los caminos públicos, las calles, plazas, parques, vías públicas en general, las instalaciones donde funcionan los ministerios y otras entidades públicas, los cuarteles, los monumentos arqueológicos, los puertos de titularidad pública, entre otros (Mejorada, 2004).

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

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

La Constitución peruana de 1993 declara como principio que rige los bienes de dominio público a la inalienabilidad, que supone la imposibilidad de efectuar actos de disposición o de gravamen sobre ellos, situación que constituye una negación del derecho de propiedad. Como precisa Avendaño, no son susceptibles

¹ Estas graves falencias son acertadamente criticadas por Martínez Vásquez, 2000, pp. 274-276.

de transmisión, prescripción, expropiación, constitución de derechos reales de goce o garantía o constitución de derechos de contenido obligacional (Avendaño, 1994, p. 121). Esta indisponibilidad y la utilización reforzada de potestades públicas constituyen la pieza clave y fundamental de la conformación jurídica del dominio público (Gallardo Castillo, 2002, p. 498).

Asimismo, la Norma Suprema declara como principio la imprescriptibilidad. Al estar excluidos del comercio o tráfico privado, en tanto conserven ese carácter, se deriva la imposibilidad de que sean adquiridos por personas privadas como consecuencia de usurpaciones que podrían imponerse por el transcurso del tiempo. En consecuencia, ningún particular podrá adquirir, por vía de prescripción, ningún derecho sobre el dominio público: ni derecho de propiedad, ni servidumbre, ni, de manera general, ningún derecho real².

c. El nuevo régimen de los bienes e infraestructuras de uso público

Los bienes de uso público son una subespecie del género de los bienes de dominio público (Avendaño, 1994, p. 121). El uso público significa que el bien está abierto a su utilización por todas las personas. Así, son bienes de uso público las infraestructuras destinadas al aprovechamiento general, como los puertos de titularidad pública, los caminos, los puentes, las carreteras, los ferrocarriles, las instalaciones aeroportuarias, entre otros. 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, 2004, p. 684).

Sobre este tipo de bienes, la Constitución peruana de 1993 asume una posición liberalizadora para promover su aprovechamiento económico. Mientras que la Carta 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.

² En la doctrina peruana, Bernal (2006, p. 272) señala que: «La imprescriptibilidad de los bienes de dominio público es una consecuencia del carácter *extra commercium* de los bienes de 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». Sobre la desafectación de bienes de dominio público, durante la vigencia de la Carta de 1979, debe mencionarse el caso de los terrenos ribereños del club Regatas Lima.

La finalidad de esta disposición constitucional es promover las concesiones de infraestructuras a través de la iniciativa privada. Esta concesión implica una intervención directa del concesionario en la explotación de la infraestructura³. A diferencia del modelo tradicional de ejecución de obras públicas, en el cual el Estado realiza la inversión con recursos presupuestales, este es un régimen jurídico de apertura a la iniciativa privada, en el cual el concesionario privado invierte y se le remunera otorgándole durante un plazo la explotación de la infraestructura que construya, la que como actividad regulada por el Estado queda sujeta a un régimen jurídico de supervisión y control.

La concesión es el instrumento de derecho público mediante el cual el Estado promueve la inversión privada otorgando al inversionista privado la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de infraestructura. Se delegan poderes propios de la Administración concedente al concesionario privado para la construcción y explotación de estas infraestructuras⁴. 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, 2001, p. 55).

³ Sobre el nuevo concepto técnico de infraestructura: «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» (Villar Escurra, 2001, p. 82).

⁴ Ariño (2004, 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 (esto es, 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, etcétera). Por ejemplo, en nuestro ordenamiento, en la Ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, los puertos y terminales portuarias pueden ser clasificados como de titularidad pública o privada. Son públicos cuando la infraestructura y/o instalaciones son de propiedad del Estado y son privados cuando dichos bienes son de propiedad privada.

Cabe señalar que el artículo 13 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto Supremo 059-96-PCM, define a la concesión sobre bienes públicos en los siguientes términos:

La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.

El nuevo rol del Estado en la economía es compatible con el denominado principio de subsidiariedad, no como agente económico directo, sino como regulador y garante de la provisión de infraestructuras y servicios esenciales (de la 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) telecomunicaciones.

Empero, consideramos que en cumplimiento del artículo 58 de la Norma Suprema, que declara que el Estado actúa principalmente, entre otras áreas, en infraestructura, este mantiene un rol importante para intervenir directamente mediante inversión pública, más aún en un país como el Perú, que sufre aún de grandes carencias en infraestructura que hagan posible el desarrollo y el funcionamiento del mercado.

2. LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES Y DERECHOS DEL ESTADO

La Constitución peruana de 1993 no prevé expresamente el principio de inembargabilidad de los bienes de dominio público. Ha sido la obra jurisprudencial del Tribunal Constitucional la que ha precisado que este principio inspira el régimen jurídico de los bienes de dominio público. Así, la sentencia de 3 de enero de 1997, correspondiente al caso de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 26559 —que modificó el artículo 648, inciso 1 del

Código Procesal Civil, previendo como bienes inembargables a los bienes del Estado— sin distinción alguna, fue la primera en la cual el Supremo Tribunal hizo un enjuiciamiento directo al *privilegium fisci*, privilegio administrativo de inembargabilidad de los bienes del Estado. En relación con este privilegio precisó que son inembargables los bienes de dominio público, no así los de dominio privado.

Esta misma línea jurisprudencial del Supremo Tribunal ha precisado que solo alcanza la cobertura constitucional del denominado *privilegium fisci* a los bienes de dominio público y no a los bienes de dominio privado, que en nuestra legislación, al ser de propiedad de una entidad pública, no están destinados al uso público ni afectados al servicio público.

Empero, justamente el día de publicación de la mencionada sentencia —7 de marzo de 1997—, se publicó la Ley 26756 que, acatando formalmente la decisión del Tribunal Constitucional, la negaba en los hechos. Se estableció que únicamente serían embargables los tipos de bienes que se incluyeran en una futura ley de la materia. Mientras entrase en vigor la mencionada ley, el juez solo podía requerir al titular de pliego presupuestal para que señalase la partida susceptible de ser afectada u ordenarle la inclusión prioritaria del adeudo en una partida específica con esa finalidad en los siguientes ejercicios presupuestarios, si es que no hubiera recursos en el vigente.

Así, en el Perú, esta materia ha sufrido movimientos pendulares constantes. Actualmente, el artículo 47 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, aprobado por el Decreto Supremo 013-2008-JUS, establece que las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenan al Estado el pago de suma de dinero, serán atendidas por el pliego presupuestario en el que se generó la deuda, bajo responsabilidad del titular del pliego, de acuerdo con el procedimiento que se desarrolla en la mencionada disposición.

La jurisprudencia constitucional peruana ha fijado su actual posición en la sentencia de 29 de enero de 2004, correspondiente a los casos de los expedientes acumulados 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene cinco puntos clave que resumen su postura respecto al *privilegium fisci*.

En primer lugar, afirma la protección al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, previsto en el inciso 3 del artículo 139 de la Norma Suprema (fundamentos 8 y 9).

En segundo lugar, reconoce la existencia de límites al derecho de efectividad de las resoluciones judiciales en la medida que se hallen justificados por la propia Norma Suprema, entre ellos los supuestos de inembargabilidad de los bienes de dominio público (fundamento 15).

En tercer lugar, el Supremo Tribunal, cuando analiza el conflicto entre el principio de inembargabilidad de bienes del Estado y el derecho constitucional a la efectividad de las resoluciones judiciales sostiene en el fundamento jurídico 26 que, ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde determinar el carácter embargable de estos bienes, en cada caso concreto, considerando 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.

Sin perjuicio de ello, la sentencia no ha privado totalmente a la Administración del *privilegium fisci*, por cuanto en el fundamento jurídico 31 ha declarado que en ciertos casos los fondos públicos sí pueden ser inembargables, lo que sucederá solo cuando «resulten indispensables para el cumplimiento de los fines esenciales de los órganos del Estado o porque contribuyen con su funcionamiento».

En cuarto lugar, respecto al conflicto entre el derecho a la ejecución que forma parte del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el principio de legalidad presupuestaria —este último previsto en el artículo 77 de la Constitución— que se plantea respecto de la impugnación de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 27684, en la parte en que prevé que las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de sumas de dinero, serán atendidas única y exclusivamente por el pliego presupuestario en el cual se generó la deuda, el Supremo Tribunal invoca un test de razonabilidad, aun cuando en el razonamiento desarrollado en la sentencia en rigor corresponde a la aplicación del principio de proporcionalidad⁵.

En ese orden de ideas, en el fundamento jurídico 55, el Supremo Tribunal precisa:

A juicio del Tribunal, no es inconstitucional, prima facie, que el legislador difiera el cumplimiento de la ejecución de la sentencia, porque en el año presupuestal no se cuente con la disponibilidad correspondiente, en la medida en que el legislador puede establecer condicionamientos constitucionales temporales y razonables al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, como antes se ha dicho.

⁵ El principio de proporcionalidad está reconocido en la Norma Suprema en la parte final del artículo 200 respecto a la restricción de derechos fundamentales en los estados de excepción. Bernal (2003, pp. 517 y ss.), afirma que el principio de proporcionalidad debe ser definido como un límite de los límites a los derechos fundamentales. Aun cuando el Tribunal alude expresamente a un test de razonabilidad, en rigor el problema radica en la aplicación del principio de proporcionalidad, que a su vez está integrado por tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad indispensable y de proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia utiliza el concepto de test de razonabilidad, que engloba a los mencionados subprincipios.

Asimismo, el Tribunal invoca el principio de proporcionalidad en relación con el porcentaje de la asignación presupuestal que el titular del pliego se compromete a destinar, en caso de no existir disponibilidad presupuestaria. Si bien asume que es idóneo que pueda limitarse temporalmente el pago de una sentencia cuando se carece de disponibilidad de fondos, no considera que sea una medida razonable que para atender sentencias que obligan pagos al Estado se fije hasta un «3% de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios». Ese porcentaje, según el Tribunal, «debe ser solo un mínimo, pero no una cifra única, señalada a fardo cerrado para todos los casos y menos una cifra máxima».

Como concluye Baca Oneto, la inembargabilidad de todos los bienes por el solo hecho de su titularidad es inconstitucional, pero la desigualdad esencial entre la Administración —por estar orientada su acción a la satisfacción del interés general— y los particulares justifica que la primera pueda gozar de algunos privilegios para el embargo de sus bienes, 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).

CAPÍTULO XIV

LOS RECURSOS NATURALES COMO PATRIMONIO DE LA NACIÓN Y LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMO RECURSOS ESTRATÉGICOS

1. LOS RECURSOS NATURALES COMO PATRIMONIO DE LA NACIÓN

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

En la sentencia recaída en el Expediente 00025-2009-PI/TC, en el caso «Gonzalo Tuanama Tuanama», el Supremo Tribunal ha precisado —en el fundamento 14— que se debe entender que las leyes especiales que se dicten para la regulación de las condiciones de utilización y otorgamiento a los particulares de los recursos naturales serán legítimas siempre que sean aprobadas respetándose las formalidades que contempla el artículo 106 de la Constitución para las leyes orgánicas, en especial, su aprobación con el voto de más de la mitad de miembros del Congreso.

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

El artículo 4 de la misma ley orgánica declara que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. En materia de concesiones, el artículo 23 de la mencionada ley orgánica

prevé que la concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. Precisa que la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Se señala que las concesiones son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que la ley orgánica y las leyes especiales exijan para mantener su vigencia.

En la Doctrina, la declaración de patrimonio de la Nación significa que el Estado es propietario de lo que los demás no pueden ser propietarios y dentro de un régimen peculiar: el que la Nación tiene la necesidad de imponerle. La cuestión queda planteada como una titularidad que corresponde al dominio eminente de la Nación, que expresa su soberanía y lo habilita a dictar normas dentro del ámbito de su territorio sobre bienes y personas. Como señala Morillo-Velarde, el concepto de dominio eminente de la Nación fue acogido 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 (1992, p. 48).

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

Sobre el régimen jurídico de los recursos naturales en la Constitución peruana la sentencia del caso «José Miguel Morales Dasso», recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC, en su fundamento 28 define a los recursos naturales en los siguientes términos:

Los recursos naturales pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar.

En el mismo fundamento se refiere a la clasificación de los recursos naturales como renovables y no renovables:

a) Recursos renovables: Son aquellos que, a pesar de ser utilizados, pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento. Es el caso del suelo, el agua, las plantas y los animales. En tal sentido, devienen en duraderos y obtiene permanencia de utilidad. Los procesos de autoregeneración y autodepuración se denominan resiliencia, y solo tienen lugar cuando el ser humano no excede la capacidad de carga en su aprovechamiento. Por tal motivo, un recurso será renovable en la medida que su utilización o aprovechamiento no se realice manera desmesurada e irracional. Solo así se podrá alcanzar el aprovechamiento sostenible del bien ambiental.

b) Recursos no renovables: Son aquellos que al ser utilizados se agotan irremediablemente. Es el caso de los minerales, el petróleo, el carbón, el gas natural, etc. Su utilización o provecho comporta inexorablemente la extinción de su fuente productiva, habida cuenta de su incapacidad de alcanzar su autogeneración o autodepuración.

A continuación, revisaremos los principales caracteres del régimen jurídico de los recursos naturales.

a. El régimen jurídico de los recursos hídricos

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

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

En el derecho comparado, Ariño —desde una posición privatizadora— propugna la liberalización y un régimen de mercado para la regulación de los recursos hídricos. Sin perjuicio de su enfoque liberal, Ariño 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.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido en la sentencia 06546-2006-PA/TC la relevancia del derecho al agua potable.

b. El régimen jurídico de la minería

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. Así, declara que:

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

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.

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

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

Es así que el dominio público 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. Esto es, 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).

De otro lado, sobre la actividad extractiva de los recursos naturales y la preservación del ambiente, en la sentencia recaída en el Expediente 0001-2012-PI/TC, caso «Fiscal de la Nación contra el Gobierno Regional de Cajamarca», es relevante destacar que el Tribunal Constitucional resalta la importancia de que

dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural (fundamento jurídico 49).

c. El régimen jurídico de los recursos forestales y de fauna silvestre

Se debe destacar que el Perú es un país forestal, dado que sus treinta tipos de bosques cubren una extensión de 78,8 millones de hectáreas, lo que representa el 60,7% del territorio del país (Andaluz, 2006, p. 218).

La Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 29763, es la principal norma jurídica que rige el aprovechamiento de los bosques tropicales y la fauna silvestre en el Perú. Tiene por finalidad la promoción de la conservación, la protección, el incremento y el uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre dentro del territorio nacional, integrando su manejo con el mantenimiento y mejora de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, «en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación».

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

El artículo II del mencionado Título Preliminar prevé sus principios generales, además de los principios, derechos, deberes y disposiciones aprobados en la Constitución Política del Perú, el Acuerdo Nacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los demás tratados internacionales. Entre ellos, se encuentran la participación en la gestión ambiental, la consulta previa libre e informada, el enfoque ecosistémico, entre otros.

A nivel jurisprudencial un caso muy relevante es el que se produjo durante la vigencia de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada por Ley 27308, que declaró en su séptima disposición complementaria y transitoria, en veda por diez años a partir de la vigencia de esta norma, 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 sentencia pronunciada el 11 de abril de 2002, en el expediente 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 Ley 27308, como es el caso de los contratos de concesión. El Tribunal declaró infundada la demanda y determinó en el fundamento 9 que la intangibilidad de los contratos amparada por el artículo 62 de la Constitución no era aplicable a la declaratoria de veda por interés general.

d. El régimen jurídico de los recursos pesqueros

Conforme al artículo 1 de la Ley General de Pesca, Decreto Ley 25977¹, esta norma tiene por objeto reglamentar la actividad pesquera con el fin de promover su desarrollo sostenido como fuente de alimentación, empleo e ingreso y de asegurar un aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, optimizando los beneficios económicos, en armonía con la preservación del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad.

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

El artículo 6 de la Ley General de Pesca 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 concesiones, autorizaciones, permisos y licencias a plazo determinado para las actividades de pesca.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha sentado doctrina sobre el uso sostenible de los recursos pesqueros en la sentencia recaída en el Expediente 5719-2005-PA/TC, «Caso Pesquera Mistral S.A.». Así, en el fundamento 12:

Como es de verse, del propio Texto Constitucional se desprende la facultad del Estado —a través de sus órganos competentes— de formular mecanismos o políticas destinadas a promover la libertad de empresa y la iniciativa privada en el sector pesquero, en cuanto a la explotación de recursos hidrobiológicos se refiere, pero de manera sostenible, a fin de velar por la

¹ Modificado por el Decreto de Urgencia 014-2001, publicado el 31 de enero de 2001, y la Ley 27460, Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, publicada el 26 de mayo de 2001.

conservación de los recursos marinos. En ese sentido, debe entenderse por uso sostenible de recursos naturales, ‘la utilización de componentes de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones actuales y futuras’ [Último párrafo del Artículo 2º del Convenio sobre Diversidad Biológica de Río de Janeiro, de junio de 1992, ratificado mediante Resolución Legislativa 26181, del 12 de mayo de 1993].

e. El régimen jurídico de los hidrocarburos

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

En consecuencia, no se establece un régimen de dominio público de los hidrocarburos, que implicaría que sean inapropiables, inalienables e imprescriptibles. Por el contrario, aun cuando como recurso natural son originariamente de propiedad estatal, se faculta la transferencia de propiedad a los contratistas privados. Conforme al artículo 8 se trata de una propiedad estatal *in situ* que concluye cuando el Estado otorga a PERUPETRO S.A. el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos. Esta es una empresa estatal de derecho privado, encargada de promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, así como de negociar y supervisar todos los contratos y convenios que prevé la ley y los convenios de evaluación técnica, al ser contratante, conforme al artículo 1º de la Ley 26225, Ley de Organización y Funciones de PERUPETRO S.A.

