

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL PERÚ

(Foro Económico Asia – Pacífico APEC)



CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL PERÚ

(Foro Económico Asia – Pacífico APEC)

César Landa

(Coordinador)

Ricardo Beaumont

Peter Häberle

César Landa

Jorge León

Víctorhugo Montoya

JUSTICIA CONSTITUCIONAL
REVISTA DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA
AÑO III, N.º 6
– EDICIÓN ESPECIAL –

Justicia Constitucional
Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año III, N.º 6

Edición Especial:
CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL PERÚ
(Foro Económico Asia – Pacífico APEC)

César Landa (Coordinador)

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright 2008 :

Palestra Editores S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197626 - 7197627
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y Encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Lima 39 - Perú

Diagramación: Elizabeth Ana Cribillero Cancho

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2005-6734

ISSN: 1991-167X

Número de registro del proyecto editorial: 31501220800718

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

Índice



Presentación	7
Reglamento Provisional de Comercio	13
Provisional Trade Regulations.....	14
<i>Incursus</i> . Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo	
PETER HÄBERLE	31
Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993	
CÉSAR LANDA	51
La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico	
VÍCTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ	71
El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas: Pronunciamientos sobre la inversión extranjera y la importación de bienes	
RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS.....	115
El régimen constitucional tributario peruano: una perspectiva jurisprudencial	
JORGE LEÓN VÁSQUEZ	131
De los autores	148

Presentación



Durante la cresta de la crisis financiera internacional desatada desde las entrañas del capitalismo mundial, se lleva a cabo en Lima la cumbre de los líderes del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), que reúne a los jefes de Estado de las economías que mueven la mitad del comercio mundial. Sin perjuicio que la economía de los Estados Unidos de Norteamérica siga siendo la locomotora del clásico capitalismo mundial, a pesar de estar inmersa en su peor crisis después de la gran depresión de 1929, los países BRIC (Brasil, Rusia, India y China) y en particular este último, se vienen ubicando rápidamente en los primeros vagones de la misma con nuevas visiones económicas a partir del desarrollo humano.

En el marco de la globalización de la economía de mercado y el surgimiento de las economías emergentes, el Perú ha logrado ordenar sus finanzas públicas y garantizar cierta estabilidad macroeconómica, a partir de factores externos e internos. Los factores externos como la mayor inversión privada extranjera y nacional alentadas por el incremento del precio de las materias primas y otros productos, que generan el salario que recibe el país en los actuales términos del intercambio comerciales a nivel mundial. Y los factores internos como el restablecimiento del régimen democrático en combate contra la corrupción, asentado sobre valores constitucionales de respeto a los derechos humanos, se han constituido en los fundamentos institucionales para el crecimiento económico sostenido.

En ese contexto, el Foro APEC tiene retos centrales para afrontar los desafíos del comercio Asia-Pacífico en el marco de la actual crisis financiera internacional, como el rediseño de las relaciones entre el mercado y el rol del Estado, la escasez energética, el cambio climático, la falta de inclusión social y, en particular, la falta de regulación de los agentes económicos privados y públicos, sobretudo en países con altos grados de colusión y corrupción; para lo cual se requiere de reglas jurídicas claras.

Para ello es necesario comprender que el orden jurídico, particularmente basado en la Constitución, aparece como una de las pocas instituciones confiables para integrar legítimamente una defensa de los intereses generales del mercado y ofrecer una regeneración ética de las relaciones económicas internacionales.

En efecto, el libre comercio internacional no constituye un fin en sí mismo sino que se debe desarrollar al servicio de la persona humana —en un modelo de economía social de mercado—.

Los gobiernos de los países de Asia y de las Américas tienen una responsabilidad de primer orden tanto en la concreción de las políticas del libre y justo comercio; como también en el respeto de la democracia-constitucional y de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los pueblos. Tarea en la cual el Estado Constitucional y su economía social de mercado como garante del interés general y particular de sus ciudadanos no puede quedar subordinado a las indomables leyes del comercio internacional, sino regularlas a través de la suscripción de tratados multilaterales y/o bilaterales.

Si bien cada economía depende de la normatividad de su Estado en materia de comercio exterior, también está vinculada a los acuerdos internacionales; por eso, ésta debe ser estudiada en una perspectiva multidisciplinaria —nacional e internacional— propia del law in action. La Constitución de cada uno de los Estados miembros del Foro APEC se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales y viceversa, a fin que se afiance el libre y justo comercio al servicio del bienestar de los ciudadanos.

Ello sólo es concebible en democracia, por cuanto no podría existir libre y justo comercio sin libertades políticas, sin apertura exterior, sin cooperación solidaria entre los Estados, porque el Estado que se encierra y pierde perspectiva del mundo, puede quedar prisionero en sus propias fronteras. Por ello, la economía social de mercado y la democracia son requisitos para el desarrollo del comercio internacional

Sin embargo, en las décadas pasadas ha existido una ideología unilateral del mercado mundial de y para los países centrales del hemisferio norte. Pero, dada la crisis financiera internacional gestada en los Estados Unidos de América del Norte, el Foro APEC debe estar enmarcado en el multilateralismo económico, que si bien no puede desconocer las distintas magnitudes del comercio de las economías centrales, emergentes y menores, debería limitarse bajo el principio de reciprocidad o interdependencia comercial e integración horizontal, en la cual un país debe recibir al menos, igual trato al que le confiere a otro país, remontando así progresivamente las actuales relaciones asimétricas entre las distintas economías.

La potencial integración comercial de la región Asia-Pacífico no es nueva para el Perú. Desde sus primeras horas de lucha contra el coloniaje español para su fundación como República independiente en 1821, el Protector San Martín se preocupó de dictar desde Lima un Reglamento de Comercio que se orientaba a “la defensa de la patria contra el delirante enemigo que en su furor quería desolar esta ciudad heroica, no ha impedido que el excelentísimo señor Protector hiciera continuar los trabajos que ha de ser la base de su prosperidad. Las ventajas de su puerto, su fácil comunicación con el Asia y la concurrencia

de Europa en busca de sus frutos preciosos, van a constituirla [en] el emporio del Sur”.

Con ese trascendental documento histórico se abre esta publicación, como muestra de que una de las promesas del Perú independiente tiene el reto de cumplirlo de camino a su bicentenario. A continuación, se presenta un clásico universal del constitucionalista Peter Häberle sobre las siete tesis para una teoría constitucional del mercado; donde plantea un modelo constitucional económico al servicio de la persona humana propio del siglo XXI, en el que el mercado no debe ser la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no debe ser la medida del ser humano. En ese mismo sentido, el suscrito presenta los principios rectores económicos y los derechos fundamentales en el marco de la Constitución, donde se hace una lectura de los principales instrumentos ius económicos con que funciona la economía social de mercado en el Perú.

Por su parte, Victorhugo Montoya desarrolla la jurisprudencia constitucional en materia económica que ha sido configurada por el Tribunal Constitucional, gracias a sus facultades interpretativas en base al living constitution. Ricardo Beaumont aborda el rol del Tribunal Constitucional particularmente en la protección de las libertades económicas, a fin de promover la inversión extranjera y la importación de bienes, dando cuenta de los principios y las sentencias fundamentales que garantizan las relaciones económicas con el exterior. Jorge León presenta un ensayo sobre el régimen constitucional tributario, que pone en evidencia, a partir de casos concreto resueltos por el Tribunal Constitucional, las reglas jurídico-constitucionales entre el Estado y las empresas en materia tributaria.

Finalmente, cabe resaltar que el afán del intercambio comercial con el Asia no es nuevo para el Perú; pero, ello sólo es posible —tanto ayer como en la actualidad— en democracia, donde los pueblos pueden desarrollarse en libertad económica y política. Sobre estos objetivos, esta publicación espera contribuir a dar a conocer la normatividad y jurisprudencia constitucional económica peruana, preservando los fundamentos de la integración comercial en el marco del respeto a las diferencias económico-culturales entre los países del Foro APEC.

Lima, noviembre de 2008

CÉSAR LANDA
(Coordinador)

Desde la formación del Perú como una República independiente en 1821, el Protector José de San Martín dictó un Reglamento Provisional de Comercio dadas las ventajas del puerto del Callao en su comunicación con Asia y el interés de Europa en la explotación de sus recursos naturales. A continuación se transcribe el revelador documento.

Since the establishment of Peru as an Independent Republic in 1821, the Protector José de San Martín issued a Provisional Trade Regulation due to the advantages in communication between the Port of Callao and Asia and the European interest in the exploitation of its natural resources. This revealing document is transcribed hereinbelow.

Reglamento Provisional de Comercio (1821)

Exposicion de motivos

La defensa de la Patria contra el delirante enemigo que en su furor quería desolar esta ciudad heroica, no ha impedido que el Excmo. Señor Protector hiciera continuar los trabajos que han de ser la base de su prosperidad. Las ventajas de su puerto, su fácil comunicación con el Asia, y la concurrencia de Europa en busca de sus frutos preciosos, van ha constituirla el emporio del Sur. Este gran destino pide que con anticipación se establezcan las bases sobre que debe girar nuestro comercio con los demás puntos de la tierra. Una junta de comerciantes ilustrados trabaja con empeño en arreglar los aranceles de derechos, en que conforme a las instrucciones de S.E. deben prevalecer la franqueza, la claridad y precisión. Es necesario que con la libertad de la Patria salga su tráfico del confuso caos en que estaba enredado. Esta obra en que se desea la perfección correspondiente a las luces del siglo, y paternales deseos del Gobierno, requiere aun cuatro ó seis meses de trabajo para llegar a su fin. Exigiendo entre tanto la concurrencia de buques mercantes en el puerto del Callao un arreglo de derechos provisional, se publica el siguiente, en que se han unido los principios mas liberales sobre las mejores bases para hacer prosperar el comercio, y evitar la confusión de tantos y tan complicados derechos, que hacían perder el tiempo y la paciencia a los hombres activos que en él se ocupan. Dado en Lima a 28 de setiembre de 1821. =José de San Martín. =Hipólito Unanue.

Provisional Trade Regulations

Statement of reasons

The defense of the homeland against the delirious enemy that, in its rage, wanted to devastate this heroic city has not prevented the Excellence Mr. Protector from continuing the works to be the basis of its prosperity. The advantages of its port, its easy communication with Asia, and the concurrence of Europe seeking its precious results, are going to make it the Southern emporium. This great fate requires setting up in advance the bases on which our trade must revolve around with the other earth's points. A group of learned merchants works hard to adjust the law tariffs, which, in accordance with Your Excellency, frankness, clarity and accuracy must prevail. It is necessary that with the homeland's freedom, its trade can overcome the confused chaos where it was involved. This work that wishes the perfection pertaining to the Century's Light and the paternal wishes of the Government, still requires four to six months of work to be completed. In the meantime, the concurrence of merchant ships at the Port of Callao requires an adjustment of provisional fees, the next is published in which the most liberal principles on the best bases to make the trade prosperous and avoid confusion of so many and complicated rights have joined, which made the active men engaged in it to lose time and patience. Given in Lima on September 28, 1821. =José de San Martín. =Hipólito Unanue.

LIMA IMPRENTA DE RIO



LA defensa de la Patria contra el delirante enemigo que en su furor quería desolar esta ciudad heróica, no ha impedido que el Excmo. Señor Protector hiciera continuar los trabajos que han de ser la base de su prosperidad. Las ventajas de su puerto, su fácil comunicacion con el Asia, y la concurrencia de Europa en busca de sus frutos preciosos, van á constituir la el emporio del Sur. Este gran destino pide que con anticipacion se establezcan las bases sobre que debe girar nuestro comercio con los demas puntos de la tierra. Una junta de comerciantes ilustrados trabaja con empeño en arreglar los aranceles de derechos, en que conforme á las instrucciones de S. E. deben prevalecer la franqueza, la claridad y precision. Es necesario que con la libertad de la Patria salga su tráfico del confuso caos en que estaba enredado. Esta obra en que se desea la perfeccion correspondiente á las luces del siglo, y paternales deseos del Gobierno, requiere aun cuatro ó seis meses de trabajo para llegar á su fin. Exigiendo entre tanto la concurrencia de buques mercantes en el puerto del Callao un arreglo de derechos provisional, se publica el siguiente, en que se han unido los principios mas liberales sobre las mejores bases para hacer prosperar el comercio, y evitar la confusion de tantos y tan complicados derechos, que hacian perder el tiempo y la paciencia á los hombres activos que en él se ocupan.

REGLAMENTO

PROVISIONAL

DE COMERCIO.



ARTICULO PRIMERO.

Se concede libre entrada en los puertos del Callao y Huanchaco á todo buque amigo ó neutral, procedente de Europa, Asia, Africa ó América, bajo las condiciones siguientes:

ART. 2. Todo buque amigo ó neutral que fondee en los mencionados puertos del Callao ó Huanchaco, deberá exhibir á las diez horas de haber dado fondo, una copia del manifiesto de todo el cargamento que conduce; firmada por el capitán ó sobrecargo, en el idioma de la nacion á que pertenece, y traducida aquella por el intérprete que nombre el gobierno, en el preciso término de 48 horas, se pasará á la aduana para los usos convenientes; procediendo el capitán ó sobrecargo á la inmediata descarga del buque, si le acomoda, ó debiendo de lo contrario dar la vela dentro de seis dias, contados desde aquel de su arribo al puerto, para cualquiera otro punto.

ART. 3. En el expresado término de 48 horas está obligado el capitán ó sobrecargo de la expedicion á nombrar un consignatario, el cual deberá ser precisamente ciudadano del estado del Perú.

ART. 4. En la descarga y demas operaciones de los citados buques, estarán sujetos sus capitanes ó sobrecargos á admitir los dependientes del Resguardo, las visitas, fondeos, y á pagar por él derecho de anclaje cuatro reales por tonelada en los buques extráangeros, y dos reales en los nacionales.

ART. 5. Todas las diligencias de aduana y demas que ocurran, deberán ser practicadas por el respectivo consignatario de cada buque, como que él es el único responsable á la autoridad por el pago de los derechos que adeude el cargamento que le sea consignado.

(4)

ART. 6. Todos los efectos que se introduzcan en los puertos del Callao y Huanchaco en buques con pabellon extranjero, pagarán por único derecho de importacion 20 por 100: el 15 por 100 á favor del estado; y el 5 por 100 por derechos de consulado; arreglándose al valor que se diese á la factura conforme á los precios corrientes de plaza.

ART. 7. Para que este arreglo de valores se haga con la escrupulosidad y circunspeccion que corresponde, el tribunal del consulado pasará al supremo Gobierno una lista de veinticuatro comerciantes de notoria probidad y conocimientos, á fin de que eligiendo Su Excelencia dos cada mes, con el carácter de veedores, concurren á la aduana, y en union de los vistas formen el dia primero de todos los meses la nota de precios con arreglo al estado de plaza por mayor, siendo este el único arancel que regirá por ahora para la exacción de derechos.

ART. 8. Todos los efectos que se importaren en buques con pabellon de los estados independientes de Chile, Provincias del Rio de la Plata y Colombia, satisfarán por único derecho de introduccion el 18 por 100: el 15 se destinará á los fondos del estado, y los tres restantes á los del consulado.

ART. 9. Todos los efectos que se internaren en buques con pabellon del estado Peruano pagarán por único derecho de introduccion el 16 por 100: los 13 ingresarán en los fondos del estado, y los tres restantes en los del consulado. Debiéndose entender que los derechos contenidos en los números 8 y 9, han de deducirse lo mismo que los del art. 6. sobre los valores de las manufacturas arreglados al precio de plaza, en los términos prescritos por el art. 7.

ART. 10. Todos los artefactos que directamente perjudican á la industria del pais, como son: ropa hecha, blanca y de color, cueros curtidos, suelas, zapatos, botas, sillas, sofases, mesas, cómodas, coches, calesas, sillas de montar, y demas manufacturas de talabartería; lampas, herraduras, velas de cera, esperma y sebo, pólvora, pagarán el duplo respecto de los derechos señalados en los arts. 6; 8 y 9, y su aplicacion á los fondos del estado y consulado se hará en la misma proporcion.

ART. 11. Están esentos de todo derecho de introduccion, cualquiera que sea el pabellon del buque, los azogues, todo instrumento de labranza y explotacion de minas, todo artículo de guerra, con excepcion de la pólvora, todo libro, instrumentos científicos, mapas, imprentas y máquinas de cualquiera clase.

(5)

ART. 12. Quedan abolidas todas las aduanas interiores, y todo habitante del Perú puede conducir sin guia de aduana de un punto á otro por tierra cualquiera clase de efectos mercantiles, con excepcion de los designados en los tres artículos siguientes. Y en la inteligencia de que es absolutamente prohibido bajo de pena de confiscacion, que pasen el rio de Santa los efectos desembarcados en el puerto de Huanchaco.

ART. 13. La plata sellada que se extraiga en cualquier buque satisfará por único derecho de extraccion el 5 por 100, del cual se aplicará el 3 por 100 á los ingresos del estado, y el 2 por 100 restante á los del consulado.

ART. 14. El oro acuñado que se exportase en cualquier buque, satisfará por único derecho de extraccion el $2\frac{1}{2}$ por 100, del cual se destinará $1\frac{1}{2}$ por 100 á los fondos del estado, y el uno por 100 restante á los del consulado.

ART. 15. Es absolutamente prohibida so-pena de confiscacion, la extraccion de pastas en piña, tejos de plata ú oro, plata y oro labrado.

ART. 16. Todas las demas producciones del Perú que se extraigan en buques con pabellon extranjero, pagarán el 4 por 100 de derechos consulares sobre el avalúo que se haga por los precios corrientes del mercado.

ART. 17. Las que se exportaren en buque con pabellon de los estados de Chile, Provincias del Rio de la Plata y Colombia, satisfarán el $3\frac{1}{2}$ por 100 de derechos consulares, sobre el mismo avaluo hecho por los precios corrientes de plaza.

ART. 18. Las que fueren extraidas en buque con pabellon del estado del Perú, pagarán el 3 por 100 de derechos consulares sobre el mismo avaluo expresado en los dos artículos anteriores.

ART. 19. Los derechos de exportacion especificados en los tres artículos que anteceden, serán satisfechos por la persona que extrae los efectos, en el acto mismo de embarcarlos.

ART. 20. El pago de los derechos de introduccion se efectuará de este modo. En el momento de sacar el consignatario su cargamento para sus almacenes otorgará tres pagarés por partes iguales, y cuya suma total ascienda al valor de los derechos de introduccion que adeudase. El primero de los referidos pagarés á 40 dias de plazo: el segundo á 120, y el tercero á 180. El gobierno admite y entrega estos documentos por su valor intrinseco, y prestará toda la proteccion de las

[6]

leyes al ultimo tenedor de aquellos, siempre que la persona que los hubiere otorgado no chancelase religiosa y puntualmente su obligacion.

ART. 21. Todo capitán ó sobrecargo de buque á quien le acomodase extraer los efectos que hubiesen introducido, podrá reembarcarlos para cualquier punto fuera del estado del Perú; debiendo pagar por derecho de transito 1 por 100. sobre el valor de plaza establecido con los artículos 6.º y 7.º; y se le hará por el gobierno y consulado la devolucion de los derechos de importacion que hubiese satisfecho.

ART. 22. Siempre que se encuentre alguna diferencia entre las facturas y las piezas contenidas en los cajones y fardos á que ellas se refieran; si el exceso fuere notable quedará confiscado el cargamento: si de pequena consideracion se satisfarán derechos dobles sobre el exceso, y si ocurriese alguna duda se hará presente á la superioridad para su resolucion.

ART. 23. Para evitar los perjuicios que podrían seguirse á los tenderos y mercaderes por menor, se prohíbe á los consignatarios toda especie de venta al menudeo en sus propios almacenes.

ART. 24. El comercio de cabotage pertenece exclusivamente á los buques y subditos de este estado; mas si por las presentes circunstancias no fuere posible llenar este objeto tan interesante al fomento de la marina mercante y militar del Perú, concederá el gobierno las licencias que crea convenientes bajo la precisa condicion de que en todo buque extrangero que hiciere aquel comercio, la mitad de la tripulacion debe componerse indispensablemente de hijos de este país; y de una tercera parte de los mismos, la de los barcos que se empleen en el comercio expresado, y tengan pabellon de los Estados de Chile, provincias del rio de la Plata y Colombia.

ART. 25. Para facilitar el transporte de los frutos territoriales de un punto á otro de la Costa, quedan habilitados por puertos menores y con su respectiva aduanilla, los de Payta, Huacho y Pisco.

ART. 26. Cualesquiera que en los referidos puertos introdujere géneros extrangeros, sufrirá la pena de que se le decomisen, y ademas el capitán del buque la pérdida de este. Y se incluirán en la misma pena todos los que executaren el contrabando de cualesquier modo que sea, siempre que sean comprendidos en él: con cuyo objeto el gobierno hará se tomen las medidas mas activas para celarlo.

[7]

ART. 27. El presente reglamento deberá observarse hasta tanto se publique otro mas amplio y metódico. Mas no se hará ninguna alteracion sustancial en ninguno de los artículos anteriores sin anunciarla al público con ocho meses de anticipacion : y desde ahora asegura el gobierno que cuando se forme el nuevo reglamento arriba indicado ; lejos de separarse de los principios liberales en que el actual se funda, hará cuanta disminucion de derechos aconsejare la experiencia, conciliando siempre el fomento del comercio con los medios de subvenir á las atenciones del estado. Dado en Lima à 28 de setiembre de 1821. = *José de San Martin*. = *Hipólito Unanue*.

LIMA: IMPRENTA DE RIO.

HABIENDOSE publicado el Plan de arreglo de derechos del comercio del Perú con los países extranjeros, falta para completar su giro el del marítimo en este océano Pacífico, y el del interior de sus provincias. Dàse ahora à luz uno y otro. En el primero se han consultado las relaciones de amistad que deben estrechamente unirnos con los gobiernos libres con quienes confinamos al Sur y al Norte. Identificados en la defensa comun de nuestra amada independéncia, debemos estarlo en los intereses que nos ministren los medios de sostenerla; y con ánimo generoso entablar un cange mútuo que por la equidad de las exâcciones, parezca que es un solo país el que trafica en los diversos puntos de sus costas.

En las franquicias ampliadas al comercio interior, se ha tenido muy à la vista la desolacion que con la guerra ha sufrido la agricultura, para que menos agoviada la distinguida y laboriosa parte de la sociedad que se ocupa en ella, pueda mas fácilmente no solo restituirla à su anterior estado, sino aun llevarla à mayor prosperidad.