De este modo, se habilita a PERUPETRO S.A. para transferir el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos a los inversionistas en mérito a los contratos para la exploración y explotación de los hidrocarburos. Estos inversionistas deberán pagar una regalía al Estado².

El Estado ejerce rol de concedente a través del Ministerio de Energía y Minas, conforme al artículo 3 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Actualmente la regulación, supervisión y fiscalización de las actividades que desarrollan

² 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.

las empresas en hidrocarburos es responsabilidad del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN).

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

Como sabemos, el hombre aprovecha los recursos naturales para satisfacer necesidades tanto materiales como espirituales. Por ello, estos recursos 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 la energía geotérmica del volcán para satisfacer alguna necesidad material, la erupción se torna en un recurso natural³. Es por ello que el artículo 3 de la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, establece que es un recurso natural «todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano y que tenga un valor actual o potencial en el mercado». Y esos recursos naturales, en función de su capacidad de autorenovación, se clasifican en renovables y no renovables.

La Convención de Diversidad Biológica (1992) define a la diversidad biológica 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, el 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 son 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.

Como ya hemos tenido ocasión de ver, 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 citada 26821, se fijan las condiciones de su utilización y su otorgamiento a particulares.

³ Ejemplo tomado de Andaluz, 2006, p. 41.

El artículo 67 de la misma Carta dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. El artículo 67 de la Constitución prevé por su parte que el presupuesto general de la República 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.

Cabe advertir que es un error 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 regular la modalidad 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, que se incrementa por los problemas ambientales —de público conocimiento— y el extraordinario desarrollo

tecnológico que la utiliza y le descubre propiedades valiosas que pueden provenir de conocimientos tradicionales o 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 mega-diversos, 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)⁴. Brack señala 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» (Brack, 2004, p. 15).

El artículo 68 de la Constitución señala que «el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas». La política sobre diversidad biológica está contenida en el artículo 97 de la Ley General del Ambiente 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, se dispone que en el procedimiento 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.

⁴ Dice este autor que pruebas de esa diversidad son los registros de especies existentes en el Perú.

- 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, esto es, las políticas públicas ambientales deben conducir a la armonización de las políticas, normas, procedimientos, etcétera, 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.

Entre las diversas instituciones estatales es de especial importancia el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), que es la autoridad encargada de realizar y promover acciones para el aprovechamiento sostenible de los recursos renovables, la conservación de la diversidad biológica silvestre y la gestión sostenible del medio ambiente rural.

Durante los últimos años 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 y 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 además porque ha 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, y 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 prevenir, 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 los 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 compromete a los países desarrollados a apoyar las iniciativas en esta materia de los países en desarrollo.

La puesta en valor de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas se ha acrecentado especialmente por el hecho de que las nuevas invenciones biotecnológicas se apoyan de manera significativa en ellos. Esta materia es de especial interés para el Perú, dada su condición de país megadiverso y con importante población indígena u originaria con conocimientos tradicionales. 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 a sus derechos, a la identidad étnica y cultural que el Estado protege, y 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, y 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, pp. 193 y ss).

La protección legal de los conocimientos tradicionales se plantea en la actualidad en términos de protección defensiva y protección 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, y es un ejemplo claro de ello la Decisión 486, Régimen Andino de Propiedad Industrial. La protección positiva se refiere a la creación de regímenes jurídicos *sui generis*, que establecen derechos específicos para garantizar 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, 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.

Finalmente, es pertinente referirnos en relación con la biodiversidad al mandato constitucional del artículo 68 de la Constitución de promover la conservación de las áreas naturales protegidas. El artículo 108 de la Ley General del Ambiente las define como: «Espacios continentales o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado, debido a su importancia para conservar diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como para su contribución al desarrollo sostenible del país. Son de dominio público y se establecen con carácter definitivo». La ley que regula el aprovechamiento y uso de los recursos naturales en un área natural protegida es la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.

A nivel jurisprudencial debe destacarse la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC —conocido como

el caso «Cordillera Escalera»— mediante la cual se suspendieron las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 103, sobre el cual se constituyó el área de conservación regional Cordillera Escalera, en tanto no se apruebe el plan maestro de esta área natural protegida. El Tribunal determinó que en el marco del Estado social y democrático de derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa.

CAPITULO XV

EL SISTEMA MONETARIO Y BANCARIO

1. INTRODUCCIÓN

Es preciso conocer 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; esto es, la moneda solo puede existir cuando, en términos económicos, existe un mercado. En segundo lugar, desde hace mucho se ha considerado a la facultad de acuñar moneda y darle uso obligatorio como una manifestación de la soberanía 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.

Desde el punto de vista de nuestra historia constitucional, la regulación de la moneda ha estado presente en todas las Constituciones, y ha sido en casi todas facultad del Congreso el determinar el peso, ley, tipo y denominación de la moneda (Constitución de 1823, art. 60.14; 1828, art. 40.11; 1834, art. 51.11; 1839, art. 55.8; 1856, art. 55.8; 1860, art. 59.9; 1867, art. 59.10; 1920, art. 83.9 y 1933, art. 123.10).

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. En esta es el Capítulo V «De la Moneda y la Banca» del Título III, «Del Régimen Económico» de la Constitución, que contiene cinco artículos (del 83 al 87), y que son básicamente iguales a los ocho que contenía la Constitución anterior de 1979.

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 reciben depósitos del público. Esto es, existe una importante legislación infraconstitucional, cuyo estudio excede a los propósitos de este capítulo. Cabe sí advertir que las consecuencias prácticas y operativas del marco constitucional se manifiestan en un protagonismo directo tanto del sector público —como es el caso del Banco Central de Reserva o la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones— como del sector privado, principalmente a través de bancos y compañías de seguros.

Nuestra Constitución y la legislación *ad-hoc* de la materia se basan principalmente en las siguientes consideraciones¹:

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

2. LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA MONETARIA Y FINANCIERA

El Poder Ejecutivo, principalmente a través del Ministro de Economía y Finanzas, es el que tiene la mayor responsabilidad en la formulación de las políticas monetarias y financieras. En esa tarea se ve apoyado o limitado por otras instituciones, en especial por aquellas consagradas en la Constitución y que cuentan con autonomía, como son los casos del Banco Central de Reserva y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Por cierto, el alcance

¹ Seguimos en este punto a Ramón Martín Mateo, 1985, pp. 195-196.

y profundidad de esas intervenciones varían según las disposiciones legales y la ideología prevaleciente. Este es un territorio en el que puede apreciarse, con el poderoso sector privado que lo habita, las relaciones no siempre concordantes entre Estado y mercado.

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 además en formulaciones específicas a cargo de los responsables —políticos y técnicos— de concertación de las actividades económicas. Así, pues, esos mandatos genéricos encuentran concreción en la política económica del gobierno, que para llevarla a la práctica hace uso de diversas medidas instrumentales.

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 Banco Central de Reserva afectan la liquidez del sistema, esto es, la cantidad de circulante, así como la posición de cambio y su intervención en este mercado, todo ello con el objeto de ampliar o constreñir el flujo de dinero a través de la reactivación de la demanda o la inversión o la desactivación de 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 puede 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; y finalmente, y de no poca importancia, el comportamiento profesional y ético o no de la banca y entidades financieras y de seguros.

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.

3. EL CAPÍTULO V DE LA MONEDA Y LA BANCA

a. Objetivos

Los artículos sobre moneda y banca de la Constitución vigente prácticamente repiten los de la Constitución anterior de 1979. Rubio ha señalado acertadamente (1999, pp. 477-478) que el capítulo V del Título III del Régimen Económico tiene cuatro propósitos principales, a saber:

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

b. Sistema monetario

El artículo 83 de la Constitución de 1993, dice a la letra: «La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú».

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

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

c. Banco Central de Reserva

Persona jurídica de derecho público

La declaración constitucional de persona jurídica de derecho público, en el primer párrafo del artículo 84, 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 1º de su ley orgánica lo ratifica, añadiendo que tiene duración indefinida y patrimonio propio. Esa misma ley orgánica otorga características *sui-generis* e irrepetibles en otro ente estatal de la República a su dirección y administración. 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 a este respecto 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.

Monteagudo señala que la doctrina de la separación de poderes, asociada a la independencia del banco central y la atribución de competencias monetarias, implica la constitución de un cuarto poder (Monteagudo Valdez, 2010, p. 369).

La autonomía del Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones está reconocida en los artículos 84 y 87 de la Constitución Política, respectivamente. Si bien los artículos citados no desarrollan a plenitud las condiciones de la autonomía orgánica, funcional, presupuestal o de personal de estos organismos, pues remite a sus leyes orgánicas estas cuestiones, es relevante que su estructura y funcionamiento sean normados por este tipo de ley, que posee una naturaleza reforzada que solo puede ser modificada si se cuenta con más de la mitad del número legal de congresistas. La obligación de regular la estructura y funcionamiento del BCR y la SBS mediante una ley orgánica expresa su carácter no instrumental y la neutralidad política de ambas entidades en los planos organizativo y funcional. En el plano del personal directivo, la naturaleza independiente del BCR y la SBS se materializa en el hecho de que la Constitución establece un juego de contrapesos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República para designar a sus órganos de gobierno.

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

Directorio

Es el órgano de gobierno del Banco Central de Reserva y está conformado por siete miembros, cuatro elegidos por el Poder Ejecutivo, entre ellos el presidente, y tres por el Congreso. El Congreso ratifica al presidente con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros. Así lo prevé el primer párrafo del artículo 86, muy similar al 151 de la Constitución de 1979. El artículo 96 del reglamento del Congreso prevé que a través de la comisión permanente se ratifica la designación del Presidente del Banco Central de Reserva, 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, y el Director puede en este caso realizar su defensa en el propio Poder Legislativo².

El artículo 8 de la Ley Orgánica reafirma que el directorio es la más alta autoridad de la institución, y que le corresponde determinar las políticas a seguir para hacer realidad la finalidad del banco que, como veremos, es la de preservar la estabilidad monetaria. El artículo que venimos citando, además, hace al directorio responsable de la dirección general del Banco Central de Reserva.

Los directores son nombrados por el periodo constitucional que corresponde al Presidente de la República, determina el párrafo segundo del artículo 86 de la Carta; inclusive, si uno de ellos es removido, el nuevo director es elegido solo para completar dicho periodo.

Dada la importancia que en la vida nacional tiene el Banco Central de Reserva, 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.

Los directores no representan a entidad ni interés particular alguno, tal como lo manda el segundo párrafo del artículo 86; en otras palabras, han sido elegidos por sus calidades personales y profesionales, no por representar a determinada institución y verse arrastrados por los intereses de esta. Responden ante el país, nada menos. Así lo ratifican los artículos 9 y 11 de la Ley Orgánica. Este último exige solvencia moral y amplia competencia y experiencia en los ámbitos de la

² 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».

economía y de las finanzas, señalando que «su voto debe tener en cuenta únicamente el cumplimiento de la finalidad y las funciones del Banco».

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 Banco Central de Reserva agrega algo lógico, esto es, que pueden también ser removidos por la comisión de delito (artículo 20).

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 Banco Central de Reserva del Perú. 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 Banco Central de Reserva, Decreto Ley 26123, no hace sino repetirla al decir: «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 25295, la unidad monetaria del Perú es el nuevo sol y el sistema es el decimal. La aceptación forzosa es de gran importancia, pues ello significa que nadie puede rehusarse a recibirla como medio de pago. La Ley Orgánica, en su artículo 44, faculta al banco a acuñar monedas con fines numismáticos o de inversión, y también en su artículo 45 a contratar, después de efectuar una licitación, la fabricación de billetes y monedas.

Finalidad

El segundo párrafo del artículo 84 de la Carta se inicia con una afirmación tajante e inequívoca: «La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria». 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. Para Eucken, la estabilidad monetaria es un principio tan importante que amerita formar parte de los derechos fundamentales del hombre (citado por Monteagudo, 2010, p. 187).

Como corolario a su finalidad, el directorio del Banco Central de Reserva debe presentar un informe al Ministerio de Economía y Finanzas sobre aquellos aspectos de la política económica —que obviamente ese ministerio dirige— que afecten negativamente el cumplimiento de su finalidad; así lo señala el artículo 94 de su Ley Orgánica, Decreto Ley 26123. No dice nada sobre si ese informe debe hacerse de conocimiento general; parece que no hay tal, 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 Banco Central de Reserva está obligado a dar al país por mandato del tercer párrafo del artículo 84 de la Carta Fundamental, y que veremos más adelante.

Funciones

En el mismo segundo párrafo del artículo 84 se dice que son funciones del Banco Central de Reserva «regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo y las demás funciones que señala su ley orgánica». Sin duda, la regulación de la moneda y del crédito del sistema financiero son tareas esenciales para determinar el número de circulante y lograr la estabilidad monetaria. En la Ley Orgánica se dice que las funciones del Banco Central de Reserva son regular la cantidad de dinero y emitir billetes y monedas. También administrar las reservas internacionales e informar al país sobre sus actividades.

Reservas internacionales

La administración de las reservas internacionales es una de las funciones a cargo del Banco Central de Reserva, tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 84 de la Constitución. Lo ratifica el artículo 2 de su Ley Orgánica. Ello significa que debe cuidarlas, escoger su destino más seguro e invertirlas buscando su mejor rendimiento no solo porque son un medio de pago, sino también el ahorro internacional de la República. Advierte Rubio, 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» (Rubio, 1999, p. 485). Por su parte, el artículo 71 de la Ley Orgánica indica que el directorio del Banco Central de Reserva 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 qué constituye las reservas.

Financiamiento al erario

La parte final del artículo 84 prohíbe al banco conceder financiamiento al erario, salvo la compra de valores emitidos por el tesoro público dentro del límite que señala su Ley Orgánica. Se considera que esta prohibición fortalece institucionalmente la autonomía del Banco Central. Este límite está consignado en el artículo 61, el mismo que faculta al Banco Central de Reserva a comprar valores emitidos por el tesoro público, y no puede 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 dando cumplimiento a las disposiciones presupuestales.

Este dispositivo constitucional debe concordarse con el tercer párrafo del artículo 78 de la Carta, el mismo que obliga a que el proyecto presupuestal esté efectivamente equilibrado. Lo que acertadamente se pretende con ello, dice bien Bernaldes, 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» (Congreso Constituyente Democrático, 1998, IV, p. 2120).

Operaciones y convenios de crédito

El artículo 85, al igual que el artículo 150 de la Constitución de 1979, faculta al Banco Central de Reserva a efectuar operaciones o a celebrar convenios para cubrir desequilibrios —que deben ser transitorios aunque no se lo define— en las reservas internacionales. Y para ello debe requerir de autorización por ley, cuando el monto supere el monto 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 banco no son estáticas y pueden variar dependiendo de una serie de factores, muchas veces en forma solo transitoria. Para tal efecto, la Constitución autoriza al Banco Central de Reserva para que cubra esos desequilibrios dentro de los límites que determina el presupuesto. Se trata de una 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 Orgánica³.

³ «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;

–Recibir y efectuar depósitos, en moneda nacional o extranjera.

4. FOMENTO Y GARANTÍA DEL AHORRO

Se fomenta, esto es, se estimula o auxilia el ahorro porque es el capital, el excedente acumulado o la riqueza 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 banco, como hemos visto, es preservar la estabilidad monetaria, resulta concordante que fomente y garantice el ahorro de personas y empresas. Debe hacerlo, además, porque la experiencia enseña que es principalmente el Estado el que puede enfrentar exitosamente las iniciativas inescrupulosas de banqueros y especuladores destinados a alterar el tipo de cambio y el valor de la moneda, con grave detrimento para personas, empresas y el país en su conjunto. De otro lado, resulta imposible olvidar a los gobernantes que promueven la inflación y a los directores del Banco Central de Reserva 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 es el privado, pues lo que las Constituciones pretenden proteger son los derechos de las personas frente al poder del Estado (Rubio, 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 verazmente; esto es, un presupuesto ejecutable. Aquello que se considera ahorro se encuentra en el artículo 131 de la Ley 26702 de 1966, Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que preceptúa: «El ahorro está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad, realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda emitidos por tales empresas. Tales imposiciones están protegidas en la forma que señala la presente ley».