Tanto en el comercio extranjero como en el interior, se ha tenido particular atencion así al fomento de la instruccion pública y adelantamiento de las artes, como al de la minería. Patrimonio el mas rico del Perú. Por esto se ha dejado libre de derechos la introduccion de libros, imprentas, máquinas, azogues, &c. Sí con tales pasos no se llega à la perfeccion de un sistema comercial digno de las luces del siglo diez y nueve, al ménos se verá que el Gobierno supremo del Perú hace grandes esfuerzos para conseguirlo.

La base para calcular los derechos es la misma que se estableció para los del comercio extranjero. Es decir, el *valor arreglado à precios de plaza*. A fin de evitar en lo posible toda equivocacion, se deduce en pesos el tanto por ciento cuando lo permite el precio de las cosas vendibles; y cuando no, se pone en reales, anotándolo al márgen.

REGLAMENTO PROVISIONAL DE COMERCIO

PARA LOS PUERTOS DE CHILE, GUAYAQUIL, REALEJO, SON-
SONATE &c. = COMERCIO DE CABOTAGE ENTRE LOS PUER-
TOS DEL PERU, Y EL TERRESTRE ENTRE SUS PROVINCIAS.

INTERNACION

SOBRE AVALUOS

DE MONTEVIDEO Y BUENOS-AYRES.

DERECHOS.

	Para el Estado.	Para el Consulado.	Total
Sebo en buques extranjeros, por todos derechos			
al quintal	14 rs.	14 rs.	28 rs.
Idem id. del estado id. id. id.	10 rs.	10 rs.	20 rs.
Sus demas producciones en buques extranjeros..	8 p. ^{el}	5 p. ^{el}	13 p. ^{el}
Idem.....id.....id.....id. del estado.....	6 p. ^{el}	4 p. ^{el}	10 p. ^{el}

DE CHILOE, VALDIVIA, CONCEPCION, Valparayso, Coquimbo y Huasco.

Sebo en buques extranjeros por todos derechos al quintal	12 rs.	12 rs.	24 rs.
Idem id. del estado id. id. id.	8 rs.	8 rs.	16 rs.
Trigos y harinas de Chile en buques extranjeros por todos derechos.....			
Fanega de trigo..... de á 135 libras			
Idem de harina. {Flor.... de á 80 idem.....	12 rs.	12 rs.	24 rs.
{En bruto de á 130 idem.....}			
En buques del estado, bajo los mismos principios.	8 rs.	8 rs.	16 rs.
Harinas extranjeras en buques de su bandera, la fanega de á 80 libras.....	16 rs.	16 rs.	32 rs.
Si son introducidas en buques del estado	12 rs.	12 rs.	24 rs.
Sus demas producciones en buques extranjeros..	6 p. ^{el}	4 p. ^{el}	10 p. ^{el}
Idem.....id.....id.....id. del estado..	4 p. ^{el}	3 p. ^{el}	7 p. ^{el}

DE GUAYAQUIL, REALEJO, SONSONATE &c.

El cacao en buques extranjeros à cada carga de 78 libras, por todos derechos	10 rs.	10 rs.	20 rs.
Idem en buques del estado.....	8 rs.	8 rs.	16 rs.
Sus demas producciones en buques extranjeros.	6 p. ^{el}	4 p. ^{el}	10 p. ^{el}
Idem.....en id.....del estado..	4 p. ^{el}	3 p. ^{el}	7 p. ^{el}

<i>DE PUERTOS INTERMEDIOS DESDE COBI- ja, Iquique, Arica, Ilo, Mollendo &c.</i>		SOBRE AVALUOS.	
		DERECHOS.	
		Para el Estado.	Para el Consulado. Total
Los trigos y harinas, lo mismo que los de Chile.			
Sus demas producciones en buques extranjeros.	4 p. aloolo	4 p. aloolo	8 p. aloolo
Idem.....en idem.....del estado.	3 p. aloolo	3 p. aloolo	6 p. aloolo

NASCA, PISCO, CHINCHA Y CANETE.

Los aguardientes en buques extranjeros.....	12 p. aloolo	8 p. aloolo	20 p. aloolo
Idem..... en id...del pabellon del estado.	8 p. aloolo	5 p. aloolo	13 p. aloolo
Los vinos..... en id..... extranjeros.....	6 p. aloolo	4 p. aloolo	10 p. aloolo
Idem..... en id..... del estado.....	4 p. aloolo	3 p. aloolo	7 p. aloolo
Licores extranjeros sobre avaluos.....	60 p. aloolo	20 p. aloolo	80 p. aloolo
Los trigos y harinas en buques extranjeros, fanega.	12 rs.	12 rs.	24 rs.
Idem.....id.....en id....del estado id..	8 rs.	8 rs.	16 rs.
Las demas producciones en buques extranjeros..	4 p. aloolo	4 p. aloolo	8 p. aloolo
Idem.....id.....en id.....del estado.	3 p. aloolo	3 p. aloolo	6 p. aloolo

El cobre que produzca la mina de Ica se opina que debe ser libre, con el objeto de fomentar su explotacion.=Igualmente que el aceite de higuera que se beneficia en las haciendas del estado.

*CHANCAI, HUACHO, HUARMEY, SANTA,
Huanchaco, Pacasmayo y Payta.*

Trigos y harinas en buques extranjeros, fanega.	12 rs.	12 rs.	24 rs.
Id.....id.....en id....del estado.....id..	8 rs.	8 rs.	16 rs.
Sus demas producciones en buques extranjeros..	4 p. aloolo	4 p. aloolo	8 p. aloolo
Idem.....id.....en id....del estado....	3 p. aloolo	3 p. aloolo	6 p. aloolo

Siendo la breá un artículo preciso para el em-
pego del botijambre necesario para los aguar-
dientes y vinos que se cosechan en el estado,
se opina que deben ser libres las de la mi-
na de Amotape y Punta de Santa Elena.

EXTRACCION PARA LOS MISMOS

PUERTOS.

PARA MONTEVIDEO Y BUENOS AYRES.

Las producciones del pais en buques extranjeros.	6 p. aloolo	4 p. aloolo	10 p. aloolo
Idem.....id.....id....del estado....	4 p. aloolo	3 p. aloolo	7 p. aloolo

*PARA CHILOE, VALDIVIA, CONCEPCION,
Valparaiso, Coquimbo y Huasco.*

El azucar en buques extranjeros arroba....	3 rs.	3 rs.	6 rs.
---	-------	-------	-------

SOBRE AVALUOS.

DERECHOS.

	<i>Para el</i> Estado.	<i>Para el</i> Consulado	Tótal
Idem.....en id.....del estado.... id.....	2 rs. .	2 rs. .	4 rs.
Las demas producciones del pais, en buques ex- trangeros.....	4 p. ^{do}	3 p. ^{do}	7 p. ^{do}
Idem.....id.....id.....en id....del estado...	3 p. ^{do}	2 p. ^{do}	5 p. ^{do}

PARA GUAYAQUIL, REALEJO, SONSONATE, &c.

Las producciones del pais en buques extranjeros.	4 p. ^{do}	3 p. ^{do}	7 p. ^{do}
Id.....id.....id.....del estado.....	3 p. ^{do}	2 p. ^{do}	5 p. ^{do}

PARA PUERTOS INTERMEDIOS, DESDE Cobija, Iquique, Arica, Ilo, Mollendo, Quilca &c.

Las producciones del pais en buques extranjeros.	3 p. ^{do}	3 p. ^{do}	6 p. ^{do}
Idem.....id.....en id....del estado...	2 p. ^{do}	2 p. ^{do}	4 p. ^{do}

PARA NASCA, PISCO, CHINCHA Y CAÑETE.

Las producciones del pais en buques extranjeros..	4 p. ^{do}	3 p. ^{do}	7 p. ^{do}
Idem.....id.....en id....del estado...	3 p. ^{do}	2 p. ^{do}	5 p. ^{do}

PARA CHANCAY, HUACHO, HUARMEY, Santa, Huanchaco, Pacasmayo y Payta.

Las producciones del pais en buques extranjeros.	3 p. ^{do}	3 p. ^{do}	6 p. ^{do}
Idem.....id.....en id....del estado....	2 p. ^{do}	2 p. ^{do}	4 p. ^{do}

COMERCIO TERRESTRE.

Los aguardientes.....	6 p. ^{do}	4 p. ^{do}	10 p. ^{do}
Los vinos.....	3 p. ^{do}	2 p. ^{do}	5 p. ^{do}
Toda manufactura de tejido de lana y algodón, cordovanes, badanas, jabon y azucres	4 p. ^{do}	2 p. ^{do}	6 p. ^{do}
Los granos y demas productos de la agricul- tura que giran por tierra para el abasto de los pueblos, quedan libres de gabelas.			

Dado en el Palacio Protectoral de Lima á 18 de octubre de 1821.

José de San Martín.

Por órden de S. E.

Hipólito Unanue.

ARTICULOS ADICIONALES

AL REGLAMENTO DEL COMERCIO EXTRANJERO.

ARTICULO PRIMERO.

La abolicion de todas las aduanas interiores de que se habla en el artículo 12, no comprende por ahora à las de Ica, Jauja, Pasco, Huarás, y otras villas de crecido comercio, hasta que encabezonadas las haciendas y obrages, se recompensen con una imposicion moderada las pérdidas, que de otra suerte harian las rentas del estado.

ART. 2.

La libertad que en el mismo artículo se concede de poder girar en lo interior sin guia, no debe entenderse con respecto à los efectos internados por mar, pues estos deben llevar el respectivo conocimiento que acredite haber satisfecho los derechos en su introduccion, para no caer en decomiso. De lo contrario sería abrir la puerta al contrabando.

ART. 3.

Igualmente deberán girar con guía los aguardientes, vinos y manufacturas de que se habla en el último artículo del comercio terrestre, cuando se lleve de una provincia à otra.

ART. 4.

La prohibicion de extraer plata y oro labrado que contiene el art. 13, no es con respecto al del uso y servicio personal, con tal que esté quintado, y por su cantidad no haga creer que es para el tráfico. Y así deberá sacarse de la aduana la respectiva guia en que se numeren las piezas que se extraen.

ART. 5.

A los puertos menores de Payta, Huacho y Pisco, que en el artículo 25 se habilitaron para el comercio mutuo de nuestra costa, deberán agregarse los de Nasca, Cañete y Pacasmayo para dar mas actividad al transporte.—*Una rubrica de S. E.*—Unánue,



Por el Ministerio de Guerra se han sancionado los artículos siguientes, con respecto al art. 3.º del reglamento provisional del comercio de ultramar.

1... Queda à eleccion de los comerciantes extranjeros el consignar sus expediciones à los ciudadanos del Perú, pagando el 20 por ciento que establece el art. 6.º, ò bien intervenir esclusivamente en el giro de sus negocios, satisfaciendo el 25 por ciento por derecho de importacion.

2... Los comerciantes extranjeros harán por sí el aforo de sus facturas, segun los precios corrientes de la plaza, quedando sujetos al exámen de los vistas que deben nombrarse cada mes, para que en caso de haber una notable diferencia entre el aforo hecho por los comerciantes extranjeros de los precios corrientes de plaza, los pueda tomar el gobierno con el aumento de un 10 por ciento sobre él avaluo.



Para obviar en lo sucesivo las cuestiones que podrian suscitarse entre los comandantes de los buques de guerra de las naciones neutrales y el gobierno del pais, sobre los derechos que gozan en él los extranjeros residentes, y las obligaciones à que se sujetan durante su permanencia, he resuelto decretar lo siguiente.