—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». (*)

(*) Párrafo incorporado por el Artículo Único de la Ley 26711 publicada el 22.12.96».

Esa ley contiene diversas medidas para proteger al ahorrista, en especial sus artículos 132 y 134. También crea el Fondo de Seguro de Depósitos, que tiene por objeto proteger a quienes realicen depósitos en las empresas del sistema financiero (artículo 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 advertir que son miembros de ese Fondo todas las empresas del sistema autorizadas a captar depósitos del público.

Un punto central es el que se refiere a los intereses, pues su determinación es asunto complejo pero de evidente impacto. La determinación del interés por el sistema financiero es libre, salvo casos de excepción, aunque está en parte determinado por la situación internacional, de gran dinamismo y a la fecha de imposible control, y por condicionantes internos, en cuya determinación el Banco Central de Reserva 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 tareas de interés prevalecientes en las entidades del sistema financiero (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 en ejercicio de su atribución (artículo 52). Sin embargo, en forma excepcional, pero confirmando sus atribuciones constitucionales y legales, el Banco Central de Reserva tiene la facultad de fijar tasas de interés máximas y mínimas con el propósito de regular el mercado (artículo 52, parte final).

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

La segunda parte del artículo 87 trata de la Superintendencia de Banca Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, 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 ley⁴. A diferencia del concepto de «actividades conexas»,

⁴ 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.

que puede interpretarse con claridad, el concepto de «actividades similares» es excesivamente genérico y abre la posibilidad de que el legislador encomiende a la Superintendencia encargos que pueden afectar su especialización técnica. Cabe anotar que el artículo 1 de la Ley 26702 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.

El funcionario jefe de la institución es el superintendente, nombrado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Congreso. El plazo del nombramiento es el del periodo del Presidente de la República. Sin embargo, no tiene en la Constitución la autonomía con que cuentan los directores del Banco Central de Reserva 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, y se silencian en lo que se refiere al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, 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, 1999, p. 506).

La Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, es de gran importancia, pues establece el marco de regulación a que se someten las 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 Superintendencia «Es una institución constitucionalmente autónoma y con personería de derecho público, cuyo objeto es proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros». La mencionada ley determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia, establece su ubicación dentro de la estructura del Estado, define su ámbito de competencia y señala sus funciones y atribuciones. Es de hacer notar que, según el artículo 346, las leyes o disposiciones legales distintas a la Ley 26702 no pueden establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia.

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

Las atribuciones de la Superintendencia están consignadas en el artículo 349 de la Ley 26702, en el cual se puede apreciar que puede ejercitar prácticamente

cualquier labor de control y dictar normas de cumplimiento obligatorio para las empresas supervisadas, aunque sus decisiones pueden ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales.

6. MONEDA EXTRANJERA

El artículo 64 de la Constitución vigente, ubicado en el Capítulo I «Principios Generales» del Título III «Del Régimen Económico», esto es, no al interior del Capítulo V, «De la Moneda y la Banca», señala que «el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera». Tratamos en este lugar de este artículo, por su evidente conexión con el sistema bancario y financiero, así como con las funciones que realiza el Banco Central de Reserva.

El artículo 64 reconoce el derecho de las personas naturales o jurídicas a mantener en su poder moneda extranjera y de utilizarla como medio de pago o de cambio. Es derecho, como todos los demás de naturaleza constitucional, que puede reclamarse jurisdiccionalmente. La norma parece estar orientada a impedir el establecimiento de control de cambios,

Pero 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 de que «alteraciones de corto plazo pueden deberse a fenómenos políticos o especulativos que, no obstante su corta duración, pueden dañarse severamente la posición de la moneda nacional en el contexto internacional y, con ello, a la economía en su conjunto» (Rubio, 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 hayan cometido muchas arbitrariedades en esta materia, y se inhabilite teóricamente al Estado para tomar medidas protectivas en determinadas circunstancias, tal como lo hacen todos los países del mundo (Bernales, 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 72 constituye un mecanismo de seguridad que puede ser utilizado para imponer restricciones a la libertad de tenencia y de exposición de las monedas extranjeras, siempre que se cumpla la condición de seguridad nacional y tengan carácter temporal, lo que podría 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 ese 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 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 (Rubio, 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 que en la Constitución no se deben establecer normas rígidas al ser ello manejo propio del BCR, y criticó que el Código Civil hubiera eliminado el curso legal de la moneda peruana, pues consideró que debía reestablecerse a nivel constitucional. Moreyra Loredó (SODE) indicó que las garantías de las monedas de curso legal eran básicamente dos: el Estado las recibiría siempre como pagos de tributos y que el particular debía obligarse, a cambio, a recibir también esa moneda de curso legal (Congreso Constituyente Democrático, 1998, II, p. 1010).

CAPÍTULO XVI EL RÉGIMEN TRIBUTARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA

La Constitución financiera está conformada por todos aquellos principios y disposiciones constitucionales que organizan y limitan específicamente las diversas potestades y funciones relativas a los recursos públicos, especialmente los tributarios, así como las que están referidas al gasto y a la deuda pública. Entre sus leyes de desarrollo constitucional se encuentra la Ley Marco de Administración Financiera del Sector Público, Ley 28112, que establece el marco jurídico general de los diversos sistemas que la integran. Así, pues, es inherente al Estado la actividad financiera, entendida como aquella que se desarrolla en procura de los recursos necesarios para solventar las obras de infraestructura y el funcionamiento de los servicios públicos¹.

Dentro del contenido del derecho financiero se encuentran varios sectores con caracteres jurídicos propios:

- (i) La regulación jurídica del presupuesto, su ejecución y su correspondiente control;
- (ii) Las relaciones referidas a la tributación en general que configuran el derecho tributario;
- (iii) La regulación legal de todo lo atinente al crédito público;
- (iv) El conjunto de normas jurídico-económicas relacionadas con la moneda.

¹ Villegas (1992, p. 10) 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».

En el Título III («Del Régimen Económico») se dedica el capítulo IV al régimen tributario y presupuestal y el capítulo V a la moneda, y estas disposiciones fundamentales constituyen, por especificación, en lo atinente a estas materias, la llamada «Constitución financiera». En el presente capítulo desarrollaremos los principios rectores de la Constitución financiera en materia tributaria.

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

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia de 5 de marzo de 2007, en el caso del Expediente 03797-2006-AA, ha definido el poder tributario dentro de un Estado social de derecho. Citando a Barquero, afirma:

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 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 y 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».

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

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO

El derecho constitucional tributario es el conjunto de normas y principios que delimitan las competencias tributarias de los distintos niveles de gobierno y la regulación del poder tributario frente a los ciudadanos. Por ende, incluye las limitaciones constitucionales de ese poder.

a. El principio de reserva de la ley

El principio de legalidad tributaria aparece en la primera parte del artículo 74 de la Norma Suprema que declara que: «Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo». En su segundo párrafo, el artículo 74 precisa que el Estado, al ejercer la potestad tributaria debe respetar el principio de «reserva de la ley», fórmula mediante la cual se limita al legislador para atribuir a la Administración la facultad de regular por sí determinadas materias.

El concepto de «reserva de la ley» significa que solo por ley se pueden predeterminar las hipótesis de incidencia tributaria, determinar al contribuyente y, en su caso, al responsable del pago del tributo; fijar la base del tributo; fijar la alícuota o el monto del tributo; el momento del nacimiento de la obligación tributaria y el lugar de su acaecimiento; las exoneraciones y beneficios; tipificar las infracciones y establecer sanciones. En consecuencia, el concepto de reserva de ley supone que la ley contendrá la regulación básica de la relación jurídico-tributaria, correspondiendo remitir al Reglamento los aspectos normativos instrumentales o de detalle que no afecten el núcleo de la reserva de la ley.

Sobre el particular, hay que tener en cuenta el criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente 2762-2002-AA/TC, caso «British American Tobacco South America Limitada», cuya sentencia, de 30 de enero de 2003, sostiene en el fundamento 6 que la reserva de ley del artículo 74 es relativa en cuanto al tipo de norma, pues también la creación, modificación, derogación y exoneración tributarias pueden realizarse previa delegación de facultades, mediante decreto legislativo. En consecuencia, afirma que solo se trata de una reserva de acto legislativo. Para el Tribunal Constitucional peruano la reserva relativa puede admitir excepcionalmente derivaciones al Reglamento siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley. Sin perjuicio de la calificación de la reserva de ley como una reserva relativa, declaró fundada la demanda de amparo e inaplicable al demandante el Decreto Supremo 222-2001-EF. Así, en los fundamentos 18 y 20 la sentencia precisó que:

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 [...] 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.

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

Por otro lado, debemos referirnos como excepción al principio de reserva de la 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 reserva normativa asignada por la Norma Suprema como competencia originaria del Poder Ejecutivo. El artículo 74 establece que por excepción «los aranceles y tasas se regulan por decreto supremo». Sobre los aranceles debe resaltarse que cumplen fines extrafiscales, por ejemplo de política comercial o de protección a ciertos sectores productivos nacionales.

Finalmente, debemos referirnos a la relación entre el principio de reserva legal y la descentralización financiera del Estado. La Carta de 1993, reformada en 2002 y 2004, no prevé potestad tributaria originaria de los gobiernos regionales ni de las municipalidades. 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 ha asignado un poder tributario derivado. En consecuencia, los gobiernos regionales carecen de autonomía financiera².

² 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. Si bien la potestad tributaria de los gobiernos locales es asignada originariamente por la Constitución y debiera a nuestro juicio ser desarrollada por la Ley Orgánica de Municipalidades, ha prevalecido en nuestra

b. El principio de igualdad tributaria

El artículo 74 de la Constitución peruana de 1993 declara como principio rector del derecho constitucional tributario a la igualdad que el Estado debe respetar al ejercer la potestad tributaria. 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 Suprema.

En ese orden de ideas, consideramos que el principio de igualdad tributaria debe apuntar a la equidad fiscal, lo cual implica una cierta desigualdad cualitativa para entender como cumplido este principio, pues situaciones iguales deben ser tratadas igualmente y situaciones desiguales desigualmente. Es así que se sostiene en materia fiscal que deben pagar más quienes más ganan. Como afirma Landa, este criterio se debe aplicar en los impuestos directos en la medida en que es un principio que implica el reconocimiento y respeto de ciertos presupuestos, como la capacidad contributiva.

La igualdad tributaria tiene diversas derivaciones:

- a) La generalidad tributaria. En principio, la generalidad supone que todos sean contribuyentes en beneficio de toda la sociedad. En ese sentido, el principio de generalidad tributaria implica la interdicción de todo privilegio o de áreas inmunes al pago de tributos.

Como principio constitucional, la generalidad de la imposición debería constituirse en una barrera infranqueable a la concesión arbitraria, en virtud de ley, de exoneraciones y beneficios fiscales, perdones o moratorias.

Sin perjuicio de ello, el artículo 74 faculta a que por ley se establezcan exoneraciones. Estos beneficios suponen la utilización del tributo con fines extrafiscales o de política económica: correcta asignación de recursos, estabilidad de precios, redistribución del ingreso, pleno empleo, crecimiento económico, fomento de sectores productivos nacionales, entre otros. Es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero consideramos que dicha función puede derivarse directamente del artículo 58 de la Constitución que declara que el Estado orienta el desarrollo del país.

práctica constitucional que un decreto legislativo —la Ley de Tributación Municipal— determine los elementos esenciales de las contribuciones y tasas municipales. De acuerdo con esta norma, 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 y constituye en la práctica un poder tributario derivado.

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

En la misma línea del principio de generalidad, se establece excepcionalmente en el último párrafo del artículo 79 de la Constitución que solo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento especial para una determinada zona del país.

Asimismo, la Carta de 1993, al garantizar protección de nivel constitucional a los contratos ley, en cierta medida permite la creación de «islas normativas» que constituyen una excepción al principio de generalidad de la ley, que jurídica y técnicamente puede ser controvertido³. Se trata de un instrumento de política económica que debería tener fundamento solo por razones de interés nacional y al que nos hemos referido en el capítulo VI de la presente obra⁴.

A nuestro juicio, tanto en el caso de las exoneraciones, tratamientos tributarios especiales favorables o contratos de estabilidad en materia tributaria, la desigualdad de trato como excepción requiere para ser constitucionalmente válida una justificación razonable, objetiva y proporcional al fin perseguido, planteado todo ello en un amplio debate público, lo que por cierto no ha ocurrido con frecuencia.

- b) No toda desigualdad de trato significa discriminación, sino aquella que no está razonablemente justificada. La igualdad no es matemática, sino igualdad ante circunstancias iguales o similares y no admite el establecimiento de discriminaciones arbitrarias. Así, en la sentencia del Expediente 2727-2002-AA/TC, pronunciada el 19 de diciembre de 2003, caso «Compañía Minera Caudalosa S.A.», al resolver un caso de amparo constitucional en relación con el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN),

³ Valle (2006, p. 252) 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».

⁴ Pinilla Cisneros (1999, p. 102) afirma al respecto: «Entonces, 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».

el Tribunal Constitucional estableció que el principio de igualdad tributaria está estrechamente vinculado al de capacidad contributiva.

Así, la igualdad tributaria admite establecer un tratamiento diferenciado por categorías de contribuyentes. En el caso «British American Tobacco (South America) Ltd. Sucursal del Perú», Expediente 1311-2000-AA/TC, la demandante del proceso de amparo 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 para efectos 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 supone un distinto gravamen a productos iguales. En su fundamento tercero, la sentencia señala 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 tres países, criterio este que no corresponde a las características del producto.

En su fundamento 5 presume que la discriminación reducirá la demanda del producto con mayor carga tributaria. En consecuencia, concluye, la normatividad en cuestión —el Decreto Supremo 158-99-EF— 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. 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 diversidad, que no podrán superar los límites que impone la Constitución económica, la unidad del mercado y el ejercicio de la libertad de empresa en condiciones de igualdad.
- d) El principio de capacidad contributiva. Para que el trato tributario sea igual es preciso tratar a las personas de forma diferente, de acuerdo a su capacidad contributiva; y el trato diferente, respetuoso de la igualdad, consiste en que la tributación debe ser mayor si la capacidad contributiva es mayor (Corti, 2001, p. 150).

En la doctrina italiana, Moschetti afirma que la capacidad contributiva viene dada por la potencia económica o cuando la riqueza de un sujeto supera el mínimo vital, pues no podría existir capacidad de concurrir a los gastos públicos cuando falte o se tenga solo lo necesario para las exigencias individuales. En ese sentido, la capacidad contributiva es la aptitud para contribuir por encima de ese mínimo. Como precisa Fernández, en la capacidad contributiva no solo importa tener recursos, sino que se manifiesta luego de que el sujeto ha satisfecho las necesidades de una vida digna (Fernández Cartagena, 2005, p. 182).

- e) La progresividad tributaria. La capacidad contributiva se complementa con la progresividad. El trato igual se logra mediante la variación de la alícuota a medida que varía la base imponible del tributo. La concepción de conexionar el principio de igualdad con el principio de progresividad se orienta a una mejora sustantiva en el proceso de redistribución de la riqueza.

c. El principio de no confiscatoriedad

Al margen del juicio de valor que se tenga sobre la incorporación de este principio en la Carta Fundamental se trata de un precepto de valor normativo y vinculante. No es meramente declarativo o «programático», al igual que todos los demás previstos en el artículo 74 de la Constitución.

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

En ese orden de ideas, el tributo debe comprender una 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.

Asimismo, cabe señalar que en la doctrina nacional Carmen del Pilar Robles sostiene que, además del punto de vista cuantitativo, un tributo puede ser calificado de confiscatorio por un criterio cualitativo; esto es, cuando se produce una sustracción ilegítima de la propiedad por vulneración de otros principios, como el de legalidad, sin que interese el monto de lo sustraído, y puede ser incluso soportable para el contribuyente (Robles, 2006, p. 283). En el caso del Expediente 0041-2004-AI/TC, sobre el proceso de inconstitucionalidad contra diversas ordenanzas expedidas por la Municipalidad Distrital de Surco, el Tribunal Constitucional asumió en el fundamento jurídico 60 que los arbitrios

municipales vulneraban el principio de no confiscatoriedad desde un parámetro cualitativo.

Finalmente, cabe señalar que, a nuestro juicio, en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por trasgresión al principio de no confiscatoriedad por el Tribunal Constitucional, solo debería alcanzar a nulificar la porción del monto del tributo en que consiste el exceso y no el tributo mismo.

d. El principio de respeto de los derechos fundamentales de la persona

Cabe señalar que, en rigor, no se trata de un principio específico de la Constitución financiera, como aparece en el texto del artículo 74 de la Norma Suprema. El respeto de los derechos fundamentales de la persona es una obligación que surge directamente del Título I de la Constitución, sin requerir especificaciones en otros títulos de la Carta. 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, como hemos afirmado ya en varias ocasiones anteriores, el artículo 1 de la Carta Fundamental 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 conexiona estrechamente con el principio de reserva de la ley, pues este tiene como principal fundamento constituir una garantía de que al establecerse el deber fiscal, el Congreso de la República ha tenido en cuenta los bienes jurídicos tutelados por la Norma Suprema como derechos fundamentales de la persona.