1... Los extranjeros residentes en el pais tienen los mismos derechos que los ciudadanos de él à la proteccion del gobierno y de las leyes, ante las cuales no hay aceptacion de personas.

2... Los extranjeros quedan recíprocamente obligados y sujetos à las leyes del pais, y à las órdenes del gobierno, sin tener derecho à reclamar la intervencion de los comandantes de los buques de guerra ó cónsules de las naciones à que pertenezcan, à no ser en el único caso que por la ley de las naciones pueden hacerlo, cual es el de una abierta infraccion de sus derechos.

3... Los extranjeros residentes en el pais están obligados à tomar las armas para sostener el órden interior, pero no para hacer la guerra à los españoles, mientras conserven el carácter de neutrales.

4... Los extranjeros están obligados à sufrir las cargas y contribuciones de los demas habitantes del estado en proporcion à sus fortunas, y à los beneficios que reciban del libre ejercicio de su industria.

Publíquese por bando y comuníquese à quienes corresponde. Dado en el Palacio Protectoral de Lima à 17 de octubre de 1821.—2.º
—San Martin.—*Por órden de S. E.*—B. Monteagudo.

NOTA. En la extraccion de azúcares para Chile, Valdivia &c. se cargan 4 rs. por arroba en buques extranjeros y 6 en nacionales, y debe entenderse al revers.

SUPLEMENTO

A los Reglamentos provisionales de comercio, cerca de los derechos, que deben pagar los efectos de Europa y Asia, que habiendo variado de dominio, se extraigan por el puerto del Callao a los de Chile, Guayaquil, y demas que se expresan.

PARA MONTEVIDEO Y BUENOS AYRES. Al Es-Al Con-To- tado, sulado, tal

Los efectos de Europa y Asia que se extraigan en

buques extranjeros	4p $\frac{0}{2}$	2p $\frac{0}{2}$	6p $\frac{0}{2}$
Idem . . . Id. . . . Id. . . . Id. del Estado	2.	2.	4.

PARA CHILOE, VALDIVIA, CONCEPCION, Valparayso, Coquimbo y Huasco.

Los efectos de Europa y Asia que se extraigan en

buques extranjeros	4.	2.	6.
Idem . . . Id. . . . Id. . . . Id. del Estado	2.	2.	4.

PARA GUAYAQUIL, SONSONATE Y REALEJO.

Los efectos de Europa y Asia que se extraigan en

buques extranjeros	4.	2.	6.
Idem . . . Id. . . . Id. . . . Id. del Estado	2.	2.	4.

PARA PUERTOS INTERMEDIOS

desde Cobija, Iquique, Arica, Ilo, Mollendo y Quilca.

Los efectos de Europa y Asia que se extraigan en

buques extranjeros	4.	2.	6.
Idem . . . Id. . . . Id. . . . Id. del Estado	2.	2.	4.

PARA NASCA, PISCO, CHINCHA Y CAÑETE.

Los efectos de Europa y Asia que se extraigan en

buques extranjeros	4.	2.	6.
Idem . . . Id. . . . Id. . . . Id. del Estado	2.	2.	4.

PARA CHANCAY, HUACHO, HUARMEY , SANTA
Huanchaco, Pacasmayo y Payta.

Los efectos de Europa y Asia que se extraigan en

buques extranjeros	4.	2.	6.
Idem . . . Id. . . . Id. . . . Id. del Estado	2.	2.	4.

Respecto á haberse extinguido parte de las Aduanas interiores, deberán pagar los efectos de Europa y Asia que se extraigan por tierra cuatro por ciento de alcabala sobre avalúos, en lugar del siete que antes satisfacían: cuya equitativa exacción se hace en consideracion al excesivo precio que tienen los fletes, dimanado de la extraordinaria escasez de mulas que se experimenta.

En el Reglamento de comercio de cabotaje del Perú y gobiernos adyacentes, se ha permitido la introduccion de arinas de paises extranjeros. Mas como la experiencia ha acreditado, que por su larga navegacion, ó por mal acondicionadas llegan alteradas, y en principio de corrupcion, no deberá introducirse ninguna cantidad de ellas, sin que primero sean reconocidas por una comision de personas inteligentes, nombradas por la Municipalidad. A este efecto, el Administrador de la Aduana le avisará por el correspondiente oficio, luego que reciba registro en que se numeren arinas. Si reprobadas se introdugesen, caerán en decomiso; y vendedor y comprador sufrirán las penas de contrabandistas, como traficantes de cosas no permitidas. Los individuos de la comision serán responsables al puntual cumplimiento de sus deberes en materia tan importante á la salud pública. Dado en el palacio protectoral de Lima á 14 de Enero de 1822. — *San Martín*. Por órden de S. E. *Hipólito Unánue*.

Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*



PETER HÄBERLE

Catedrático Honoris Causa (Emérito) de la Universidad de Bayreuth (Alemania).

☞ **SUMARIO:** Introducción la elaboración del tema 1.1 El mercado en la perspectiva científico-cultura. La “doctrina de las dos manos” poder/derecho. La concepción “integrante” de la Constitución 1.2 El mercado en el cuadro de los textos clásicos de la filosofía del Estado y del derecho. La imagen del hombre. El contrato social. Las finalidades educativas y la doctrina de la división de los poderes en el ámbito económico 1.3 El mercado a la luz de los textos constitucionales del Estado constitucional: la fuerza expresiva del desarrollo gradual de los textos 1.4 Economía de mercado y democracia: ¿un sinónimo? 1.5 Tres límites del principio “mercado y economía de mercado” 1.6 La economía social de mercado como “tercera vía” entre capitalismo y socialismo: las prestaciones culturales del Estado constitucional 1.7 Las consecuencias políticas-constitucionales: ¿la “economía social de mercado” como fin constitucional o la constitucionalización de sus principios individuales? 1.8 Perspectivas.

Resumen: *El mercado, en cuanto parte de la sociedad abierta, está conformado por la Constitución: no nos es dado por la “naturaleza”, sino que es constitucionalizado, no se protege o se excluye, sino que se trata de un espacio social, en el que el ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su lugar: en concurrencia y cooperación, en intercambio y aglomeración, conjuntamente o en disputa. Estos no son “procesos de comunicación” salvajes, un espacio libre de egoísmo desenfrenado, un choque similar al de una guerra civil, sino un pedazo de cultura -cultivado, en sentido literal-. Con esto no se niega la fuerte oposición de intereses y disputas de los ciudadanos del mercado y sus grupos (disciplinados mediante estructuras divisorias), sino que se configura el mercado y la vida económica hasta convertirlos en parte interna del orden constitucional vivo.*

Abstract: *As the market starts from the open society, it is composed of the Constitution: it is not given to us by the “nature”, but it is constitutionalized, it is not protected or excluded. It is a social space, in which the exercise of the fundamental rights finds their place: in competition and cooperation, in exchange and agglomeration, jointly or in dispute. These are not wild “communication processes”, a free space of uncontrolled selfishness, a clash similar to that of a civil war, but a cultivated piece of culture, in the literal sense. This does not deny the strong opposition of interests and disputes of the market citizens and their groups (disciplined through dividing structures), but it configures the market and the economic life until converting them in an internal part of the living constitutional order.*

* Reproducción autorizada por el autor. Artículo publicado en *Pensamiento Constitucional*, Lima, N.º 4, 1997. Traducción del italiano de Elvira Méndez Chang.

INTRODUCCION

1989 ha anunciado la “hora mundial” del Estado constitucional: el fracaso casi global del marxismo-leninismo ha hecho que en todo el mundo se tome conciencia, de modo positivo, de la importancia de muchos de los elementos estructurales del Estado constitucional; sobre todo, de los derechos del hombre y de la democracia, del Estado de derecho y de la economía (social) de mercado, ahora legitimados también como grandes objetivos de reforma en la Europa del Este. El éxito de la teoría de la “economía de mercado” ejerce una gran fascinación que cada ciencia debe aún analizar y explicar, sobre todo hoy, cuando en la Europa del Este se evidencia la dificultad del cambio de un sistema económico dirigista a la economía social de mercado, dificultad que involucra tanto los aspectos humano, institucional y jurídico. Se está desarrollando un esfuerzo de investigación en relación al problema central del paso a la economía de mercado, entendida como forma económica de la sociedad pluralista. La doctrina constitucionalista debe ahora ponerse frente a una evidente cuestión de fondo: ¿Cuáles son las perspectivas de una teoría constitucional del mercado que lo defina como parte de la sociedad pluralista y lo clasifique al interior del conjunto de valores fundamentales del Estado constitucional? En Alemania, la discusión en curso sobre el tema del “derecho constitucional de la economía” está todavía muy atrasada y se refiere sólo a un aspecto parcial y secundario de ésta¹. La misma ciencia jurídica europea debe plantearse con urgencia —de nuevo— las interrogantes inherentes al “mercado”²: el constituirse en un enorme, singular mercado mundial, que supera las fronteras del Estado, provee un motivo ulterior para interrogarse sobre el tema del mercado, que se mantiene como una “criatura desconocida”, no obstante la popularidad alcanzada en muchas disciplinas del sector. La doctrina constitucionalista es más estimulada por tales reflexiones cuanto más en el Este se desarrollen nuevas formas de economicismo o materialismo. De otro lado, le ecología y la economía deben ser recíprocamente vinculadas y, en los procesos de creación de nuevas constituciones (por ejemplo, en Europa del Este y en Alemania Oriental), es necesario establecer qué cosa y cómo, en materia de mercado y de economía de mercado, va a ser introducida en los textos constitucionales³.

1 SCHEUNER, U. (editor). *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, 1971; H. Rupp, *Grundgesetz und “Wirtschaftsverfassung”*, 1874; SCHMIDT, R., *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, HdBStR vol. II (1988), pp. 1141 (1147 y ss.); J. Isensee, *Im Spannungsfeld: Marktwirtschaft Moral – Recht – Verfassungsstaat*; en H. J. Müller/J. Isensee (editores), *Wirtschaftsethik – Wirtschaftsstrafrecht*, 1991, pp. 87 y ss.

2 JÖRGES, C., *Markt ohne Staat? — Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik*, en E. Wildenmann (editor), *Staatswendung Europas?*, 1991, pp. 225 y ss.

3 Aquí es posible hacer sólo una referencia a las obras precedentes; véase: HÄBERLE, P., “Die Entwicklungsstaat des heutigen Verfassungsstaates”, en *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 431 (443 y ss.); “Verfassungsentwicklungen in Osteuropa — Aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre”, en *AöR* 117 (1992), pp. 168 (178 y ss.); “Grundrechte in pluralistischen Gesellschaften”, en *Die Verwaltung*, 6 (1993).