En ese orden de ideas, la influencia de los derechos fundamentales en el ámbito tributario adquiere particular relevancia en tanto límites constitucionales y cauces para el ejercicio del poder tributario y de las potestades administrativas que el ordenamiento atribuye a la administración tributaria, en orden a la aplicación concreta de los tributos (inspección y comprobación, recaudación, régimen sancionador) que conjuntamente con otros derechos y garantías se establecen en el Código Tributario.

e. El principio de seguridad jurídica tributaria

Analizando el texto fundamental peruano de 1993, el principio de seguridad jurídica no está recogido explícitamente. Empero, 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 ese orden de ideas, se puede sostener que el principio de seguridad jurídica

es la suma de todos ellos, pero no se agota en los mismos. Como señala Bidart en referencia a los derechos constitucionales implícitos:

Esta apertura hacia los derechos implícitos evita estancarse 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 (Bidart Campos, 2002).

En esa dirección, es viable sostener que existe el derecho fundamental subjetivo a la seguridad jurídica dentro de los alcances de la cláusula constitucional de derechos fundamentales implícitos contenida en el artículo 3 de la Norma Suprema, que declara: «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».

En nuestra opinión, sin embargo, es preciso matizar el principio de irretroactividad, por cuanto una protección constitucional plena y sin matices de los derechos adquiridos es incongruente con un Estado social de derecho inspirado en la solidaridad como valor cimero. El principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un valor absoluto que petrifique el ordenamiento jurídico existente. Así, pues, no pueden invocarse el principio de seguridad jurídica 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).

3. LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA 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 en que pertenece al sistema normativo, aunque constitucionalmente sea inválida (Diez Picazo, 1990, p. 165).

Como sabemos, en nuestro sistema jurídico el conocimiento del proceso de inconstitucionalidad corresponde al Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución. La regla general es que las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una norma, en todo o en parte, no tienen efectos retroactivos, conforme al artículo 204 de la Constitución.

En relación con la acción popular, cuyo conocimiento es competencia del Poder Judicial, la Carta de 1993 no precisa específicamente los efectos en el tiempo de la sentencia, remitiendo en el artículo 200 a la ley orgánica reguladora del ejercicio de las acciones de garantía el determinar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas; esto es, al Código Procesal Constitucional.

Por consiguiente, la disposición contenida en la parte final del artículo 74 de la Norma Suprema, 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 que, por ende, no constituyó legítimamente un tributo, no son exigibles al contribuyente y deberían ser plenamente revisables con arreglo a la normatividad tributaria (cfr. Ruiz Zapatero, 2006, pp. 99-153).

Quizá con la finalidad de superar la controversia, 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. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia. En relación con las sentencias fundadas recaídas en procesos 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 apreciar el marco de los principios y valores superiores que la Constitución contempla en su techo ideológico. Asimismo, el Tribunal Constitucional deberá efectuar una interpretación previsor y no temeraria, auscultando las consecuencias y resultados en la sociedad de su interpretación al fijar los efectos en el tiempo de la sentencia (Sagüés, 1991, pp. 150-151).

Un criterio distinto asumió el Tribunal Constitucional en el caso del expediente 0041-2004-AI/TC, sobre la demanda de acción de inconstitucionalidad contra diversas ordenanzas expedidas por la Municipalidad Distrital de Surco que regulaban el régimen de arbitrios. 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 pagos realizados en aplicación de las ordenanzas declaradas inconstitucionales. Sin perjuicio de ello, dispuso que la Municipalidad Distrital de Surco se abstenga de iniciar o continuar el cobro de los arbitrios relacionados con las ordenanzas municipales declaradas inconstitucionales.

CAPÍTULO XVII

EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Como señalamos en el capítulo anterior, el régimen hacendístico y presupuestario integra la Constitución financiera, conformada por todos aquellos principios y normas constitucionales que organizan y limitan específicamente los diversos poderes, potestades y funciones que componen el denominado poder financiero, tales como los relativos a los diversos recursos públicos —especialmente los tributarios— así como el gasto público. En este capítulo desarrollaremos los principios rectores de la Constitución financiera en materia presupuestaria y de la deuda pública.

Una de las funciones de control sobre el Poder Ejecutivo por parte de los parlamentos democráticos es su participación en el proceso de creación de los instrumentos rectores de política económica. En esa dirección, la función presupuestal del Parlamento tiene una naturaleza ambivalente: es, al mismo tiempo, un acto de legislación, en cuanto 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).

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 es el derecho presupuestal, que es una institución eminentemente democrática.

Como es fácil percibir, 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. El presupuesto es un instrumento central a través del cual se cumple una parte de los objetivos de la política económica, fundamentalmente lo relativo a la asignación y distribución de recursos y la estabilización fiscal.

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).

Cabe precisar que la Ley de Presupuesto es una ley plena y no un acto administrativo del Congreso o una directiva para los funcionarios públicos. Para Fernández Segado, es: (i) un sistema de control de ingresos y gastos públicos; (ii) un plan de gestión y administración del ingreso y gasto público, vinculante para el Ejecutivo y objeto de control político; (iii) una ley especial, cuya iniciativa corresponde al Gobierno, de duración anual, determinada en su contenido en ciertos límites (Fernández Segado, 1992, p. 540).

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. La Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, LGSNP, Ley 28411, precisa en su artículo 1 que la norma establece los principios, así como los procesos y procedimientos que regulan el Sistema Nacional de Presupuesto, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 77 y 78 de la Constitución.

2. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL ESTADO

a. El principio de legalidad presupuestaria

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

El principio de legalidad presupuestaria implica para el gasto público dos efectos principales: le sirve de fuente de gasto y como condición para su regularidad. Es así un factor determinante para la eficacia de los actos y contratos de la Administración, de modo que devienen nulos los actos administrativos cuyo importe exceda las autorizaciones presupuestarias (Morón, 1999, p. 173).

b. El principio de anualidad

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

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

La temporalidad anual del presupuesto tiene como fin macroeconómico contar con un claro ordenamiento 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).

Finalmente, es preciso señalar que el principal efecto jurídico del principio de anualidad presupuestaria es el cese inmediato de su vigencia sin necesidad de derogatoria formal expresa.

c. El principio de competencia

Como señaló Planas, un problema central en materia del régimen presupuestario es determinar si la aprobación de la Ley de Presupuesto 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» (Planas, 1998, 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 indispensable colaboración e intervención de ambos poderes del Estado (Escribano, 1997, pp. 103-123).

En la dinámica entre estos órganos constitucionales, en el proceso presupuestario se distinguen cuatro fases que a grandes rasgos son: aprobación y control, dominadas por el Parlamento; y elaboración y ejecución, dominadas por el Ejecutivo (García Belaunde Saldías, 1998, p. 158).

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

Morón afirma que en nuestro ordenamiento constitucional, basado en la democracia representativa, corresponde a la ciudadanía conferir carácter legal a las acciones de recaudación de ingresos y de aplicación de recursos públicos a través de sus representantes elegidos y no directamente, así como asumir la vigilancia y control y aprobación final de las operaciones autorizadas (Morón, 1999, p. 169).

En este sentido, el Congreso, de acuerdo a nuestra Norma Suprema en sus artículos 56, inciso 4; 77; 79; 80; 81 y 102, inciso 4, es el órgano constitucionalmente habilitado para aprobar la Ley de Presupuesto, sus modificaciones, la Cuenta General y las obligaciones financieras que se encuentran acordadas en tratados internacionales. La función presupuestaria del Congreso no es delegable en la Comisión Permanente ni en el Poder Ejecutivo, conforme a los artículos 101, inciso 4, y 104 de la Norma Suprema. La única excepción se da si el presupuesto no se aprueba 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 Carta.

Morón opina que se trata de un control inter órganos, pues como contrapartida se establece una interdicción a los Congresistas en materia de iniciativa de gasto: es una excepción a la iniciativa legislativa de la que gozan los parlamentarios, prevista en el artículo 79 de la Constitución, conforme a la cual se encuentran inhabilitados para proponer la generación de un nuevo egreso presupuestal no previsto o el incremento en un monto menor (Morón, 1999, p. 169).

La iniciativa parlamentaria de gasto es fuertemente criticada en la doctrina, salvo Planas (1998, p. XXII). Con la Constitución de 1979 se aprobó esta interdicción a la iniciativa parlamentaria de gasto, aun cuando estaba referida en el texto de la Norma Suprema a los Congresistas pero no así al Congreso. Sin embargo, se sostiene que a partir de la Carta de 1979 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).

Disentimos de esta tesis por cuanto debería entenderse que el Poder Ejecutivo dispone del monopolio de la iniciativa presupuestaria, pero que una vez que el proyecto de presupuesto ingresa al terreno del Congreso, este puede modificar su contenido, en tanto que técnicamente no se está en presencia de iniciativa, sino de enmienda o modificación (Padilla, Nolasco & Gil, 2002, p. 6).

A nuestro juicio, la enmienda o modificación del presupuesto es constitucionalmente viable si está orientada a efectivizar el mandato constitucional del artículo 77 de la Norma Suprema de asignar equitativamente los recursos públicos y de que su programación y ejecución respondan a los criterios de necesidades sociales básicas y de descentralización. Se trata de exigencias socioeconómicas que la Constitución financiera encomienda al Estado satisfacer y deben prevalecer en caso de conflicto con las opciones de política económica de turno.

Finalmente, cabe señalar 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.

d. 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).

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

En el Perú, el tiempo para despachar el proyecto de presupuesto es de noventa días. En lo referido al proceso de revisión y debate en sede parlamentaria se distinguen tres fases:

- (i) La primera de sustentación del proyecto a cargo del Presidente del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas y se desarrolla

- en sesión pública del Pleno del Congreso. Este primer encuentro se caracteriza por un ambiente de polarización política y confrontación antes que de cooperación y negociación (Padilla, Nolasco & Gil, 2002, p. 8).
- (ii) 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 la Comisión 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 (Padilla, Nolasco & Gil, 2002, p. 8).
 - (iii) 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.

e. El principio de unidad y universalidad presupuestaria

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

El principio de unidad está explícito en el artículo V del Título Preliminar de la LGSNP, que declara que: «Todos los ingresos y gastos del Sector Público, así como todos los presupuestos de las entidades que lo comprenden, se sujetan a la Ley de Presupuesto del Sector Público». Ello supone proscribir cualquier supuesto de administración de recursos ingresados sin el correspondiente paso presupuestario (cuentas o ingresos extra presupuestarios) entre las entidades públicas (Morón, 1999, p. 183).

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: Gobierno Central e instancias descentralizadas.

En la Ley de Presupuesto, en relación con los gobiernos regionales y locales se consignan transferencias provenientes del Sector Público, dejando de incluir recursos propios, donaciones y empréstitos que administren 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.

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

el control parlamentario. Asimismo, evidencia la magnitud del presupuesto y el volumen del gasto público (García Belaunde Saldías, 1998, p. 146).

Cabe señalar que en nuestra Constitución financiera el principio de unidad debe concordarse con la autonomía presupuestaria de determinados entes de esencia constitucional para presentar separadamente su presupuesto: Poder Judicial (artículo 145), Ministerio Público (artículo 160) y Defensoría del Pueblo (artículo 162). Asimismo, la autonomía presupuestaria del Congreso es singular, por cuanto el mismo cuerpo legislativo sanciona su presupuesto.

El principio de unidad 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, Expediente 004-2004-CC/TC, el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia pronunciada el 31 de diciembre de 2004, declaró fundada la demanda del Poder Judicial e interpretó que conforme al artículo 145 de la Constitución es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que este último lo modifique, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República. Cabe señalar que no se afecta la competencia del Congreso para modificar el proyecto presentado.

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.

f. El principio de equilibrio presupuestario

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 ese mismo orden de ideas, el artículo I del Título Preliminar de la LGSNP declara que: «El Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones del financiamiento correspondiente».

Los ordenamientos constitucionales dejan a la discrecionalidad del gobierno la decisión en materia de equilibrio presupuestario como parte de la política económica. A nuestro juicio, esta es la mejor opción. Es preferible remitir esta materia a la política económica del gobierno, la cual eventualmente podría orientarse a un equilibrio presupuestario en perspectiva de mediano plazo.

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 Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal». En consecuencia, proponer un presupuesto deficitario es inconstitucional (Morón, 1999, p. 176).

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

g. El principio de exclusividad presupuestaria

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

En su dimensión constitucional se ha trazado una línea divisoria entre la materia estrictamente presupuestaria y la tributaria. En esa dirección, el artículo 74 de la Norma Suprema establece que las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

El problema de aplicación del principio resulta complejo cuando se trata de otras normas —no tributarias— ajenas a la materia estrictamente presupuestaria. De hecho, ha sido práctica frecuente incluir preceptos de la más diversa índole, entre ellos algunos que suponen modificaciones y derogaciones de normas jurídicas. Así, ha sido una práctica viciosa incorporar en la Ley Anual de Presupuesto disposiciones que no constituyen desarrollo o la instrumentación necesaria para que puedan realizarse las previsiones económicas contenidas en los estados de gastos e ingresos que fundamentalmente constituyen la naturaleza nuclear e intrínseca de los presupuestos¹.

¹ Es importante tener un sentido restrictivo de lo que constituye materia presupuestaria en la medida 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, 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.

En ese orden de ideas, se ha distinguido 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 son aquellas disposiciones que colaboran en el entendimiento del aspecto contable, son disposiciones de procedimiento y 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).

Es así que ha sido una práctica incorporar en las leyes anuales de presupuesto en el Perú y en el derecho comparado disposiciones sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos, régimen de pensiones del Estado, contratación pública, creación y supresión de entidades públicas, etcétera. A nuestro juicio, se trata de normas de contenido impropio.

De ahí que 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 han convertido en «leyes omnibus».

Estimamos que tratándose de estas normas no debiera ser aplicable el principio de anualidad, y se deben mantener vigentes mientras no sean derogadas expresamente por otra norma con rango de ley. Sin perjuicio de ello, lo más técnico es establecer que, en principio, su vigencia se limita al año correspondiente a la vigencia de la Ley de Presupuesto y que aquellas normas a las que se pretende dar vigencia indefinida se deben calificar explícitamente con ese carácter (Bermejo Vera, 1994, pp. 767-768).

Finalmente, cabe señalar que con la entrada en vigor de la primera Ley de Gestión Presupuestaria —Ley 26703— y a partir de la Ley de Presupuesto del año fiscal de 1997 se han reducido al mínimo las normas impropias o de dudoso contenido presupuestario.

h. El principio de justicia financiera

La conexión entre el derecho financiero y los fines sociales del Estado ha sido 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.

La justicia en el gasto público es entendida, más que como un principio general, como un valor superior del ordenamiento jurídico: el valor de la justicia financiera.

Así, nuestro texto constitucional incorpora una diversidad de mandatos que contienen fines sociales del Estado, que no pueden ser considerados meramente programáticos sino que suponen obligaciones y exigencias derivadas del valor «justicia financiera»:

- El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización (artículo 77 de la Constitución).
- Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon (artículo 77 de la Constitución).
- Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República (artículo 16, parte final, de la Constitución).

Con el desarrollo del Estado social y democrático de derecho la actividad financiera del Estado tiene como intención finalista hacer efectivos los procedimientos democráticos y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos (Corti, 1997, p. 126). Obviamente, también hacer efectivos los fines sociales del Estado que la Constitución le ha encomendado en materia fiscal.

Así, el profesor argentino Bidart 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 prelaiciones que vengán demandadas por las urgencias sociales» (Bidart, 2000, p. 45).

Es por esas consideraciones que creemos que 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 prestaciones positivas fundamentalmente a cargo del Estado, que tiene el mandato de hacerlos efectivos (Bidart, 2000, p. 45).

i. El principio de administración común de recursos públicos

No es un principio de la Norma Suprema. Es un principio preconizado en la doctrina presupuestaria y plasmado explícitamente en la LGSNP, cuyo artículo VI

del Título Preliminar establece que los recursos públicos que ingresan al tesoro público, 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 Público.

Se concibe este principio como una 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 existen ingresos destinados o cualquier otra circunstancia que afecte al administrador financiero central en su capacidad de gestión común de todos los ingresos y gastos (Bidart, 2000, p. 45). En ese orden de ideas, 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 (Jarach, 1985, p. 82).

El concepto de recursos públicos con afectación específica o de 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.

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 normativa.

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 corresponde 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 artículo 193, inciso 5 de la Constitución.

j. El principio de publicidad y transparencia fiscal

La publicidad es un principio fundamental del Estado de derecho y constituye a su vez una garantía para la seguridad jurídica. Solo los regímenes autoritarios niegan la transparencia de sus actos legislativos y de sus decisiones de gobierno.

Con el pretexto de la «seguridad nacional» no se puede justificar poderes sin control o la existencia de funcionarios que no se sometan a la fiscalización del Congreso, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General, así como a la vigilancia de la sociedad civil.

En materia fiscal, la publicidad y transparencia son fundamentales para la fiscalización de las finanzas públicas. Este es el instrumento utilizado por la mayoría de los cuerpos legislativos del mundo para influir en el diseño de las políticas públicas, para vigilar su implementación y para frenar y combatir la corrupción y la mala administración gubernamentales (Ugalde, 2000, p. 33).