LA ELABORACIÓN DEL TEMA

1.1 El mercado en la perspectiva científico-cultural. La “doctrina de las dos manos” poder/derecho. La concepción “integrante” de la Constitución

El concepto de “mercado” es comprendido sobre todo gracias al auxilio de expresiones lexicales de uso cotidiano: “Con el término mercado se indica el nivel de intercambio de prestaciones entre demanda y oferta”⁴; el mercado es “el lugar económico del intercambio, donde el precio se constituye sobre la base del encuentro entre oferta y demanda”⁵; o el mercado es “el proceso mediante el cual la economía basada sobre la propiedad privada de los medios de producción, que distribuye puestos de trabajo (economía de mercado), obtiene aquella producción que mejor logra la satisfacción de las necesidades más urgentes de los consumidores”⁶. Cada una de las ciencias especializadas —que son llamadas a operar según un criterio de interdisciplinariedad— han discutido en profundidad sobre las características constitutivas del mercado: si se piensa en la expresión de F.A. von Hayek, que define el mercado como “procedimiento de descubrimiento”, o “conquista del conocimiento gracias al *trial and error*”⁷, o bien a la discutible tesis del mercado como espacio de “diálogo sobre valores”⁸. A esta idealización del mercado⁹ se contraponen la discutible satanización por parte del marxismo (el mercado como estado de naturaleza para una humanidad ferina, donde se impone unilateralmente el derecho del más fuerte). Se ignora el hecho que el mercado en el Estado constitucional no es un espacio libre de la ética, ni del derecho de Estado. La “mano invisible” del mercado (A. Smith)¹⁰ y la “mano invisible del derecho” (E.-J. Mestmaecker)¹¹ vienen concebidas *contemporáneamente*. La red de millones de contratos regulados por el derecho, que presuponen la confianza y al mismo tiempo la crean, es similar a aquel contrato

4 Voz Markt, en *Münchener Rechtslexikon*, II, 1987, pp. 891.

5 Voz Markt, en *Gabler wirtschaftslexikon*, II, pp. 283.

6 Voz Marckt, en *HdSW VII*, 1961, pp. 131.

7 VON HAYEK, F.A., *The Constitution of Liberty*, 1960 (trad. It. Florencia 1969); Id., *The Road to Serfdom*, 1948 (trad. It. Milán 1948). Para una óptima introducción a la obra de von Hayek, véase el número especial (*Heft 5a*, 1991). De los *Schweizer Monatshefte in memoriam Von Hayek, F.A. 1889 bis 1992*, también en mérito a su relación con Popper (p. 106 y ss.); además, M. “Streit, Wissen, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung”, en *Ordo* 43, 1992, pp. 1 y ss.; R. Kley, F.A. Hayeks wissenschaftliche Verteidigung des Liberalismus, *ZfP* 1993, pp. 30 y ss.

8 FIKENTSCHER, W., *Wirtschaftsrecht*, I (1983), 10.

9 Ya es conocida la doctrina liberal de los *Drei Marktplätzen* (los ámbitos económico, político y cultural de la competencia).

10 Para el *locus classicus*, véase: SMITH, A., *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), edición alemana dirigida por RECKTENWALD, H.C., 1986, pp. 371 (trad. It. Turín 1950): “Él viene guiado, así como en muchos otros casos, por una mano invisible para la consecución de un fin, cuya realización no se había previsto”.

11 Cfr. MESTMAECKER, E.-J., *Recht und ökonomisches Gesetz*, 1984; Id., *Wirtschaftsrecht*, *Rabel’sZ* 54 (1990), pp. 409 y ss.; Id., *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem*, 1978.

social, que del estado originario (*status naturalis*) conduce al *status civilis vel culturalis*, y es característico del Estado constitucional en su conjunto, como siempre nuevo “acomodarse y tolerarse recíproco” de todos los ciudadanos. El mercado es una parte de la esfera abrazada por el contrato social: *life, liberty, estate, property*, trabajo de todas las partes contractuales en posición de igualdad. El comportamiento contractual de hecho tenido sobre el mercado, debería buscar un contacto con las teorías contractuales recientes y clásicas (y con las doctrinas sobre la justicia, hasta aquella de Rawls). El mercado, en el Estado constitucional, es —como toda la vida social— estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es, constituido. Ello se ha transformado realmente e idealmente de un estado de *naturaleza* a un estado de *cultura*: por ejemplo, mediante los postulados materiales y procesales de la justicia y del bien común, de la constitución y del ordenamiento jurídico en su conjunto. Sus libertades son, desde el inicio, libertades culturales, no naturales, como demuestra también el desarrollo histórico. Y es precisamente una teoría constitucional del mercado la que debe triunfar en la tentativa de contraponer, en principio, el “retorno a la naturaleza” de Rousseau al “retorno a la cultura” de Gehlen. Es Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia. Ni la satanización, la perspectiva *mediana* es la correcta. Gracias a ésta es posible percibir la diferencia entre los varios mercados sectoriales, como aquello del “arte”, de los medios de comunicación, de las opiniones, de los capitales y del trabajo¹², mientras hoy la europeización y la globalización de los mercados crean nuevos retos para la teoría del Estado constitucional cooperativo. Otro tanto, puede decirse para las grandes responsabilidades comunes, como aquellas que gravan sobre los mercados nacionales e internacionales, en razón a la protección del ambiente¹³. El “principio de responsabilidad” (Jonas) hace uso tanto del punto de vista del Estado constitucional como de aquello del *fórum* de la humanidad en “perspectiva cosmopolita”.

El mercado está elaborado como parte la sociedad abierta por la constitución de esta última. En cuanto tal, ello no está dado *a priori* “naturalmente” pero, por el contrario, ha sido constituido; no es alguna cosa autónoma y separada pero es un ámbito social en el cual se concreta el ejercicio de diversos derechos fundamen-

12 La forma del mercado o de la economía, mutable en el curso de la historia, debe corresponder a una parte de la historia de la cultura. La historia del pensamiento en la materia se inicia nada menos que con Aristóteles, cfr. FLASCHAR, H. — ISSING, O. — TODD LOWRY, S. — SCHEFOLD, B., *Aristoteles und seine “Politik”, vademecum zu eine Klassiker des antiken Wirtschaftsdenkens*, 1992; E. Salin, *Politische Ökonomie, Geschichte der wirtschaftspolitischen Ideen von Platon bis zur Gegenwart*, 1967; SCHEFOLD, B. (editor), *Die Darstellung der Wirtschaft und der Wirtschaftswissenschaften in der Belletristik*, 1992. En perspectiva científico-espiritual, también E. Heuss, *Evolutorik und Marktwirtschaft*, Jöhr — Vörlesung St. Gallen, 1992, pp. 11 y ss.

13 Para la inmensa literatura sobre la materia, HAMPICKE, U., *Ökologische Ökonomi. Individuum un Nu... in der Neoklassik*, 1992; M. Hauff — U. Schmid (editor), *Ökonomie und Ökologie-Ansätze zu einee ökologisch verpflichteten Marktwirtschaft*, 1992.

tales mediante el aporte de muchos: en la concurrencia y en el ser socios, en el intercambio y en los vínculos, en el ser unidos o uno contra el otro. Tales *procesos comunicativos* no son “salvajes” ni son un espacio libre para egoísmos represivos que se encuentran como en una guerra civil, pero son literalmente “creados por la cultura”, una parte de la cultura. Con aquello no se pretende negar la existencia de fuertes contrastes de interés y de discusiones entre sujetos del mercado o entre sus grupos (disciplinados por apropiadas estructuras de distribución de los poderes). Más bien, se quiere subrayar que el monopolio del poder ejercitado por el Estado constitucional, la prohibición —diversamente articulada (pero a menudo de modo equivocado)— del abuso del poder económico (por ejemplo, en las cláusulas generales del Código Civil Alemán), el fuerte reclamo a los deberes sociales y al sentido de la comunidad, y, en el conjunto, la delicada construcción de la cultura jurídica de un pueblo, lentamente madurada, forjan la vida económica y del mercado y la transforman en un elemento constitutivo *interno* del ordenamiento constitucional existente. La intensidad de la constitución de los modelos de mercado es diversa, en el tiempo y en el espacio; de nación en nación y en el curso de la historia, y allí están las diferencias, además al interior de un mismo Estado, así como lo muestra, por ejemplo, la oscilación de Francia (debido al uso de la técnica del *trial and error*) entre economía planificada y socialización, o entre economía de mercado y privatización, bajo los presidentes De Gaulle y Mitterand¹⁴. Todo esto se cumple sobre el plano y en el ámbito de una constitución que hace uso de las fuerzas de mercado y de sus realizaciones, y, en cada caso, a la luz de la concepción de la constitución aquí recogida. En tal sentido, la constitución es el “ordenamiento jurídico fundamental” del Estado y de la sociedad: ella no sirve solamente para limitar y racionalizar los “procesos” de poder, sino los constituye. Ella materializa el consenso nacional de base, es “norma y tarea” (Scheuner), “estímulo y límite” (Smend); y, en conclusión, un proceso público. La concepción “mixta” de la constitución recoge muchos aspectos del debate desarrollado hasta hoy y solicita una integración pragmática de los diversos elementos teóricos. La aproximación es, sobre todo, científica y cultural. La constitución no es solamente un texto jurídico o una “instalación” de disposiciones normativas; es también —como hemos dicho— expresión de una etapa de desarrollo cultural, medio de la autorepresentación cultural de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas¹⁵. El mercado, en su conjunto y en los aspectos individuales, está incluido en todos estos nexos: en las propias estructuras y funciones, pero también en su relación con los derechos fundamentales. Relación ésta que considera tanto su significado para la realización de los derechos fundamentales como su ser constituido a través de los derechos fundamentales de los individuos y de los grupos. Las “libertades económicas” son, en el fondo, en

14 Existen la variante italiana de la economía (social) de mercado, con su (aún) “vistosa” atención en la economía de Estado; aquella francesa, donde la “política industrial” es la que tiene un rol relevante; o el “thatcherismo” inglés.

15 Cfr. HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, pp. 19.

primera y última instancia, libertades *culturales*: libertad en el sistema cultura, al cual pertenece también la economía, no obstante que ésta se diferencia de los ámbitos clásicos de la cultura, tales como la religión y la educación, el arte o la ciencia¹⁶.

1.2 El mercado en el cuadro de los textos clásicos de la filosofía del Estado y del derecho. La imagen del hombre. El contrato social. Las finalidades educativas y la doctrina de la división de los poderes en el ámbito económico

Una teoría constitucional del mercado debe afrontar con inmediatez los paradigmas de la filosofía clásica del Estado y del Derecho. No obstante, no parece que ello haya sucedido hasta hoy. No es posible, en esta sede, “recuperarlo” o iniciarlo. Serían necesarias —“sobre las espaldas de los gigantes”— discusiones en la cumbre entre los mismo autores clásicos, con un ojo a la Constitución¹⁷. En efecto, el mercado está estrechamente conectado a las cuestiones fundamentales de la convivencia social (por ejemplo, a la “imagen del hombre” y a la “sociedad”), y está subordinado al postulado de la justicia y del bien común, así como a otros sectores propios de una democracia pluralista. La pregunta relativa a las estructuras y a las funciones del mercado es también una pregunta sobre la “correcta” comprensión de la Constitución. La formulación de una teoría constitucional, que comprenda el mercado en general y en particular, adquiere importancia en la medida en que la doctrina del Derecho venga actualmente integrada en la doctrina del Estado constitucional. Aquí es oportuno señalar que el mercado, entendido como parte de la sociedad pluralista, está *constituido* como ésta. Esto, entonces, contempla al individuo no tanto en el estado de naturaleza (*status naturalis*) cuando en el estado de cultura (*status civilis*)— El mercado no puede ser o convertirse en un *bellum omnium contra omnes*, no es el espacio para la naturaleza (que en parte, es seguramente verdadera) ferina del hombre y también el Estado constitucional no es aquél de Hobbes, sino aquél construido por Locke y se finge, en el sentido que nos lleva a Kant, un contrato social. Es el “cuadro moderadamente optimista del hombre”, y no aquél pesimista, basado sobre la experiencia de la guerra civil planteada por Hobbes y que forja el Estado constitucional, así como la idea relativa del “sujeto del mercado”¹⁸. Adam Smith ha descrito realistamente, con una fórmula clásica, la propia

16 Cfr. RAISER, L., *Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem*, Festschrift J. Von Gierke, 1950, pp. 181 (188), según el cual, la economía y el Derecho serían “ámbitos parciales de una misma cultura, creación del espíritu, partes de un mundo de valores, testimonios de todo la forma de ser de un pueblo”. Véase también: RÖPKE, W. (1944), citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, W. STÜRTZEL y otros (editores), 1981, pp. 229: “Ésta (la economía de mercado vital y pacífica) es más que nada un producto artificial, un artefacto de la civilización, [...]”; “[...] que también el curso de la economía de mercado, así encuadrada y regulada, necesita de ciertas intervenciones del Estado, bien dosadas y sopesadas”.

17 El volumen *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., para la doctrina constitucionalista es una fuente inagotable de textos clásicos de la ciencia económica.

18 HÄBERLE, P., *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

visión del hombre¹⁹: “Por el contrario, el hombre tiene siempre necesidad de ayuda que, sin embargo, no puede esperar obtenerla sólo mediante la benevolencia de sus consocios. Probablemente, logrará su objetivo mucho antes, si usa el amor propio de ellos a su favor, mostrando que es en el interés de ellos hacer aquello que él desea de ellos (...). Nosotros no nos dirigimos a los hombres sino a su amor propio y no nos referimos a sus propias necesidades sino hablamos de su ventaja”. Tal aspecto de la imagen del hombre viene traducida por el Estado constitucional también en relación al mercado. Ello se expresa repetidamente en los principios que caracterizan la vida económica, por ejemplo, mediante la garantía de la propiedad privada (allí comprendida la libertad testamentaria) en el cuadro de la “utilidad privada”²⁰. Tal visión del ciudadano “que actúa en su propio interés” no es, sin embargo, idéntica a la figura ficticia, a menudo citada, del *homo economicus*²¹. La imagen de aquél que “maximiza racionalmente lo útil” toma solamente un aspecto parcial, ya que el individuo no es egoísta *solamente* en relación a la explotación *económica* y al deseo de ganancia, y no está motivado únicamente por aquello que es *racional*²². Aquellos que han “nacido iguales y libres en derechos y en dignidad” dotados de “conciencia y razón”, sobre los cuales incumbe la obligación del “espíritu de fraternidad” (cfr. Art. 1.º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas de 1948) son por su “naturaleza” —y por su cultura— muy complejos (*también* bajo la perspectiva de las emociones, *también* del altruismo, *también* del idealismo) para poder ser descritos con fórmulas simples. Lo que el Estado constitucional sabe ofrecer sobre el plano cultural consiste exactamente en tomar en cuenta la multiplicidad de elementos propios de la imagen del hombre,

19 SMITH, A., *An inquiry*, cit. pp. 17.

20 Sobre el punto, cfr. Trib. Const. Fed., 31, pp. 229 (240); cfr. asimismo, mi exposición realizada en Basilea, “Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff” (1984) ahora en: *Rechtsvergleich im Kraftfeld*, cit., pp. 484 y ss. Cfr. también EUCKEN, W. (1952): “La afirmación, a menudo citada, que establece que la propiedad privada sea de utilidad no sólo para el propietario sino también para quien no es propietario, vale únicamente en el ámbito del ordenamiento de la competencia” (citado en *Grundtexte*, cit., pp. 153).

21 HEINRICHSMEYER, W. — GANS, O. — EVERS, J., *Einführung in die Volkswirtschaftslehre*, 6ª edic., pp. 38, pp. 166; MEINHOLD, W., *Grunzüge der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, 1992, pp. 12 y ss. (Clásicamente R. Röpke: *Ethik und Wirtschaftsleben* (1955), citado en *Grundtexte*, cit. P. 439 y ss. (spec. pp. 441: “Existe un economicismo que transforma el medio en el fin y piensa sólo al pan [...]”; pp. 447: “Tal *homo oeconomicus*, configurado como tipo “medio”, existe, sin embargo, al igual que los héroes y los ángeles”; pp. 448: “la vida económica no se desarrolla en un vacío moral. En todo caso, corre el peligro constante de perder el equilibrio ético [...]”).

22 Desde el punto de vista filosófico, el modelo del *homo oeconomicus* es criticable porque no considera las relaciones sociales dentro de las cuales cada individuo está colocado desde el inicio; bajo la perspectiva ética, niega el vínculo entre el individuo y los valores metaideales; desde el punto de vista empírico, no toma en cuenta que el hombre no es sólo racional y que sus preferencias no son siempre las mismas. Finalmente, se recuerda, junto con RÖPKE, W. (1955), que aquél que tiende sólo a la maximización de las ganancias destruye el mercado, dado que el mercado y la competencia “se nutren únicamente de recursos morales, sin crearlos autónomamente” (citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., pp. 439 [488]).

en protegerla, en apuntar sobre ella y en el “construirla y perfeccionarla”. En el ámbito de las *finalidades educativas* del Estado constitucional, se vuelven visibles los aspectos parciales de la visión del hombre que le es “propia”. Así, según el Art. 26.º, N.º 2, de la citada Declaración Universal de los Derechos del Hombre, deben ser objeto de la educación tanto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el “reforzamiento del respeto de los Derechos del hombre” como la “comprensión y la tolerancia”. Análogamente, el Art. 26.º, N.º 1, de la Constitución de Brema solicita una “educación dirigida hacia una toma de conciencia de la comunidad, que se funde en el respeto de la dignidad de cada hombre y en la voluntad de justicia social y de responsabilidad política”²³. Además, sería útil lograr hacer fecunda una parte de aquella sabiduría antropológica que, en 1748, ha consentido a Montesquieu “descubrir” su propia teoría de la división de poderes: el hombre se inclina por naturaleza a abusar del poder. Aquello no es válido únicamente para los individuos colocados en las oficinas estatales o que tienen una responsabilidad pública, sino también para el ciudadano que toma parte de las vicisitudes del mercado. Por este motivo, el Estado constitucional es constantemente estimulado a extender el principio de la división de poderes (inicialmente entendido en sentido restringido, es decir, limitado a la organización interna del Estado) al ámbito social (iy, entonces, también económico!), a fin de evitar procesos de distorsión del poder (la política estatal, en tema de competencia sirve precisamente para esto). La división de poderes, en sentido lato, resulta la idea de base gracias a la cual muchos principios del Estado constitucional han sido aplicados al mercado: de la determinación de la “función social” de la propiedad privada (Art. 42.º, numeral 2, de la Constitución Italiana) a la atribución al Estado de la tarea de una “distribución equitativa del bienestar” (Art. 20.º de la Constitución de los Países Bajos), y la prohibición de la “explotación del poder económico” (Art. 81.º, literal e de la Constitución Portuguesa) y de todos los “negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres” (Art. 151.º, numeral 2, par. 2, de la Constitución de Baviera).

1.3 El mercado a la luz de los textos constitucionales del Estado constitucional: la fuerza expresiva del desarrollo gradual de los textos

En los textos constitucionales de las democracias pluralistas, vienen recogidas adquisiciones parciales acerca del valor de atribuir a la posición del mercado y de la economía (y a conceptos correlativos como la libertad de competencia y el deber social). Éstas expresan, bajo la perspectiva temporal y espacial y, es decir, desde el

23 La doctrina de RÖPKE, W. sobre la “asimetría de la economía de mercado” asume en tal contexto valor determinante: también el mercado está orientado por condiciones externas. “El mercado, la competencia y el juego de oferta y demanda no crean un patrimonio de principios morales pero lo presuponen y lo usan”. RÖPKE comprende, dentro de las normas éticas de la economía de mercado, “la autodisciplina, el sentido común y de justicia, la honestidad, *fairness*, el respeto de la dignidad humana, las normas consuetudinarias, todo esto representa aquello que los individuos deben llevar consigo antes de acceder al mercado” (citado en *Grundtexte*, cit. pp. 448).

punto de vista jurídico comparado e histórico, algo fecundante y sintético: aquello en que los constituyentes nacionales piensan en materia de economía, el modo en el cual la disciplinan respecto a los otros valores constitucionales como la dignidad del hombre y la libertad individual, los límites de los abusos, el Estado de derecho y la justicia, el bien común y el bienestar, la democracia y la formación de la voluntad política. El análisis del desarrollo de los niveles de texto, experimentada también en relación a otros temas constitucionales²⁴, consiente además elaborar en vía mediata las afirmaciones relativas a las *realidades* constitucionales anteriores y más recientes. Ella evita la acusación de ser una simple semántica o programática de los textos, aunque la idea de Constitución como proceso público implica siempre algunas carencias de control. A continuación, viene propuesta una selección de la gran cantidad de material pertinente (del cual es posible elaborar una doctrina constitucional en materia económica).

Un texto pionero —el mejor por la forma y contenidos— para los fines de la reforma de la Europa del Este se encuentra en el preámbulo de la Constitución Húngara de 1949/89: “A fin de estimular el pacífico pasaje a un Estado de derecho que realice el sistema pluripartidario, la democracia parlamentaria y la economía social de mercado [...]”. El proyecto de Constitución de la Federación Rusa del 13 de noviembre de 1992, intenta en el Art. 9.º, numeral 1, una definición normativa: “La economía social de mercado, allí donde se encuentra la libertad de actividad económica, empresarial y de trabajo, diversidad e igualdad de las formas de propiedad, su tutela legal, una competencia honesta y un bienestar público constituirán la base de la economía de la Federación Rusa”. Otros proyectos no usan el concepto de “economía social de mercado”, pero colocan un principio de pluralismo referido también al campo de la economía²⁵. Todos los proyectos consideran también temas conexos, como las libertades económicas o los derechos sociales de los trabajadores, e incluyen “por primera vez” la previsión de la protección del ambiente y la perspectiva de la tutela de las generaciones futuras²⁶. El Art. 9.º, numeral 3, del proyecto de Constitución de Rusia (1992) contiene una disposición nueva en el tema de “colaboración social”: “Las relaciones económicas deberán estar construidas sobre la base de la cooperación social entre el individuo y el Estado, el trabajador y el empleador, el productor y el

24 HÄBERLE, P., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld*, cit., pp. 3 y ss.; en particular, para las cuestiones referentes a la economía, cfr. pp. 14 y ss.

25 Cfr. art. 6, numeral 1, del proyecto de Ucrania del 10 de junio de 1992, que dice lo siguiente: “La vida social en Ucrania está basada en el principio del pluralismo político, económico e ideológico”.