En ese orden de ideas, el artículo XII del Título Preliminar de la LGSNP establece que el proceso de asignación y ejecución de los fondos públicos sigue los criterios de transparencia en la gestión presupuestal, brindando o difundiendo la información pertinente, 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 del debate presupuestario 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 presupuestario —efecto del principio de anticipación— incrementa las posibilidades de exposición ante la opinión pública de los grandes lineamientos de política 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 deben admitirse partidas secretas en la Ley de Presupuesto. Sobre el particular es aplicable la definición de las leyes secretas: ley secreta es la que no solamente no se publica, sino que además recibe expresamente el carácter de «secreta» o reservada para que no sea conocida de manera alguna (Bidart, II, p. 235). Las normas secretas en materia presupuestaria contravienen el Estado de derecho, pues la opacidad constituye el ambiente propicio para la corrupción gubernamental.

k. El principio de sanidad de las finanzas públicas

Se trata de un principio reconocido en el derecho comparado en las constituciones económicas 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 asigna al Estado 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 Estado eficiente en la recaudación de ingresos y prudente en el manejo del gasto público. Obviamente, un Estado deficitario, inflacionario y con una deuda externa impagable colapsará financieramente. En consecuencia, quedará impotente para cumplir con 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 un Estado 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.

3. EL RÉGIMEN DE LA DEUDA PÚBLICA

Las disposiciones rectoras en la Constitución de 1993 en materia de endeudamiento público son las siguientes:

- 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 endeudamiento público está regulado por ley. Así, el artículo 75 establece que las operaciones de endeudamiento interno y externo se aprueban «conforme a ley»; esto es, 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.

- La obligación de que el presupuesto garantice la deuda pública. En ese sentido, la Constitución financiera reconoce la prioridad de la deuda pública 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 de que el flujo de asignaciones para el repago será continuado, sin posibilidad de desconocimientos unilaterales (Morón, 1999, p. 186).

A nuestro juicio, más relevante es que la Norma Suprema garantice el pago de la deuda pública externa e interna, incluyéndose en esta última los recursos intangibles destinados a la seguridad social, dentro de un principio de proporcionalidad, de justicia y de igualdad de trato no reconocido en las últimas décadas en el pago de la deuda pública, tanto interna como externa.

Sobre el particular, en la sentencia de 29 de enero de 2004, 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, y la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la Ley 27684, el Tribunal Constitucional resaltó la importancia de que se reconozca un trato equitativo y no discriminatorio a la deuda pública interna respecto de la deuda pública externa.

- Se prohíbe recurrir al Banco Central de Reserva o al Banco de la Nación para el financiamiento del presupuesto. Es así que 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 Banco Central 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.
- 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 restricción al endeudamiento público que lo limita a gastos de inversión o de capital.

CAPÍTULO XVIII

EL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO

1. 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 como un anuario oficial que contiene los estados contables de las operaciones de la aplicación de la Ley de Presupuesto (Ugalde, 2000, p. 37)¹.

El gasto público es evaluado de forma posterior y por órganos técnicos. En el ordenamiento peruano, la Contaduría Pública de la Nación es el organismo público a cargo de formular y elaborar la Cuenta General de la República, realizando la integración y consolidación de la información recibida y efectuando el análisis de la misma, y la Contraloría General de la República, órgano rector del Sistema Nacional de Control, es la entidad a cargo de realizar la auditoría de la Cuenta General y de emitir un informe en esta materia.

Conforme al artículo 81 de la Norma Suprema —cuyo texto fue reformado por la Ley 29401 publicada el 8 de septiembre 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 revisora² hasta el quince de octubre. El Congreso de la República se pronuncia en un plazo que vence el 30 de octubre. Si no hay

¹ El artículo 23 de la Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad, Ley 28708, la definió como un instrumento de gestión pública 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 durante un ejercicio fiscal.

² En nuestra práctica parlamentaria es la Comisión de Presupuesto y Cuenta General.

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.

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 debería 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. Así, la revisión financiera y legal del gasto debe realizarse de forma previa al inicio de la fase parlamentaria del proceso presupuestario. Si a esta incorporación de resultados orientadores se agregan los resultados del control de evaluación a cargo de las comisiones, se obtiene un sistema eficiente y comprehensivo de control sobre la ejecución del gasto en general, y de implementación de políticas públicas en lo particular (Padilla, Nolasco & Gil, 2002, p. 2).

Cabe señalar que la Norma Suprema no contempla la eventualidad de que el dictamen de la Comisión Revisora sea desaprobado por el Pleno del Congreso.

2. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Constitución peruana de 1993 define a la Contraloría 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. Puede ser removido por el Congreso por falta grave³.

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*), 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).

³ Consideramos que no puede sino interpretarse como conducta punible apreciable por el Congreso con criterio de conciencia, en tanto no esté debidamente tipificada. Puede considerarse como tal: falta de honestidad, abandono notable de sus deberes, ineficiencia manifiesta, irregularidad en el desempeño de sus funciones. A nuestro juicio, la Constitución debería adicionalmente prever como causas de remoción la incapacidad física o mental.

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, y constituye un sistema de control interno. Cabe anotar que un sistema de control interno conformado por Inspectorías al interior de las entidades del sector público estaba vigente ya en el Perú desde el Decreto Ley 19039, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control.

En la Constitución peruana de 1993, el concepto clave en materia de competencias de la Contraloría General es el de supervisión. La Norma Suprema, en el acotado artículo 82, le encomienda 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. La supervisión se distingue de la dirección por la titularidad del objeto, que está referida a asuntos ajenos, mientras que la dirección se refiere a cosas propias.

La legislación de desarrollo constitucional debería orientar las funciones de la Contraloría a procurar exigir de la Administración Pública: responsabilidad, correspondencia a expectativas, información y rendición de cuentas, lo que en inglés está englobado en el concepto de *accountability*.

En esta materia es importante resaltar el rol de control político de las comisiones parlamentarias de investigación. El artículo 97 de la Norma Suprema establece: «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 debe cumplir un rol de asistencia técnica a estas comisiones *ad hoc* para potenciar su eficiencia y efectividad.

3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS PRINCIPIOS

Para el cumplimiento de sus fines, el Estado necesita adquirir bienes y servicios de proveedores públicos o privados. A este tipo de negocios jurídicos se les denomina contratos públicos. Cabe señalar que el Estado es el principal comprador y contratista; esto es, el conjunto de entidades del Estado (gobierno nacional, gobiernos regionales, locales y empresas públicas) realizan compras por porcentajes importantes del presupuesto nacional y el 12% del Producto Bruto Interno.

Sobre el particular, la Constitución 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 bienes»⁴. Asimismo, prevé que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo 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.

Del texto del artículo se infieren las siguientes reglas:

- La adquisición de bienes y servicios y la contratación de obras, siempre y cuando se utilicen fondos o recursos públicos⁵, 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 público y contrato público, 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 pública y concurso público, previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones 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 de desarrollo constitucional, y en la que se establecen los casos en los

⁴ A nuestro juicio, la aplicación de la licitación pública para la «enajenación» de bienes a que se refiere este artículo es incorrecta por cuanto lo que corresponde es la subasta pública, que generalmente es el procedimiento que utiliza el Estado para vender sus bienes. No puede confundirse con la licitación pública, utilizada para seleccionar contratistas cuando se trata de la adquisición de determinados bienes y servicios para el Estado o para la contratación de la construcción de obras públicas.

⁵ La Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley 28411, en su artículo 10 establece que la finalidad de los fondos públicos es la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan. Su percepción es responsabilidad de las entidades competentes con sujeción a las normas de la materia. Los fondos se orientan de manera eficiente y con atención a las prioridades del desarrollo del país.

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 19° 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 (fundamento 19)⁶.

Sobre la base de la doctrina del derecho administrativo, nos referiremos a los principios generales de la contratación pública, entre ellos: la libre concurrencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad, la transparencia y la objetividad.

- a) La libre concurrencia posibilita la defensa del interés económico del Estado en el contrato, pues solo operando dentro de un mercado de competencia perfecta cabe obtener el mejor precio o la mejor oferta de adhesión para el esquema contractual diseñado por la Administración (Monedero Gil, 1977, p. 331). 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). Empero, en caso de duda, esta debe ser resuelta siempre a favor del principio de libre concurrencia.
- b) La igualdad. Se deriva del derecho fundamental de igualdad ante la ley. Como señala Dromi, 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

⁶ 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 utilicen 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 de derecho y a una cultura democrática.

mismas bases. Así, toda ventaja concedida por la entidad pública a favor de un postor, que simultáneamente no haya sido efectuada a los demás, lesiona y restringe el principio de igualdad (Dromi, 1977, p. 101). Supondría un trato discriminatorio que vicia de nulidad el procedimiento administrativo de selección. En ese orden de ideas, la sentencia del Tribunal Constitucional, del citado «caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima», en su fundamento 13, sostiene que: «[...] por su parte, 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 sea absoluta, por cuanto son admitidas internacionalmente las 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 desfavorecidos de la sociedad⁷. Asimismo, existen políticas públicas de fomento de determinadas actividades que son priorizadas por el Estado, en armonía con fines constitucionales, que fundamentan técnicas de discriminación positiva a favor de sectores de proveedores en las normas de contratación estatal: la 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, 2006, pp. 307-308)⁸.

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 ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano 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 estableció 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 sentencia de 26 de abril de 2004, correspondiente al Expediente 018-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional, al analizar la aplicación del principio de razonabilidad asumió el criterio de que la ley era justificada por cuanto:

⁷ Tal como lo admite el artículo 32.4.d) de Ley Modelo sobre la contratación pública de bienes y obras, elaborada en 1993 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

⁸ En el caso de los Estados Unidos la legislación de pequeñas empresas prevé un trato preferente a estas en la contratación pública.

- 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 riqueza nacional.

Cabe señalar dentro del actual contexto internacional que el Acuerdo Plurilateral de la Organización Mundial del Comercio procura la liberalización de la contratación pública mediante la eliminación de barreras a las empresas nacionales de los Estados partes, y es exigible por parte de los contratistas extranjeros un trato nacional en los procedimientos de selección para bienes en general y determinados servicios que superen umbrales mínimos establecidos (Linares, 2006, pp. 55-56). Ello se ha visto reforzado con disposiciones contenidas en los tratados o acuerdos de libre comercio que exijan trato igualitario entre las empresas nacionales y las domiciliadas en los países signatarios.

- c) La publicidad, que es un principio general del procedimiento administrativo, se manifiesta en un doble sentido: significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento de la convocatoria de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia. En un segundo sentido, la publicidad implica que la licitación y el concurso público son abiertos al público en general y a los postores en particular. De ahí que 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 postores.
- d) La transparencia. Para Dromi, 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 por la gestión pública confiada (*accountability*) (Morón, 2006, pp. 198-199).

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: «En términos generales, el principio de transparencia estará garantizado 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».

- e) Finalmente, la doctrina del derecho administrativo reconoce el principio de objetividad que supone la obligación de la administración pública de realizar una exacta ponderación de los intereses en juego en el proceso de selección (López Menudo, 1992, p. 52)⁹. Así, todo proceso de selección para contratar con el Estado debe basarse en criterios y calificaciones objetivas, debidamente motivadas y accesibles a todos los postores.

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 t) del numeral 3.3 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, establece como exceptuadas de la Ley a las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito. 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, y ello ha debilitado a las empresas peruanas de ingeniería y consultoría.

⁹ 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».

CAPÍTULO XIX

LA DESCENTRALIZACIÓN ECONÓMICA Y FISCAL

1. CONCEPTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO

Como cuestión previa se debe definir la descentralización. Brewer Carías 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).

En el Perú, la Carta 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 poderes 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, promueve la integración regional y la constitución de macroregiones. 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, económicamente 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, y 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. Es un proceso para una amplia variedad de objetivos, 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 públicos¹, 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

¹ Sola (2004, p. 320) define bien público como aquel que provee la organización pública y cuyo precio son los impuestos que pagamos.

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 ECONÓMICA Y FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y SUS REFORMAS

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.

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 191, declara que las regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. En la misma dirección, el artículo 194 reconoce esta autonomía a las municipalidades.

El inciso 1 del artículo 9 de la Ley de Bases de la Descentralización, LBD, 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 organizativa (Zas Friz, 1999, p. 492). Pero debe destacarse que esa autonomía financiera es la piedra angular de la descentralización, la misma que presenta dos vertientes:

- (i) Del lado de los ingresos, el aspecto nuclear radica en la potestad tributaria propia como elemento determinante de la autonomía financiera de un ente descentralizado.
- (ii) 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.

En esa dirección, la autonomía financiera de los gobiernos regionales y de las municipalidades en el ordenamiento constitucional peruano está aún muy restringida, y esta situación se contradice con la declarada autonomía política que la Carta les reconoce.

Así, la Norma Suprema, 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 reforma constitucional de 2002, aprobada por la Ley 27680, al modificar el artículo 192.1, prevé la competencia de los gobiernos regionales para aprobar su presupuesto y en el artículo 193 establece sus bienes y rentas. La LBD 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 ha asignado un poder tributario derivado, tal como lo hemos advertido anteriormente. En consecuencia, corresponde a la legislación especial de la materia determinar los elementos esenciales de las contribuciones y tasas municipales y regionales.

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 ley².

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 locales³.

Hay que advertir que los resultados del referéndum para la conformación de regiones realizado en octubre de 2005 han significado un serio revés al diseño y conformación de las regiones que fuera promovido por el Consejo Nacional

² Cabe señalar que el inciso d) del artículo 5 de la LBD precisa 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 titular 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, inciso 1, literal g) de la LBD declara como competencia exclusiva del Gobierno Nacional a la tributación y endeudamiento público nacional.

³ 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.

de Descentralización, organismo creado por la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, como ente rector del proceso y de coordinación inter-administrativa, durante el régimen del presidente Toledo. Este resultado obliga a revisar las normas aplicables para la realización de los próximos procesos de referéndum que deberán efectuarse en el futuro de acuerdo a la Ley Bases de la Descentralización.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL DE LAS REGIONES Y MUNICIPALIDADES

a. 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 se desarrolla a través de tres modelos:

- Transferencias intergubernamentales.
- 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.

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: (i) en una primera etapa: transferencias presupuestales y asignación de recursos del Fondo de Compensación Regional; (ii) en la segunda etapa, ya constituidas las regiones,

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 Administración Tributaria-SUNAT en la recaudación de estos impuestos.

Conforme a la Ley de Descentralización Fiscal, los impuestos internos nacionales cuya recaudación se asignará a la región son: a) el Impuesto General a las Ventas, sin comprender el Impuesto de Promoción Municipal; b) el Impuesto Selectivo al Consumo; c) el Impuesto a la Renta de personas naturales, correspondiente a rentas de primera, segunda, cuarta y quinta categoría. Las regiones tendrán un 50% de la recaudación de los impuestos nacionales mencionados.

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 Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, pero cuyo órgano directivo estaría presidido por el representante del Presidente de la República e integrado por representantes de las Regiones⁴.

En relación con el endeudamiento, la Ley de Descentralización Fiscal establece que el destino de las operaciones de endeudamiento interno y externo de los gobiernos regionales y gobiernos locales podrá ser única y exclusivamente el financiamiento de proyectos de inversión pública. Prevé que la determinación de la capacidad de pago por parte del gobierno nacional respecto a los gobiernos regionales y gobiernos locales se realizará mediante el análisis de su situación fiscal conforme a la legislación de la materia.

b. 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».

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:

⁴ En esa dirección, Spisso (1991, p. 475) propone una reforma constitucional en Argentina para que los impuestos nacionales sean recaudados por un Consejo Fiscal Federal, que será presidido por el representante de la Nación e integrado por las provincias y por la Municipalidad de la Capital Federal.

«Corresponde 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 los términos de la Constitución peruana de 1979 (Dammert, 2002, p. 31).

En consecuencia, el canon 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 en que esta última es un gravamen como 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 les corresponde 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 permitir a las regiones retener parte del excedente económico generado en el territorio de sus circunscripciones.

El canon es un concepto 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 (Pulgar Vidal, en Dammert, 2002, p. 111).

La Ley de Canon —Ley 27506— 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, y 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 gobiernos locales de las circunscripciones donde se hallan dichos recursos⁵.

El Tribunal Constitucional peruano ha precisado jurídicamente la diferencia entre el canon y la regalía, en el caso del Expediente 0048-2004-PI/TC, correspondiente al proceso de inconstitucionalidad promovido contra diversos

⁵ Modificado por el artículo 1 de la Ley 28077.

artículos de la Ley 28258-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.

c. El Fondo de Compensación Regional

La reforma constitucional de 2002, aprobada por la Ley 27680, 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. Su carácter redistributivo está inspirado en el principio de solidaridad. Ese fondo 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.

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, considerando factores de pobreza, necesidades insatisfechas, ubicación fronteriza, población, aporte tributario al fisco e indicadores de desempeño en la ejecución de inversiones. Asimismo, establece que el Ministerio de Economía y Finanzas aprueba los índices de distribución del FONCOR, ejecutando la transferencia de los recursos en la forma y plazos establecidos, bajo responsabilidad.

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».

4. LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL DE LAS MUNICIPALIDADES

Como sabemos, la clave de la democracia de participación está precisamente en acercar el poder al ciudadano para que pueda efectivamente participar, y ello deberá ocurrir en las municipalidades como unidades políticas primarias de la organización nacional. El gobierno local es el nivel de gobierno descentralizado más radicado en la estructura estatal, aun cuando en el ámbito financiero carece de autonomía por carecer de un poder tributario originario.

En la Constitución peruana de 1993, el artículo 196 prevé los siguientes bienes y rentas municipales:

1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
2. Los tributos creados por ley a su favor.
3. Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por ordenanzas municipales, conforme a ley.
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 Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.
6. Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
7. Los recursos asignados por concepto de canon.
8. Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran el aval del Estado conforme a ley⁶.
9. Los demás que determine la ley.

La actual Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, en su artículo 62 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; (iv) los recursos asignados del FONCOMUN; (v) las asignaciones y transferencias presupuestales del gobierno nacional; (vi) los recursos asignados por concepto de canon y renta de aduana; (vii) las asignaciones y transferencias específicas establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, para atender los servicios descentralizados de su circunscripción; (viii) 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; (ix) los recursos derivados de la concesión de sus bienes inmuebles y los nuevos proyectos, obras o servicios entregados en concesión; (x) los derechos por la extracción de materiales de construcción ubicados en los álveos o cauces de los ríos, y canteras ubicadas en su jurisdicción; (xi) el íntegro de los recursos provenientes de la privatización de sus empresas municipales; (xii) el peaje que se cobre por el uso de la infraestructura vial de su competencia; (xiii) los dividendos provenientes de sus acciones; y (xiv) las demás que determine la ley.

⁶ 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».

Los impuestos municipales son tributos centralizados por cuanto los impuestos municipales directos (predial, alcabala, y patrimonio vehicular) y los indirectos (apuestas, juegos y espectáculos públicos no deportivos) 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— son determinados por el nivel central, sin considerar las necesidades de financiamiento de los municipios (Zas Friz, 1999, pp. 526-527).

En materia de impuestos locales, los municipios se limitan a ejercer funciones de recaudación y de fiscalización. En consecuencia, no se puede hablar de la autonomía financiera de los gobiernos locales con relación a los impuestos municipales.

Igualmente, son de naturaleza centralista los impuestos y de las participaciones creadas por ley como recursos de las municipalidades (Zas Friz, 1999, pp. 528-529).

En relación con el sistema de transferencias a través del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) las municipalidades tienen una mínima autonomía financiera (p. 529).

A nuestro juicio, la autonomía financiera de los gobiernos locales proclamada en el artículo 194 de la Norma Suprema 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, con los siguientes lineamientos:

- (i) Un impuesto predial cuyos valores sean actualizados descentralizadamente por las municipalidades provinciales, en el marco de la ley que fije criterios homogeneizadores.
- (ii) 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.
- (iii) Criterios objetivos y de equidad para la redistribución de los recursos del Fondo de Compensación Municipal.

5. PROMOCIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN EN LAS REGIONES Y MUNICIPALIDADES

El artículo 192, inciso 8 de la Constitución prevé como competencia de los gobiernos regionales: fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance

e impacto nacional. En la misma dirección, el artículo 195, inciso 7 de la Constitución prevé como competencia de los gobiernos locales el fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.

Dentro de este marco constitucional se ha dictado la Ley 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada. A nuestro juicio, las políticas de promoción y captación de las inversiones por los gobiernos regionales y locales que desarrolla la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada deberán ajustarse en su aplicación al principio de unidad de mercado, que implica la igualdad de condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica que permitan al Estado ejercer su rol de orientación del desarrollo del país.

CAPÍTULO XX

LA TUTELA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES

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

La Constitución peruana de 1993 estableció al Tribunal Constitucional en su artículo 201, al cual le asigna el rol de «órgano de control de la Constitución». Su antecedente se encuentra en el Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto en la Constitución de 1979, en su artículo 296 con la misma definición. Nos hemos referido reiteradamente al Tribunal Constitucional como el Supremo Intérprete de la Constitución, 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)¹. Se afirma que los tribunales constitucionales son la coronación del Estado de derecho (Lucas Verdú, 1984, p. 828).

García Belaunde conceptúa que existirá jurisdicción constitucional cuando se instituye un tribunal que resuelve los conflictos constitucionales, respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando su fuerza normativa (García Belaunde, 1998, pp. 5-35).

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 del

¹ 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.

poder económico y de habilitación al poder del Estado para intervenir ante las fallas del mercado. Asimismo, restringe el poder del mercado, eficiente en la asignación de los recursos, pero sin un horizonte social redistributivo en la estructura social, y habilita a su vez la intervención del poder estatal. Se trata de una nueva concepción del *check and balances* que corresponde a un Estado social y democrático de derecho. En 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 civil. Es por ello que coincidimos con Abad cuando sostiene que hubiera sido pertinente que la Constitución reconozca expresamente su calidad de Supremo Intérprete de la Constitución, pues ello constituye una característica esencial de esta clase de tribunales. Empero, precisa que esta afirmación no pretende indicar que sea su único intérprete, sino que reconociendo la competencia de los demás órganos para hacerlo —por ejemplo, el Poder Judicial o el Legislativo— la interpretación que el Tribunal finalmente acoja en un caso concreto que se le someta es la que debe primar sobre los restantes órganos constitucionales (Abad, 2004, p. 41).

a. El Tribunal Constitucional peruano como poder político

Los tribunales constitucionales constituyen un poder político. 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 Constitucional 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 ha concluido. 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, la acción de inconstitucionalidad, es de elevada significación política y práctica. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional peruano se constituye tanto en una fuerza jurídica como en una fuerza política.

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. el Congreso de la República», sobre proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 28389 de reforma constitucional y contra la Ley 28449 de aplicación de nuevas reglas pensionarias del Decreto Ley 20530, en el fundamento jurídico 11 precisó que:

... 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, se ha enfatizado 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 que 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.

b. El fundamento del régimen económico

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del «caso Nesta», expediente 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 que 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 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.

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 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 y/o transformación de uno o varios productos.

Asimismo, debe destacarse el rol del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionalidades por omisión, esto es, por la pasividad o ausencia de legislación para hacer efectivas las normas constitucionales. 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» (Fernández Rodríguez, 1998, p. 81). Además, se presenta una vertiente material de la inconstitucionalidad por omisión en la exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio.

Su importancia es particularmente relevante en materia de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el capítulo II del Título I de la Norma Suprema («De la Persona y de la Sociedad») o de las disposiciones del Título III («Del Régimen Económico») que desarrollan los principios del Estado social y democrático de derecho, que es el principio central de articulación del orden político contemporáneo del capitalismo, desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial (De Cabo Martín, 1986, p. 16). Partiendo de la tesis en la que asumimos que frente a la soberanía del Parlamento prevalece la soberanía de la Constitución, no cabe duda de que cuando la Constitución impone al legislador la obligación de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador 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 conculcación (Sagüés, 2005, p. 998).

Finalmente, debe resaltarse el rol del Tribunal Constitucional en la solución de 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:

- 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí;
- 3) 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 EL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

a. Organismos reguladores

Los organismos reguladores son entidades con personería jurídica de derecho público propia que forman parte de la Administración. En términos generales, puede considerarse que tienen un cierto margen de independencia frente al gobierno, específicamente del Poder Ejecutivo, un carácter eminentemente técnico y normalmente reglado para las decisiones que adoptan, lo que limita la dirección gubernamental tradicional. Si bien en el Perú algunas entidades con las características de autoridades administrativas independientes han adquirido rango constitucional que refuerza su autonomía, como son los casos singulares del Banco Central y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, no consideramos indispensable que se requiera una reforma constitucional para potenciar la autonomía de los organismos reguladores. La ley les debe reconocer un nivel de autonomía potenciada propio de las autoridades administrativas independientes, con un ámbito de competencias propio y exclusivo y eximidos del sometimiento a órdenes o instrucciones del gobierno. Asimismo, sus directivos deben ser nombrados por un mandato fijo que no debería coincidir con el periodo del Presidente de la República (Quintanilla, 2004, p. 33). Los nuevos organismos reguladores en el Perú tienen personalidad jurídica propia aunque no dispongan de una total independencia frente al Estado, en particular del Poder Ejecutivo, que suele reservarse el nombramiento de los principales funcionarios y también la fiscalización de los gastos; esto es, están subordinados al control y a la dirección política del gobierno.

El artículo 32 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que los organismos reguladores: (i) 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; (ii) están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros; (iii) dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras y de solución de controversias y reclamos en los términos previstos por la ley de la materia; (iv) definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias; (v) determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de gobierno; (vi) 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; (vii) defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley.

Los organismos reguladores se conciben como mecanismos de corrección de las supuestas deficiencias del sistema democrático y de los fallos del propio mercado. Ariño señala que la regulación se ve obligada, en algunos casos, 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) (Ariño, 2011, p. 45).

En suma, 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.

b. Función de los organismos reguladores en el Perú

El cometido principal de los organismos reguladores en el Perú (Cassagne, 1994, pp. 150 y ss.; Pérez Hualde, 2005; Lara, 2006) es el control de la prestación de un servicio público, según la finalidad específica dispuesta en la ley, respondiendo al mandato genérico contemplado en el artículo 65 de la Constitución vigente, que encomienda al Estado la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

Pérez Hualde señala que la protección del usuario del servicio público se fundamenta constitucionalmente en las siguientes razones: (i) que es la presencia del usuario, en los niveles y cantidad adecuados, la que otorga o no el carácter esencial de generalidad al servicio público; (ii) que es respecto del usuario, que es fuerte y también es débil y necesitado de protección, donde se encarna la exigencia de igualdad; (iii) que el usuario no está solo, se le concibe con su familia; (iv) que se concibe al usuario en compañía de los demás destinatarios del servicio, con los que puede constituir asociaciones; (v) que el usuario está tomado en sentido amplio, como actual destinatario del servicio público y como futuro beneficiario; (vi) que el usuario es el protagonista excluyente del sistema de servicios públicos desde el momento en que es el componente que brinda con su presencia sentido a todo el complejo de relaciones y de normas que integran el servicio público (Pérez Hualde, 2007, pp. 488-489).

Los organismos reguladores requieren siempre de una ley expresa que los habilite y limite su actuación, y se constituyen 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 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 en el servicio. La graduación de las sanciones debe realizarse de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, esto es, 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 la 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, y 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, pp. 79 y ss.) habilitan expresamente 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 y 757, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado y Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada —ambas de 1991— y otras más dictadas posteriormente, son las que facilitaron el ingreso del sector privado en lo que antiguamente 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, la 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 han creado organismos reguladores en el ámbito de los servicios públicos, tales como saneamiento (SUNASS)², energía (OSINERGMIN)³, telecomunicaciones

² 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.

³ 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 transfirieron 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. Actualmente, las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental han sido transferidas al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA, creado y adscrito al Ministerio del Ambiente mediante el Decreto Legislativo 1013.

(OSIPTEL)⁴ e infraestructura de transporte público (OSITRAN)⁵. Cabe advertir que el INDECOPI no es propiamente un ente regulador, sino una agencia de defensa de la competencia.

La Ley Marco de los Organismos Reguladores es de aplicación a las mencionadas entidades, a las cuales se les ratifica su autonomía administrativa. Sus funciones son, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, el supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas; la facultad de fijar tarifas; la de dictar reglamentos, normas de carácter general y particular; fiscalizar y sancionar; atender los reclamos de los usuarios y la solución de controversias que se susciten entre las empresas.

Esta breve reseña busca poner de manifiesto que la competencia económica, protegida constitucional y legalmente, se encuentra en sectores económicos y sociales muy importantes y está ampliamente limitada 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 han dado 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, caso Roberto Nesta Brero y otros, ha señalado que la ley (Ley 27332) ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos una misión de especial importancia para el correcto desenvolvimiento del mercado, pues les 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 le son inherentes. El Tribunal constata que existe una percepción de que los organismos reguladores, por lo menos a la fecha de la sentencia,

⁴ Ley, 27336, Ley de desarrollo de funciones y facultades del OSIPTEL. Decreto Supremo 008-2001-PCM, aprueba el Reglamento General de OSIPTEL.

⁵ 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.

no venían defendiendo apropiadamente los derechos de los consumidores y usuarios. Finalmente, 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.

c. El Instituto de Defensa de la Competencia: INDECOPI

En la década de 1990 se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) por Decreto Ley 25868 del 18 de noviembre de 1992, sobre la base, solo parcialmente utilizada, del Instituto Tecnológico Industrial y de Normas Técnicas (ITINTEC) creado en la década de 1970. Actualmente, está regido por el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Esta norma lo reconoce como organismo público especializado con personería jurídica de derecho público, con autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa, y adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Está conformado por un consejo directivo de cinco miembros cuyo presidente es designado por el Presidente de la República y que tiene la representación de la institución, un órgano consultivo y un tribunal —que es la última instancia administrativa—, comisiones, direcciones especializadas y secretarías técnicas. Las principales funciones del INDECOPI son vigilar la libre iniciativa privada y la libre empresa, la eliminación de barreras burocráticas, defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas, corregir las distorsiones causadas por el *dumping* y los subsidios, proteger los derechos de los consumidores, proteger el crédito mediante la conducción del sistema concursal y administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos intelectuales en sus dos ramas tradicionales, la propiedad industrial y el derecho de autor. Esta institución *sui generis* está facultada para emitir directivas en las áreas de su competencia, supervisar y fiscalizar actividades económicas, iniciar procedimientos de oficio, imponer sanciones, ordenar medidas cautelares, dictar medidas correctivas, entre otras más, y resolver los conflictos que se le sometan.

El INDECOPI fue concebido como un ente autónomo técnica, económica y administrativamente, encargado de proteger el mercado de las prácticas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia, de la sanción de aquellas

que generen competencia desleal, así como de proteger los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, sea como propiedad industrial o como derecho de autor. Es también el organismo encargado de sancionar la publicidad engañosa y dirigir el sistema destinado a la protección de los consumidores⁶. Para resolver los conflictos que se presenten o para registrar y proteger los derechos intelectuales, cuenta con comisiones y oficinas que gozan de amplias facultades para requerir y solicitar información, pedir el auxilio de la fuerza pública y ordenar medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne irreparable. Cuenta, asimismo, con el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, que es un órgano con autonomía técnica y funcional constituido por salas especializadas en los asuntos de competencia resolutive del INDECOPI, conforme al numeral 12.1 del artículo 12 del Decreto Legislativo 1033. Las resoluciones de este tribunal pueden ser impugnadas en la vía judicial mediante proceso contencioso administrativo.

Como bien ha puesto de manifiesto Bullard, el INDECOPI no es propiamente un ente regulador, sino una «agencia de competencia» (Bullard, 2003, pp. 625 y ss.), pues si bien ambos persiguen conceptualmente el bienestar de los consumidores, la «agencia» actúa cuando la competencia es posible y hay que preservarla, mientras que la regulación es una opción cuando ella no es posible o es difícil esperar que surja competencia. Por eso, esta última suele existir en los monopolios naturales o en la concesión de servicios públicos. En este sentido, como ya hemos dicho, el INDECOPI no busca sustituir al mercado ni su protagonismo, sino más bien fortalecer el proceso competitivo. Pero hay territorios, como el de la protección al consumidor que está a su cuidado, donde no basta ser un árbitro, sino que, en una sociedad con tan poca igualdad como la nuestra, es preciso tener un rol proactivo y en ocasiones protector para poder edificar un Estado social y democrático de derecho.

Este rol ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia de 5 de diciembre de 2006, caso «Ferretería Salvador S.R.L.», Expediente 1963-2006-PA/TC.

⁶ 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 de 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 29581, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Recientemente se han expedido: el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo 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, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; el Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el Decreto Legislativo 1045, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor.

En su corta vida, el INDECOPI ha tenido una gran influencia en el ámbito del derecho de la competencia. Ello ha sido fruto de una concepción original y adecuada a nuestras necesidades, a las facultades que la ley le otorgó y a la calidad de sus funcionarios. Las resoluciones emitidas por el INDECOPI y sus precedentes de observancia obligatoria (que tienen tal calidad para los miembros del Instituto y no para el Poder Judicial) han tenido una significativa y benéfica influencia en las conductas de los agentes económicos y en el propio Estado. En la actualidad, cualquier tema jurídico y económico vinculado a la competencia económica no puede dejar de lado los pronunciamientos del INDECOPI, habiéndose sus resoluciones convertido en una referencia obligada en el tema que nos ocupa. Estos son los medios en virtud de los cuales, en los conflictos que se le someten, se perfilan y concretan derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos vinculados a la actividad económica.

3. LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES

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

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 establece 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 del buen funcionamiento del mercado, esto es en última instancia de la competencia. 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 ha precisado 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. El artículo 1 del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la CONASEV, aprobado por Decreto Ley 26126⁷, actualmente

⁷ Texto modificado por la Ley 29782, Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores.

establece que la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) es una persona jurídica de derecho público, que tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos, a través de la regulación, supervisión y promoción.