26 Parciales indicaciones en mi *Tübinger Gedächtnisvorlesung: Verfassungsentwicklung in Osteuropa*, AöR 117 (1992), pp. 169 (179). En particular, véanse los artículos 79-83 del proyecto de Ucrania (1992): “Seguridad ecológica”; Constitución de Turkmenistán (mayo de 1992), art. 9, numeral 1, donde se reconocen “igual..... e iguales condiciones de desarrollo para todas las formas de propiedad”, así como el art. 10, donde se menciona el “mantenimiento de los recursos naturales”; art. 57, numeral 1, del proyecto de Rusia (1992): “Está reconocida y garantizada la propiedad en todas sus formas, privada, estatal o de otro género. El ejercicio del derecho de propiedad no debe dañar el interés público”.

consumidor”. Por consiguiente, para los constituyentes de Europa del Este, no es suficiente el listado de elementos de una economía de mercado (como la propiedad privada y la libertad contractual) o de las relativas limitaciones (como el derecho de huelga y la seguridad social) y ellos tienden a afirmar principios con potencialidades generales, como la “economía social de mercado” o el “pluralismo económico”. Ello confirma la “importancia” política del presente tema como actual y ambicioso fin para la reforma. Al mismo tiempo, se manifiesta todo ello una nueva fase del “desarrollo de los niveles de texto” en el moderno Estado constitucional. Ella se delinea sea en las constituciones más recientes (no siendo últimas aquellas de los países en vías de desarrollo). Así, el Art. 80.º, literal a, de la Constitución Portuguesa sanciona la “subordinación del poder económico al poder democrático del Estado”. El Art. 38.º de la Constitución Española dispone que: “Está reconocida la libertad de empresa en el ámbito de la economía de mercado”. El Art. 19.º de la Constitución de los Países Bajos establece que: “La creación de puestos de trabajo en número suficiente es tarea del Estado [...]”. Y la Constitución Peruana*,

* Se refiere a la Constitución Política del Perú de 1979, derogada por el texto constitucional de 1993. (Nota del traductor).

en el texto del preámbulo, se arriesga a afirmar que es justa la sociedad “donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía” y, al mismo tiempo, el Art. 115º señala: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”. El Art. 101.º de la Constitución de Guatemala contiene una norma particular: “El trabajo es un derecho individual y un deber social. La vida laboral del país debe ser organizada en pleno respeto de los principios de la justicia social”.

Para hacer una confrontación, recordemos algunos textos precedentes y el relativo desarrollo textual. Así, vienen mencionados el Art. 151º, numeral 1 de la Constitución de Weimar (“La disciplina de la vida económica debe corresponder a los principios de la justicia con el fin de garantizar una existencia digna para todos. Es necesario garantizar la libertad del individuo dentro de tales límites”). El reconocimiento de la finalidad educativa de la “capacidad profesional”, del cual el Art. 148.º, numeral 1, de la Constitución de Weimar; el Art. 151.º, numeral 1, de la Constitución de Baviera de 1946 (“El conjunto de la actividad económica está puesto al servicio del bien común; en particular, la garantía de una existencia digna para todos y la elevación de las condiciones de vida de todas las categorías sociales”); el Art. 55.º, numeral 1, de la Constitución de Renania Palatinado de 1947 (“Las condiciones de trabajo deben ser tales de poder garantiza la salud, la dignidad, la vida familiar y las expectativas culturales de los trabajadores”). Finalmente, viene mencionado el Art. 43.º de la Constitución de Brandeburgo, que vincula la vida económica a un “orden económico de mercado socialmente justo, subordinado a la obligación de la tutela del ambiente natural”²⁷.

27 El Tratado sobre la Unión económica, social y monetaria de las dos Alemanias (1990) ha

Ya esta pequeña selección de textos constitucionales demuestra cómo los constituyentes, en las democracias pluralistas, se concentran constantemente sobre temas del “mercado” y de la “economía de mercado” y cuán intensamente ellos los elevan al rango de parte fundamental de sus obras. Esencialmente, vienen considerados todos los problemas que una doctrina constitucional del mercado debería resolver. Por cuanto enunciativa pueda ser la lista de principio aquí reportada, sólo si son “leídos conjuntamente”, ellos pueden abrir el amplio panorama de las palabras-claves en las cuales la reflexión sobre la economía como problema constitucional se traduce. Los textos constitucionales representan, de un lado, las cristalizaciones culturales, las condensaciones de la discusión política y científica desarrollada hasta ahora, así como el eco de los textos clásicos de la economía y de la ética social; de otro lado, ellos pueden servir como punto de partida para el debate teórico futuro sobre la doctrina constitucional del mercado, proveyendo para tal vía algún instrumento de trabajo. Sin embargo, es necesario limitar la consulta de los textos de la doctrina económica, que se contradicen siempre; por el contrario, es mejor tomar en serio también los textos de cada Constitución, que la mayoría de las veces son expresión de una dura lucha para compromisos políticos en el curso de la investigación de “concordancias prácticas” (Hesse). Tal método es adoptado, en cada caso, para el *fórum* de la doctrina constitucionalista. Por esto, parece legítimo que, a continuación, se haga constantemente un uso directo de los textos constitucionales como argumento e instrumento de síntesis de la discusión. Ellos no sustituyen la explicación científica pero la enriquecen, expresando casi la quinta esencia de la vasta y relevante controversia que ha involucrado a los clásicos, a los programas de los partidos políticos y también, individualmente, a los estudiosos.

1.4 *Economía de mercado y democracia: ¿un sinónimo?*

Muchos elementos inducen a individuar un nexo *interno* entre democracia y economía de mercado: la simultaneidad con la cual ambas se desarrollan en las revoluciones de la Europa del Este, a partir de 1989; los textos citados de los Estados constitucionales democráticos, que regulan la economía (social) de mercado como un fin del Estado; los otros textos, que auspician una “unión de la democracia política con las ideas de la democracia económica” (preámbulo de la Constitución de Hamburgo de 1952), que buscan la realización de una “democracia económica, social y cultural” (Art. 2.º de la Constitución de Portugal) o solicitan la participación de los trabajadores en el ejercicio de las empresas (Art. 47.º, numeral 2, de la Constitución de Brema; Art. 26.º de la Constitución de la Renania de Nor-Wetfalia). El paralelismo entre mercado y democracia bien se comprende por motivos históricos: 1776 no es solamente el año del *Bill of Rights* de Virginia sino también aquél de la publicación de *The Wealth of the Nations* de Adam Smith. Los clásicos de la época posterior profundizarán la analogía:

introducido, en un elevado nivel de fuentes, una significativa garantía de la economía social de mercado (preámbulo y art. 1, numeral 3); para tal propósito, véase SCHMIDT, M. — PREUSS, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, DVBl 1993, pp. 236 y ss.

Boehm²⁸ parangona el mercado a las formas ideales de la democracia plebiscitaria, con votaciones cotidianas, soberanía del consumidor, posibilidad de elección cotidiana para todos. El mismo Schumpeter²⁹ se ha detenido en la afirmación, por la cual “no existe ninguna institución más democrática que el mercado”³⁰. Por el contrario, suena provocativa la declaración de Tönnies³¹, según el cual el mercado sería la “balanza” de la justicia económica. ¿El mercado ha asumido verdaderamente, en el Estado constitucional, el modelo de una forma *económica* de la democracia?³²

Es necesario responder tal interrogante de modo *diferenciado*: solamente la economía *social* de mercado³³ puede ser objeto de una limitada analogía con la democracia pluralista, de modo que los “ciudadanos del mercado” pueden ser “ciudadanos de la democracia”. Las teorías de la justicia, remitidas a través del principio del Estado social de Aristóteles a Rawls, caracterizan la economía de mercado del Estado constitucional, por ejemplo, en la forma de la “protección del consumidor” (cfr. Art. 51.º de la Constitución Española), de los “derechos sociales mínimos en materia de legislación del trabajo” (cfr. Art. 102.º de la Constitución de Guatemala), de la exigencia de la “seguridad social” (cfr. Art. 20.º, numeral 2, de la Constitución de los Países Bajos), de la libertad sindical y del derecho de huelga (cfr. Art. 23.º, numeral 2, de la Constitución Griega). La doctrina constitucional se encuentra frente a la tarea de deber integrar, en el propio sistema abierto de coordenadas, las estructuras y las funciones del mercado, los límites del mercado y de la economía de mercado y sus prestaciones en términos de bienestar. La encíclica *Centesimus annus*³⁴ del Papa Juan Pablo II ofrece algunos puntos,

28 BÖHM, F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, 1937. Id., *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1950; Id., “Privatgesellschaft und Marktwirtschaft”, en *Ordo*, XVII (1966), pp. 75 y ss.

29 SCHUMPETER, J.A., *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 1946 (trad. It. Milán 1970), pp. 294.

30 Véase también la tesis de los “demócratas liberales”, citadas en KRÜGER, H., *Sozialisierung*, en BETTERMANN, K.A.-NIPPERDEY, H.C.-SCHEUNER, U. (ed.), *Die Grundrechte*, III, 1958, pp. 267 (273), según la cual el mercado sería una democracia “donde cada Pfennig equivale a una tarjeta electoral”. Cfr. también HÄBERMAS, J., *Die Freiheit, Grundprobleme der Demokratie*, 1992, pp. 11 y ss.

31 TÖNNIES, F., *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1935 (reimp. 1963; trad. It. Milán 1979), pp. 42.

32 El mercado es “el juez que mide, sopesa y conoce, que emite un juicio. Esto deben reconocerlo todos [...], y, entonces, deben usar el mismo metro, sopesar con la misma balanza”.

33 Según MÜLLER-ARMACK, A., la idea fundamental de la economía de mercado consiste en “vincular el principio de la libertad en el mercado con aquél del equilibrio social” (citado en *Grundtexte*, cit. pp. 85); cfr. también MÜLLER-ARMACK, A., *Die Wirtschaftsordnung, sozial gesehen* (1947), en E. TUCHTFELD — E. DÜRR (editores), *Genealogie der sozialen Marktwirtschaft*, 1974, pp. 73 y ss.; sobre A. Rüstow, co-fundador de la economía social de mercado, cfr. K. Meier-Rust-A. Rüstow, *Geschichtsdeutung und liberalen Engagemet*, 1993; véase, además, AMBROSIO, G., *Die Durchsetzung der sozialen Marktwirtschaft in Westdeutschland, 1945-1949*, 1977.

34 La EKD defencía aún en 1991 “la economía social de mercado”: cfr. la memoria “Gemeinwohl und Eigennutz. Soziale Marktwirtschaft als Chance für zukunftsfähiges wirtschaftliches Handeln”. La eficiencia del mercado está aquí valorada positivamente, añadiendo, sin embargo, a los fines clásicos de la economía de mercado (la ocupación plena, la estabilidad de la moneda, el crecimiento económico y la distribución equitativa de la propiedad) aquél nuevo de la “preservación del ambiente natural”. Digna de ser tomada en consideración la declaración sobre las elecciones de la *Volkskammer* del 1990

en la medida que define como modelo para el desarrollo social y económico un sistema económico que reconozca “el rol fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consecuente responsabilidad por los medios de producción, de la libre creatividad del hombre en el ámbito de la economía”. La libertad política (es decir, *democrática*) y aquella *económica* —también en cuanto expresión de la *única* dignidad del hombre— son seguramente “inseparables”. En tal medida, la economía de mercado y la democracia liberal en el Estado constitucional se compenetran, sin que sea posible escindirlas³⁵. Al mismo tiempo, son necesarias “fuertes condiciones-cuadro” (mejor dicho, condiciones constitutivas) y controles jurídicos, además “intervenciones” del Estado social para fines de justicia, por ejemplo, en tutela de los más débiles³⁶, para asimilar democracia y mercado³⁷. El mérito del Estado constitucional democrático consiste precisamente en haber desarrollado gradualmente, en el curso de la historia, la economía de mercado y el Estado social de derecho en “concordancia práctica”. La sociedad abierta tiene su correspondencia en la apertura y en la libertad de los mercados. La economía social de mercado se ha convertido en el principio constitucional inmanente del modelo del “Estado constitucional”.