La transparencia abarca dos aspectos o segmentos:

- (i) La transparencia en la información que debe ser proporcionada por las empresas emisoras de valores, ya sea sobre estos o sobre el propio desarrollo de la empresa;
- (ii) 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).

4. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La democracia como forma de gobierno debe ser defendida por efectivos controles. Una de las instituciones de defensa de los valores de la democracia y del Estado social y democrático de derecho es el Defensor del Pueblo, al punto que la Defensoría del Pueblo ha sido calificada como un signo de identidad y legitimidad democrática. 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, el Defensor del Pueblo es una instancia 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 el Defensor del Pueblo 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 Pégola en una definición que ha hecho fortuna, «una magistratura de la persuasión» (La Pégola, 1979, p. 75).

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 solicite, 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's who* de la irresponsabilidad o ineficacia, en el cual son nombrados los funcionarios y los organismos cuya conducta negligente ha sido comprobada (Maiorano, 1984, p. 842).

El objeto de su control ha ido evolucionando 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 la Defensoría del Pueblo se instituyó en la Constitución de 1993, en uno de sus aspectos más progresistas, que le asignó en su artículo 162 las siguientes competencias y atribuciones:

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

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

5. LOS PROCESOS DE AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO

a. El proceso de amparo

El amparo constitucional está previsto en la Constitución peruana de 1993 en su artículo 200.2, como una acción de garantía constitucional que procede contra la acción u omisión de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos reconocidos en la Constitución, distintos a los de la libertad individual o física. Asimismo, dispone expresamente que el amparo no procede contra leyes⁸. En general, la tendencia dominante en el derecho comparado es considerar al amparo como un proceso constitucional.

Como sostiene Abad, el proceso de amparo constituye una tutela privilegiada cuya finalidad esencial es proteger eficazmente los derechos fundamentales.

⁸ 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 con la Constitución. El desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano ha admitido el amparo contra normas autoaplicativas. Así, entre otras, la sentencia pronunciada en el caso *Taj Mahal Discoteque* y otra, Expediente 3283-2003-AA/TC.

Se trata, en definitiva, de un proceso especial que cuenta con un trámite procesal más acelerado por la naturaleza prevalente del derecho en litigio: los derechos fundamentales. Así, el amparo se configura como un proceso urgente que corresponde a la llamada tutela de urgencia constitucional, pues exige una protección inmediata a los derechos amenazados o vulnerados (Abad, 2004, pp. 96-97).

En el Perú se ha venido asumiendo una tesis amplia respecto a la tutela de los derechos fundamentales 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 económicos debemos resaltar los siguientes: la libre contratación; la libertad 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 mencionado Código declara 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 ha superado aún más esos límites sobre la base de la cláusula de los derechos innominados del artículo 3 de la Constitución, incluida 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, quien señaló que esa apertura hacia los derechos implícitos evita estancarse 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 (Bidart, 2002).

Con relación con la legitimación activa para interponer demandas de amparo, el artículo 39 del Código Procesal Constitucional habilita al afectado.

En ese sentido, las personas jurídicas de derecho privado sí pueden ser titulares de derechos fundamentales y, en consecuencia, están habilitadas para procurar su tutela a través del amparo constitucional (Abad, 2004, p. 159).

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 vulnerados. Así, dispone 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, con lo que el amparo deja de ser el medio ordinario para el control jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública.

b. 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.

El inciso 5 del artículo está referido al derecho de acceso a la información, en tanto que el inciso 6 reconoce el derecho de la denominada libertad informática. Con relación a la libertad informática hay que destacar que determinada información no está en el ámbito de la intimidad de las personas, especialmente la que tiene un rol destacado en la actividad económica, pues aun cuando las personas quisieran mantener en absoluta reserva antecedentes económicos negativos, se acepta que tiene un rango superior el interés de los terceros en conocer esos antecedentes en sus relaciones comerciales o patrimoniales (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, a que se refiere el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución. Este derecho puede ser entendido como la facultad que tiene toda persona de tomar conocimiento de la información considerada disponible, dentro del contexto de lo que se tiene por información pública, salvo las excepciones razonablemente establecidas de intimidad personal, seguridad nacional y materias sometidas a reserva legal. Su relevancia radica en que la persona puede acceder a toda documentación

administrativa en poder una entidad estatal y de este modo participar en la toma de decisiones, fomentando la transparencia en la gestión pública.

El derecho fundamental de acceso a la información pública está regulado en nuestro ordenamiento en la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

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 que tiene toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, en la medida en que el acceso a la información pública sobre los efectos de la contaminación ambiental pueden servir de medio probatorio para promover 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, 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.

c. 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 adecuado instrumento de garantía de cumplimiento del acto debido en el caso de que el mandato emane de un acto administrativo emitido por autoridad competente y sea firme.

El 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 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», Expediente 0168-2005-PC/TC, en la cual el Supremo Tribunal ha definido los ámbitos de cumplimiento del proceso constitucional y el proceso contencioso administrativo para la superación de la inactividad administrativa. Así, precisa que 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 indubitadamente 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 sea 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.

6. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

a. El proceso de inconstitucionalidad

El sistema de justicia constitucional en el Perú se puede considerar dual o paralelo, por cuanto combina el denominado control difuso de constitucionalidad,

como el poder-deber de todos los jueces al resolver sobre casos concretos de desaplicar las leyes que consideren contrarias a la Constitución, aplicando preferentemente el texto fundamental, conforme al artículo 138 de la Carta de 1993, con el denominado control concentrado de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, asignado exclusivamente al Tribunal Constitucional (García Belaunde, 1996, p. 116).

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 hubiera sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

Es 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, que 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». Son las leyes que integran el denominado «bloque de la constitucionalidad».

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

- (i) El Presidente de la República (inciso 1);
- (ii) El Fiscal de la Nación (inciso 2);
- (iii) El Defensor del Pueblo (inciso 3);
- (iv) El veinticinco por ciento del número legal de congresistas (inciso 4);
- (v) Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas anteriormente señalado (inciso 5);

- (vi) Los presidentes de región, con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materia de su competencia (inciso 6); y
- (vii) Los colegios profesionales en materia de su especialidad (inciso 7).

b. El proceso 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. 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 ley⁹. Se establece su naturaleza de acción pública en el artículo 84 del Código Procesal Constitucional al reconocer a toda persona legitimidad procesal para interponer demanda de acción popular.

Entre las normas de carácter general controlables mediante el proceso de acción popular debemos señalar:

- (i) Normas de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo: decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales o directores, y otras disposiciones administrativas (como circulares, directivas) siempre y cuando contengan o aprueben disposiciones de carácter general y abstracto.
- (ii) Normas de carácter general dictadas por los gobiernos regionales: los decretos regionales que son regulados en los artículos 37 y 40 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867.
- (iii) Normas de carácter general dictadas por los gobiernos locales: decretos de alcaldía, que son regulados en la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.
- (iv) Normas administrativas de carácter general dictadas por otros órganos: el Poder Judicial y los órganos constitucionalmente autónomos están facultados por sus leyes orgánicas a dictar normas administrativas de carácter general en asuntos de su competencia. Es el caso, entre otros, del Banco Central de Reserva del Perú y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Asimismo,

⁹ Castañeda Otzu, 2005, pp. 1004-1005.

existen entidades públicas que por mandato de la ley están habilitadas a dictarlas, como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y los organismos reguladores de servicios públicos.

7. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

a. El procedimiento administrativo y la justicia administrativa

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

Debemos hacer hincapié en que se trata de una ley general y de aplicación supletoria en relación con las leyes especiales que regulan procedimientos en materias especializadas. Sin perjuicio de ello, la LPAG regula, con carácter supletorio en su Título IV («De los procedimientos especiales») al procedimiento trilateral y al procedimiento sancionador.

También es de destacar el rol que el artículo 48 de la LPAG reconoce a la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), actualmente Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, en materia de control de barreras burocráticas de acceso al mercado, aun cuando pueda ser una cuestión jurídicamente opinable que se califique al ejercicio de funciones de imperio del Estado como barreras de acceso al mercado como monopolísticas o perturbadoras de la libre competencia.

La Comisión, conforme al artículo 26 bis del Decreto Ley 25868¹⁰, es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la administración pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente

¹⁰ Los artículos 26 y 26 bis del Decreto Ley 25868 permanecerán vigentes hasta que se dicten las leyes que regulen las competencias de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, la Comisión de Normalización y de Fiscalización de Barreras Comerciales No Arancelarias y del Servicio Nacional de Acreditación, conforme a la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 1033.

el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial a las pequeñas empresas. Asimismo, vela por el cumplimiento del artículo 61 del Decreto Legislativo 776, Ley de Tributación Municipal, que establece límites al poder tributario de los gobiernos locales.

El artículo 2 de la Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, define a las barreras burocráticas como los actos y disposiciones de las entidades de la administración pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas que afecten los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley 27444 y que limiten la competitividad empresarial en el mercado.

En materia del derecho administrativo económico, debe calificarse, siguiendo la pauta sentada por el Tribunal Constitucional, como «justicia administrativa» a 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 directorio de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores-CONASEV y los denominados tribunales administrativos de los organismos reguladores de servicios públicos¹¹.

Si bien a los tribunales administrativos les corresponde el ejercicio del control de la legalidad de los actos administrativos, para los administrativistas es una cuestión controvertida reconocer que están facultados para ejercer un control

¹¹ En la aclaración de la sentencia del Expediente 3741-2004-PA, «caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque», el Tribunal Constitucional ha precisado que los tribunales administrativos u órganos colegiados que pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten «justicia administrativa» con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los ciudadanos: «Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados». Asimismo, ha precisado en la aclaración que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte y que en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

difuso de constitucionalidad, teniendo en cuenta el respeto al principio de separación de poderes previsto en el artículo 43 de la Constitución y el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional previsto en el artículo 139 de la Norma Suprema.

El Tribunal Constitucional peruano sostiene que los tribunales administrativos sí tienen la facultad y obligación de ejercer el control difuso de constitucionalidad. Así lo sostiene el Tribunal en el fundamento 14 de la sentencia pronunciada el 14 de noviembre de 2005, expediente 3741-2004-AA/TC, caso «Ramón Hernando Salazar Yarlenque»:

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.

b. El proceso contencioso administrativo

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». El contencioso administrativo ha ido evolucionando para garantizar la efectividad de la Constitución y el equilibrio de poderes. 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.

Para adaptarse a las necesidades actuales, el proceso contencioso administrativo evolucionó hasta convertirse en un proceso de plena jurisdicción en el cual el órgano jurisdiccional dispone de un poder pleno para resolver acerca de la existencia y titularidad de un derecho subjetivo del recurrente, sustituyendo, en su caso, el contenido del acto o resolución de la Administración que se declara nulo por el juez administrativo. Es así que en la doctrina francesa se ha afirmado

que el juez debe convertirse en administrador, precisamente porque es juez y si quiere ser completamente juez es preciso que se convierta aún más en administrador (Fernández Torres, 1998, p. 352).

En el Perú, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584, modificada por el Decreto Legislativo 1067, se ha propuesto articular esa concepción de proceso de plena jurisdicción. 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.

Huapaya (2006, p. 377) resume como aspectos más relevantes de la mencionada ley a los siguientes:

- (i) El proceso contencioso administrativo como todo proceso judicial se fundamenta en base a la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva.
- (ii) Se propicia un proceso contencioso administrativo tuitivo a favor de los particulares, con amplias herramientas procesales de tutela de su posición jurídica.
- (iii) Se establece un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción u subjetivo.
- (iv) Se concibe al proceso contencioso administrativo como un legítimo y acabado proceso jurisdiccional, con sus propios conceptos y con independencia en relación con el fuero y a las normas de los procesos civiles.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Abad, Samuel (2004). *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- 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 y 30 de mayo.
- Albaladejo, Manuel (1977). *Derecho Civil I*, Tomo III. Barcelona: Bosch.
- Albaladejo, Manuel (1977). *Derecho de Bienes*, Vol. I. Barcelona: Bosch.
- Alexy, Robert (1997). *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aljovín de Losada, Cristóbal & Araya, Eduardo (2005). 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.
- Alonso García, Enrique (1983). El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. *Revista de Administración Pública*, 1(100-102), pp. 21-92, Madrid.
- Amado, José Daniel (1991). Los instrumentos internacionales de garantía a la inversión extranjera y la Constitución Política del Perú. *Thémis*, 20, pp. 27-32, Lima.

- Amado, José Daniel & Bruno Amiel (2005). La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras. *Thémis*, 50, pp. 59-68, Lima.
- Andaluz, Carlos (2006). *Manual de derecho ambiental*. Lima: Proterra.
- Ariño, Gaspar (1993). *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons.
- Ariño, Gaspar (2004). *Principios de derecho público económico*. Lima: ARA.
- Ariño, Gaspar (2011). Logros y fracasos de la regulación. *Thémis*, 52, pp. 43-53, Lima.
- Avendaño, Jorge (1984). *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ávila Cabrera, Víctor (2006). Igualdad de trato entre inversión nacional y extranjera. Solución de controversias. En VV.AA., *La Constitución comentada artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Baca Oneto, Víctor (2006). La ejecución de sentencias condenatorias de la administración. En especial, el caso del embargo de dinero público. En *Revista de Derecho Administrativo* 2. Lima: Círculo de Derecho Administrativo.
- 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, pp. 47-86, Madrid.
- Barra, Rodolfo (1982). *Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público*. Buenos Aires: La Ley.
- Basadre, Jorge (1999). *Historia de la República del Perú*. Octava edición. Lima: La República y Universidad Ricardo Palma.
- Bassols Coma, Martín (1988). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.
- Baylos, Hermenegildo (1978). *Tratado de derecho industrial*. Madrid: Civitas.
- Beaumont, Ricardo (2008). El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas. En *Constitución económica del Perú*. Foro Económico Asia-Pacífico (APEC). Lima: Palestra.
- Bellamy, C. & Graham Child (1992). *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas.
- Bercovitz, Alberto (2001). *Apuntes de derecho mercantil*. Navarra: Aranzadi.
- Bermejo Vera, José (1994). *Derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- Bernal, María Elena (2006). Breves apuntes sobre la ocupación del dominio público mediante las redes de telecomunicaciones. *Revista de Derecho Administrativo*, 1, pp. 263-283, Lima.
- Bernales, Enrique (1997). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: ICS.

- Berstein, Solange (1996). *Reformas a los sistemas de pensiones: Argentina, Chile, Perú*. Santiago: Centro Gráfico Prisma.
- Bidart Campos, Germán (2000). Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994. *Hechos y Derechos*, 7, pp. 7-31, México DF.
- Bidart Campos, Germán (2002a). La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino). *Cuestiones Constitucionales*, 86, pp. 3-16, México DF.
- Bidart Campos, Germán (2002b). *La propiedad en el marco del constitucionalismo social*. Buenos Aires: La Ley.
- Blume, Ernesto (2001). Preámbulo de la Constitución de Perú. En Antonio Torres Moral y Javier Tejada (directores), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Botana García, Gemma & Miguel Ruiz Muñoz (coords.) (1999). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Madrid: McGraw-Hill.
- Brack, Antonio (2004). *Biodiversidad, pobreza y bionegocios*. Lima: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Brewer-Carías, Allan (2006). *Derecho administrativo*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado.
- Bullard, Alfredo (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Bulnes Aldunate, Luz (1981). La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho Público*, 28, Valparaíso.
- Bustamante, Alberto (1993). *Bases para un cambio constitucional*. Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado.
- Cabanellas, Guillermo (1983). *Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
- Caillaux Z., Jorge & Manuel Ruiz M. (2005). La protección jurídica de los conocimientos tradicionales y sus desafíos. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, 1, pp. 193-239, Lima.
- Cámara Villar, Gregorio (2006). El derecho a la educación. En José Luis Monereo, Cristóbal Molina y María Nieves Moreno (coords.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Canosa Usera, Raúl (2000). *Constitución y medio ambiente*. Buenos Aires y Madrid: Ciudad Argentina y Dykinson.

- Cantuarias Salaverry, Fernando (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC.
- 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, pp. 195-213, Lima.
- Carmona, Encarnación (2000). *El Estado social de derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1999). *Dignidad frente a barbarie (La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después)*. Madrid: Trotta.
- 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*. Tomo II. Lima: Grijley.
- Cassagne, Juan Carlos (1994). *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2000). *Equidad, desarrollo y ciudadanía*. Vol. I. Bogotá y Santiago: Alfaomega y CEPAL.
- Chinchilla, Carmen (1991). El servicio público, ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión. En Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II. Madrid: Civitas.
- Chinchilla, Carmen (2002). Las libertades de expresión e información en la televisión. *Debate Defensorial*, 4, pp. 9-26, Lima.
- Clapham, Ronald (1979). La economía social de mercado como sistema político. En VV.AA., *Economía social de mercado*. Lima: Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana.
- Cobrerros Mendazona, Edorta (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, pp. 35-39, Oñati.
- Congreso Constituyente Democrático (1998). *Diario de Debates del Pleno, 1993*. Lima: Congreso de la República.
- Contreras Peláez, Francisco (1996). *Defensa del Estado Social*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Corti, Horacio (1997). *Derecho financiero*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Corti, Horacio (2001). *El principio de igualdad tributaria. Una aproximación sistemática*. Buenos Aires: Revista Jurídica de Buenos Aires.
- Cortina, Adela (1999). *Ciudadanos del mundo*. Madrid: Alianza.
- Cortina, Adela (2000a). *Ética de la empresa*. Madrid: Trotta.
- Cortina, Adela (2000b). *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos.
- Cotarelo, Ramón (1990). *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cotler, Julio & Romeo Grompone (2000). *El fujimorismo. Ascenso y caída de un régimen autoritario*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Dalla Via, Alberto (1999). *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Dammert, Manuel (2002). *El canon como fuente de financiamiento para el desarrollo regional y local*. Lima: PNUD.
- De Cabo Martín, Carlos (1986). *La lucha por el Estado de Derecho*. Barcelona: PPU.
- De la Cruz Ferrer, Juan (2007). Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras. En Ariño & Almoguera Abogados (eds.), *Nuevo derecho de la infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.
- De Juan Asenjo, Oscar (1984). *La constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Delgado Piqueras, F. (1993). Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38, pp. 49-80, Madrid.
- Diez-Picazo, Luis (1977). Propiedad y Constitución. En *Constitución y economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Madrid: Centro de Estudios y Comunicaciones Económicas.
- Diez-Picazo, Luis (1990). *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. & Antonio Gullón (1994). *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos.
- Dromi, Roberto (1997). *Licitación pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Duque, Justino (1977). Iniciativa privada y empresa. En *Constitución y economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica.
- Escribano, Francisco (1997). La disciplina constitucional de la prórroga de presupuestos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17(50), pp. 103-123, Madrid.

- Espinoza Espinoza, Juan (2006). *Derecho de los consumidores*. Lima: Rhodas.
- Fairén Guillén, Víctor (1980). ¿Posibilidad y conveniencia de introducir a los ombudsmänen en los ordenamientos jurídicos de naciones de habla ibérica? *Revista de Estudios Políticos*, 14, pp. 21-63, Madrid.
- 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 Moller*. Lima: Palestra/PUCP.
- Fernández Farreres, Germán (1993). *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- Fernández Rodríguez, José Julio (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid: Civitas.
- 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(2-3), pp. 251-260, Santiago de Chile.
- Fernández Segado, Francisco (1994). El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: Aproximación a la Constitución de 1993. En Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*. Lima: Grijley.
- Fernández Segado, Francisco (1997). La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? En Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*. Santafé de Bogotá: Temis.
- Fernández Sessarego, Carlos (1962). *La noción jurídica de persona*. Lima: San Marcos.
- Fernández Sessarego, Carlos (1992). *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Fernández Torres, Juan R. (1998). *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Madrid: Civitas.
- Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso (2003). El Estado Social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69, pp. 139-180, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (1999). *Derecho y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fix-Zamudio, Héctor (1985). El Estado social de derecho y la Constitución Mexicana. En Instituto de Investigaciones Jurídicas (eds.), *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*. México: Porrúa.
- Fix-Zamudio, Héctor (1997). Estudio preliminar. En Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

- Font Galán, Juan Ignacio & Luis M^a Miranda (2005). *Competencia desleal y antitrust*. Madrid: Marcial Pons.
- Foy, Pierre (1997). En busca del derecho ambiental. En Pierre Foy Valencia (ed.), *Derecho y ambiente. Aproximaciones estimativas*. Lima: IDEA-PUCP.
- Galbraith, John Kenneth (1997). *Una sociedad mejor*. Barcelona: Crítica.
- Gallardo Castillo, María Jesús (2002). El dominio público. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete & María Nieves Moreno (coords.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- García Belaúnde, Domingo (1986). La Constitución económica peruana (la dimensión económica formal). *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 20, Lima.
- García Belaunde, Domingo (1987). Constitución y sistema financiero. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 25.
- 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 Perú.
- García Belaunde Saldías, Domingo (1998). *El derecho presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo Ediciones SRL.
- García Calderón, Francisco (1879). *Diccionario de la legislación peruana*. París y Lima: Imprenta del Estado.
- García Pelayo, Manuel (1977). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- Garrido Falla, Fernando (1994). El concepto de servicio público en Derecho Español. *Revista de Administración Pública*, 135, pp. 7-36, Madrid.
- Gómez Segade, José Antonio (1980). Notas sobre el derecho de información del consumidor. *Revista Jurídica de Catalunya*, 79(3), pp. 699, 724, Barcelona.
- Gonzales Barrón Gunther (2010). El derecho de propiedad en la Constitución: una nueva lectura que abre el camino hacia un derecho civil justo. En VV.AA., *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho* (pp. 363-401). Lima: Gaceta Jurídica.
- González Moreno, Beatriz (2002). *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Cívitas.
- Guitián, Manuel & Joaquín Muns (eds.) (1999). *La cultura de la estabilidad y el Consenso de Washington*. Barcelona: La Caixa.

- Guerrero, Jaime (1997). La empresa privada y la magistratura ante la acción de hábeas data. *Jus et Praxis*, 3(1), pp. 209-218, Talca.
- Hernando Nieto, Eduardo (1997). ¿Por qué la economía de mercado es inconstitucional? *Pensamiento Constitucional*, 4, pp. 37-54, Lima.
- Hernando Nieto, Eduardo (2000). Los estudios de crítica legal frente al derecho civil y los contratos. En VV.AA., *Contratación contemporánea, teoría general y principios*. Lima: Palestra.
- Hernando Nieto, Eduardo (2005). Ideas políticas y el problema del régimen en el Perú: 1830-1930. *Derecho PUCP*, 75, pp. 193-212, Lima.
- Hitters, Juan Carlos & Óscar Fappiano (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Tomo I, vol. 2. Buenos Aires: Ediar.
- Holland, Stuart (1987). Más allá de la planificación indicativa. *Revista de la CEPAL*, 31, pp. 77-94, Santiago de Chile.
- Huapaya, Ramón (2006). *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista.
- Instituto Apoyo (1992). *La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979*. Lima: Apoyo.
- Jacquemin, Alex & Guy Scharns (1974). *Le droit économique*. París: Presses Universitaires de France.
- Jarach, Dino (1985). *Finanzas públicas y derecho tributario*. Buenos Aires: Cangallo.
- Jiménez de Cisneros Cid, Francisco (2001). Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público. En Ariño & Almoguera Abogados (eds.), *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.
- Kresalja, Baldo (1993). Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal. *Derecho PUCP*, 47, pp. 13-86, Lima.
- Kresalja, Baldo (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Themis*, 39, pp. 39-98, Lima.
- Kresalja, Baldo (2001). 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*, 11(22), pp. 272-306, Lima.
- Kresalja, Baldo (2004). *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. Lima: PUCP.
- Küng, Hans (1999). *Una ética mundial para la economía y la política*. Madrid: Trotta.

- La Pégola, Antonio (1979). Ombudsman y Defensor del Pueblo: Apuntes para una investigación comparada. *Revista de Estudios Políticos*, 11, pp. 69-92, Madrid.
- Laguna de Paz, José Carlos (2000). *Televisión y competencia*. Madrid: La Ley.
- Landa, César (2002). Teoría de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 6, pp. 17-48, México DF.
- Landa, César (2002). Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, 7, México D.F.
- Lara, Andrea (2006). Entes reguladores. En Alejandro Pérez Hualde (dir.), *Servicios públicos y organismos de control*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Linares, Mario (2002). *El contrato estatal*. Lima: Grijley.
- Linares, Mario (2006). *El sistema internacional de protección de la inversión extranjera y los contratos públicos*. Lima: Grijley.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo (1995). *Derecho de sucesiones*. Lima: PUCP.
- Lojendio, Ignacio María de (1977). Derecho constitucional económico. En VV.AA., *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- López y López, Ángel (2006). El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites. En José Luis Monereo, Cristóbal Molina y María Nieves Moreno (coords.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Lucas Verdú, Pablo (1984). *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos.
- Maoirano, Jorge (1984). *Apuntes para un debate parlamentario. El 'ombudsman sueco'*. Buenos Aires: La Ley.
- Martín Mateo, Ramón (1985). *Derecho público de la economía*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces.
- Martín Mateo, Ramón (2003). *El marco público de la economía de mercado*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (1988). *Derecho administrativo económico*. Madrid: La Ley.
- Martínez Vásquez, Francisco (2000). ¿Qué es el dominio público? *Thémis*, 40, pp. 236-276, Lima.
- Mc Evoy, Carmen (2007). *Manuel Pardo. Homo politicus*. Lima: ONPE, PUCP, IEP.

- Mejorada, Martín (2004). El dominio público vs. el dominio privado: ¿quién decide? En *Diálogo con la Jurisprudencia*, 9(67), pp. 17-20, Lima.
- Míguez, Rodrigo (2009). Las oscilaciones de la propiedad colectiva en las Constituciones andinas. En Carlos Calderón, Carlos Agurto González y María Elisa Zapata (eds.), *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima: Motivensa.
- Mitnick, Barry (1989). *La economía política de la regulación*. México DF: FCE.
- Monedero Gil, José Ignacio (1977). *Doctrina del contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Monereo Pérez, José Luis (2002). El derecho a la seguridad social. En José Luis Monereo, Cristóbal Molina y María Nieves Moreno (coords.), *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, Cristóbal Molina y María Nieves Moreno (coords.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Monteagudo Valdez, Manuel (2010). *La independencia del Banco Central*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú-Instituto de Estudios Peruanos-Universidad del Pacífico.
- Morales Godo, Juan (1997). La tutela de los intereses difusos y el medio ambiente. En *Derecho y ambiente: aproximaciones y estimaciones*. Lima: PUCP.
- Morillo Velarde-Pérez Pérez, José Ignacio (1992). *Dominio público*. Madrid: Trivium.
- Morón, Juan Carlos (1999). Los fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana. *Thémis*, 39, pp. 157-187, Lima.
- Morón, Juan Carlos (2006). Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas. *Thémis*, 52, pp. 198-199, Lima.
- Muñoz Machado, Santiago & Antonio Jiménez Blanco (1984). La protección de la salud de los consumidores. En *Comentarios a la ley general sobre consumidores y usuarios*. Madrid: Revista del Instituto Nacional de Consumo.
- 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.
- Ochoa, C. (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.

BIBLIOGRAFÍA

- Ortega, Luis (2002) El derecho a un medio ambiente adecuado y a la calidad de vida. En José Luis Monereo, Cristóbal Molina y María Nieves Moreno (coords.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Comares.
- Osterling, Felipe & Mario Castillo Freyre (2003). *Tratado de las obligaciones*. Tomo X. Lima: PUCP.
- Padilla, Roberto, Michell, Edgar Nolasco & Roberto Gil (2002). *Informe final de la consultoría relativa al proceso de aprobación y seguimiento del Presupuesto del Sector Público*. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Parejo Alfonso, Luciano (1990). *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid: Centro de Estudio Ramón Areces.
- Pease, Henry (2003). *La autocracia fujimorista: del Estado intervencionista al Estado mafioso*. Lima: PUCP/Fondo de Cultura Económica.
- 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 Jorge Danós Ordóñez y Diego Zegarra Valdivia (coords.), *Derecho administrativo contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Pérez Tremps, Pablo (1995). La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal. En Víctor Moreno Catena (ed.), *Constitución y derecho público. Estudios en homenaje a Santiago Varela*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pinilla Cisneros, Antonio (1999). *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Lima: Universidad de Lima.
- Planas, Pedro (1998). Prólogo. En Domingo García Belaunde Saldías, *El derecho presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo, SRL.
- Planas, Pedro (1999). *El fujimorato. Estudio político constitucional*. Lima: Talleres Gráficos Nelly.
- Polo, Eduardo (1980). *La protección del consumidor en el derecho privado*. Madrid: Civitas.
- Predieri, Alberto (1977). Régimen económico y social en la Constitución italiana. En *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: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Quintanilla Acosta, Edwin (2004). *Autonomía institucional de los organismos reguladores: revisión de literatura*. Lima: ESAN.

- Quinzio F., Jorge Mario (1992). *El Ombudsman. El Defensor del Pueblo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rebaza, Alberto (1993). El régimen económico en una Constitución. ¿Solución o fuente de conflicto? *Ius et Veritas*, 4(7), pp. 55-60, Lima.
- Redfern, Alan; Martin Hunter; Nigel Blackaby & Constantine Partasides (2006). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: 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, pp. 49-60, Lima.
- Robles, Carmen del Pilar (2006). Los principios constitucionales tributarios. En Pierre Foy (ed.), *Ensayos jurídicos contemporáneos*. Lima: Pacífico.
- Rodríguez Arana, Jaime (1996). *Ética institucional. Mercado versus función pública*. Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Brignardello, Hugo (1997). Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución Peruana de 1993. *Derecho y Sociedad*, VIII(12), pp. 91-100, Lima.
- Rojas Hurtado, Fernando (1995). La descentralización fiscal en América Latina. *Reforma y Democracia*, 3, pp. 9-46, Caracas.
- Rubio, Marcial (1986). Abuso del derecho. En *Para leer el Código Civil II*. Lima: PUCP.
- Rubio, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PUCP.
- Ruiz Caro, Ariela (2002). *Concertación nacional y planificación estratégica: elementos para un nuevo consenso*. Santiago: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social-ILPES.
- Ruiz Zapatero, Guillermo (2006). Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales. *Revista de Administración Pública*, 169, pp. 99-152, Madrid.
- Ruiz-Rico, Manuel & Nicolás Pérez Sola (2002). El derecho de acceso a la cultura. El derecho al desarrollo científico. En José Luis Monereo, Cristóbal Molina y María Nieves Moreno (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- 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 Palomino Manchego (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo II. Lima: Grijley.

- Sagüés, Néstor (1991). Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad. *Anuario Jurídico*, 1, Lima.
- 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), pp. 467-473, Santiago de Chile.
- Salvador Martínez, María (2002). *Autoridades independientes*. Barcelona: Ariel.
- Sánchez Albavera, Fernando (1989). Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución. En VV.AA., *La Constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann.
- 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.
- Sequeira Martín, Adolfo (1984). Defensa del consumidor y derecho constitucional económico. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4(10), pp. 91-121, Madrid.
- Serna, Pedro & Fernando Toller (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.
- Sola, Juan Vicente (2004). *Constitución y economía*. Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo Perrot.
- Solozábal Echavarría, Juan José (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos*, 71, pp. 87-110, Madrid.
- Soriano, José Eugenio (1998). *Derecho público de la competencia*. Madrid: Idelco-Marcial Pons.
- Spisso, Rodolfo (1991). *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Depalma.
- Stucchi, Pierino (2004). El papel del derecho administrativo en la aplicación de medidas de defensa comercial. En VV.AA., *Derecho administrativo*. Lima: El Jurista.
- Suárez Llanos, Luis (1989). *Derecho, economía, empresa*. Madrid: Civitas.
- Tietmeyer, Hans (1979). Las bases históricas y el desarrollo de la economía social de mercado en la República Federal de Alemania. En *Economía social de mercado*. Lima: Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana.

- Tohá Morales, Carolina (1994). *El Estado social entre crisis y renovación*. Santiago: Corporación Tiempo.
- Tornos Mas, Joaquín (2004). *Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Ugalde, Luis Carlos (2000). *Vigilando al Ejecutivo. El papel del Congreso en la supervisión del gasto público 1970-1999*. México DF: Instituto de Investigaciones Legislativas.
- Valle Billinghurst, Andrés (2006). Breves comentarios acerca de la estabilidad tributaria en el Perú. En Jorge Danós Ordóñez (ed.), *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Moller*. Lima: Palestra.
- Vega Mere, Yuri (2001). *Contratos de consumo*. Lima: Grijley.
- Ventura, Adrián (2004). Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida constitucional. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1(1), pp. 517-575, México DF.
- Viciano, Javier (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vildósola, Julio (1999). *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Caracas: Editorial Latina.
- Villar Ezcurra, José Luis (2001). Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos. En Ariño & Almoguera Abogados (eds.), *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madrid: Montecorvo.
- Villegas, Héctor (1992). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Depalma.
- Zas Friz Burga, Johnny (1999). La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales. *Derecho PUCP*, 52, pp. 467-495, Lima.
- Zegarra, Diego (2005). *El servicio público*. Lima: Palestra.

El régimen económico de la Constitución de 1993 desarrolla los principios del derecho público de la economía, el rol de la constitución económica como el marco jurídico fundamental de la economía social de mercado, el derecho de la empresa y de la competencia, el derecho tributario, los servicios públicos, el régimen presupuestario, la descentralización económica y fiscal, y el ordenamiento monetario y bancario.

El presente libro es una versión actualizada y abreviada de *Derecho constitucional económico*, publicado en el año 2009 por el Fondo Editorial de la PUCP. Esta nueva publicación pone el tema del régimen económico de nuestra Constitución al alcance de abogados y de otros profesionales y estudiantes de diversas especialidades.