1.5 Tres límites del principio “mercado y economía de mercado”³⁸

A partir de la vertiente de 1989, el modelo del mercado pretende tendencialmente expandirse a ámbitos siempre nuevos. A veces, se verifican algunos excesos,

por parte del Comité unitario de los cristianos-católicos de la RDT de febrero de 1990 (citado en la *Frankfurter Allgemeinezeitung* del 22 de febrero de 1990), según la cual, la doctrina social católica reconoce “que la libre economía de mercado no lleva automáticamente el bienestar a todos, sino requiere necesariamente un sistema estructurado de seguridad social y de ayudas recíprocas como componentes básicos a fin de poder convertirse en una economía social de mercado”.

- 35 Cfr. entre las voces más recientes, HOPPMANN, E., *Freiheitliche Wirtschaftspolitik un Verfassung, Jenenser Vorträge*, 1992, pp. 7: “Un ordenamiento económico compuesto por individuos libres [...] comprende dos aspectos: el primero, dado por las reglas de comportamiento que aseguren la libertad, y el segundo, constituido por los procesos concretos de mercado que nacen de tales reglas y que construyen un sistema evolutivo y que se autoregula. Es en tal medida que la libertad y la economía de mercado están recíprocamente vinculado [...]”.
- 36 Cfr. art. 45, numeral 4, N.º 1, de la Constitución irlandesa: “El Estado se empeña con particular atención en favor de la protección de los intereses económicos de los grupos de las comunidades económicamente más débiles y de la ayuda, allá donde ésta sea necesaria, para el sostenimiento de los enfermos, de las viudas y de los ancianos”. De manera similar, RÖPKE, W. (1950), *Grundtexte*, cit. pp. 49 (60 y ss.), menciona entre los “sectores no económicos”, entre otros “las cuestiones sociales relativas a la corrección de la distribución de la ganancia, a la seguridad y a la protección de los pobres”. ¡Esto sirva para demostrar el paralelismo existente entre los textos clásicos y los textos constitucionales!
- 37 Sobre todo, los textos sobre la “democracia económica” son fuente de equívocos y no recogen cuanto aquí se ha sostenido. También la congestión económica no es un problema de democracia sino de derechos fundamentales; para este propósito, cfr. HÄBERLE, P., *Grundrechte im Leistungsstaat* (1972), ahora en: *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., pp. 163 y ss.
- 38 Cfr. en RÖPKE, W. (1950) la posición de las cuestiones relativas a los “límites del mercado” y los..... no económicos del mercado” (citado en *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, cit., pp. 49 [56 y ss., 60 y ss.]).

como cuando se habla no sólo de un “mercado” de la opinión pública y del arte, sino además se califica a una entera nación como un super-mercado (M. Ruthven), mientras el mercado interno de la CEE, unificado desde 1993, parece sobrepasar la Europa de la cultura con aquella prepotencia que es típica de los charlatanes. No obstante ello, es tiempo que la doctrina constitucionalista recuerde claramente algunos límites. El mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza *instrumental* del mercado que emerge de los textos constitucionales (pensemos en los principios que ponen la “economía al servicio del hombre”, del bien común, de la dignidad del hombre, del gradual aumento del bienestar, de la justicia social, etc.). Desde un punto de vista funcional, los límites del mercado y de la economía de mercado pueden reconstruirse en los siguientes términos; de un lado, el modelo de mercado *no es aplicable* a determinados ámbitos *culturales* como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquél de la investigación y de la familia; asimismo, a sectores sociales como aquellos más esenciales del derecho del trabajo. El Estado constitucional debe establecer, con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado, o si esto sea verdaderamente necesario para ellos, teniendo presente que, en el curso del desarrollo histórico, se podrán verificar cambios (en Alemania, al lado de la televisión pública encontramos a la televisión privada, el derecho social al arrendamiento, la sanidad estatal y el monopolio estatal de la intermediación del trabajo, etc.). De otro lado, es indispensable, al interior de cada óptica de orden liberal, imponer la “interdependencia de los ordenamientos” o la indivisibilidad de la libertad política y económica, la apertura del proceso democrático de formación de la voluntad³⁹ (entendida como parte de la constitución del pluralismo). Sirven a tal fin el postulado constitucional de la “subordinación del poder del mercado a la soberanía democrática del Estado” (Art. 80.º de la Constitución de Portugal)⁴⁰ y la prohibición de todo abuso de la libertad económica (“en particular, a favor de la concentración del poder monopólico y de la fuerza política”: Art. 39.º, numeral 1, de la Constitución de Assia; en el mismo sentido, el Art. 81.º de la Constitución Portuguesa). Finalmente, la libertad económica del individuo encuentra su propio *límite* “en el respeto de los otros y de las exigencias morales del bien común” (Art. 151.º, numeral 2, de la Constitución de Baviera; en el mismo sentido, el Art. 52.º, numeral 2, de la Constitución de Renania-Palatinado)⁴¹. Aquí está el espacio

39 Para tal propósito, HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 1991, par. 22.

40 Véase también el art. 38, numeral 4 de la Constitución de Portugal: “El Estado garantiza la libertad y la independencia de los medios de comunicación de masas frente al poder político y al poder económico”.

41 DAHRENDORF, R. es provocador, en *Der Spiegel*, N.º 3 del 18 de enero de 1993, pp. 21 (23): “La democracia y la economía de mercado se revelan como proyectos fredsos, helados [...] Es erróneo intentar ideologizar la democracia o la economía de mercado, haciéndoles hervir la sangre. Ambas ofrecen mecanismos para superar los conflictos sin la fuerza, pero nada más”.

para los mínimos éticos de la cultura juscivilista⁴² (de la cláusula general de “buena fe” a aquella de “honestidad comercial”), cuya falta es dolorosamente visible ahora que se intenta crear un ordenamiento económico liberal al interior de las sociedades post-comunistas de la Europa del Este⁴³.

1.6 *La economía social de mercado como “tercera vía” entre capitalismo y socialismo: las prestaciones culturales del Estado constitucional*

En el ámbito del Estado constitucional, la controversia entre “capitalismo o socialismo” no tiene sentido; esto en cuanto el Estado constitucional ha integrado plenamente, en el curso de la larga evolución de los niveles de texto, sea bajo la perspectiva ideal que real, la economía social de mercado como tal, mediante la creación del derecho social y del derecho del trabajo en el contexto del derecho social de la economía. La economía social de mercado constituye la tan frecuentemente evocada “tercera vía” (Schlecht)⁴⁴ y representa un relevante resultado en términos culturales. En particular, después de la caída del socialismo, sobre todo, en la Europa del Este, sería errado señalar al “sistema capitalista”⁴⁵ como el vencedor. “Vencedor” es el *modelo* del Estado constitucional y no sólo porque éste haya logrado individuar soluciones *justas en* relación a la cuestión social. Ciertamente, las soluciones al problema del modo en el cual la justicia social deba ser realizada, a través de la economía o eventualmente contra ésta, pueden ser muy diversas: si se piensa, por ejemplo, a la confrontación entre Estados Unidos de Norteamérica y Alemania (si se considera la “renta dinámica” y el derecho de “co-gestión”, cfr. Trib. Const. Fed., E 50, 290). Sin embargo, tendencialmente, el “capitalismo” no ha sobrevivido en ningún Estado constitucional europeo. Allí donde éste parece re-emergir en su forma originaria, por ejemplo, en el curso de la actual fase de transformación de algunas sociedades post-comunistas, como en Rusia, éste muestra un rostro espantosamente ferino y, precisamente de este contraste, se entiende en qué medida la vida económica del Estado constitucional se haya alejado del “capitalismo”. También allí donde la economía social de mercado no constituye una finalidad

42 Cfr. RÖPKE, W., *Ethik und Wirtschaftsleben* (1955), citado en *Grundtexte*, cit. pp. 439 (449): “Si definimos tal ordenamiento como ‘civil’, en el sentido más amplio del término, individualizamos el fundamento sobre el cual debe basarse el *ethos* de la economía”. Véase también K. H. Biedenkopf, *Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht*, 1965.

43 Junto con esta ética “indirecta” de la economía, emerge hoy una lucha por la ética económica en general. RICH, A., *Wirtschaftsethik*, 1984; véase también KOSLOWSKI, P., *Gesellschaftliche Koordination. Eine ontologische, kulturwissenschaftliche Theorie der Marktwirtschaft*, 1991; ROTHCHILD, K.W., *Ethik und Wirtschaftstheorie*, 1992; NÜTZINGER, H.G., *Das system der natürlichen Freiheit* bel SMITH, A. und seine ethischen Grundlagen, en *Ökonomie und Gesellschaft*, 9 (1991), pp. 79 y ss. Desde un punto de vista teórico y sistemático, ésta constituye una forma propia de la limitación de la libertad económica y una parte de la constitucionalización del mercado en el Estado constitucional.

44 Cfr. SCHLECHT, O., *Grundlagen und Perspektiven der sozialen Marktwirtschaft*, 1990.

45 Para la literatura más reciente en materia de reconciliación o de condena del “espíritu del capitalismo democrático”, véase: NOVAK, M., *Der Geist des demokratischen Kapitalismus*, 1992; o también H. ASS.....F.J. HINKELAMMERT, *Götze Markt*, 1992.

constitucional expresa, del mismo modo, la garantía de su existencia está objetivamente asegurada por “piezas de mosaico”, tales como las libertades económicas, sociales y culturales, o el derecho constitucional en materia social y del trabajo. Los derechos fundamentales “del” trabajo, por ejemplo, la protección frente al despido, el derecho a condiciones de trabajo respetuosas de la dignidad humana, la seguridad social (y, es decir, la “política social”) transforman la economía de mercado en la “economía social de mercado” y confieren así al Estado constitucional una parte esencial de su legitimación. El mercado se convierte en un espacio *social* y *cultural*, al interior del cual la dignidad del hombre no es solamente postulada sino también practicada. El Estado constitucional indica la “tercera vía” entre “el rechazo del Estado” y el “rechazo del mercado” (por decirlo con frases ya conocidas) en las estructuras desarrolladas por el “propio” mercado y, es decir, en las funciones positivas que deja que se realicen mediante una eficiente economía de mercado y en las correcciones que debe siempre aportar a través de principios jurídicos sustanciales o procesales. El nuevo balance de los intereses de los empleadores y de los trabajadores, individuado en aquel instrumento de la autonomía tarifaria que constantemente es puesto en discusión, constituye un fundamento de la economía “social” de mercado. Sería necesario recibir con mayor vigor la idea anglosajona de *caring, sharing society*.

1.7 Las consecuencias políticas-constitucionales: ¿la “economía social de mercado” como fin constitucional o la constitucionalización de sus principios individuales?

Es necesario traducir en la práctica las adquisiciones de la teoría constitucional, es decir, logrando concretas decisiones en el plano político-constitucional. Esto vale también para el mercado y para la economía de mercado. Una vez que ellos sean revelados, en las estructuras normativas y en las funciones positivas, como elemento constitutivo integrante de la sociedad pluralista del Estado constitucional en el grado actual de desarrollo (también en la “relación hacia el exterior”) y una vez que los límites relativos (en tutela “del otro” y del proceso político) sean evidentes, se coloca la cuestión de cómo los constituyentes deben hoy afrontar tal tema. Los espacios de elaboración y la libertad de acción de cada una de las naciones y de los pueblos tienen diverso tamaño, según la historia y el “temperamento”, la posición geográfica y las culturas constitucionales individuales; de cualquier modo, es posible mencionar algunas máximas de “buena política constitucional” en materia de mercado y de economía de mercado: sea sobre la base del material empírico ofrecido por los textos hasta ahora adoptados como a la luz de los derechos fundamentales o de las teorías del Estado constitucional.

La pregunta esencial es si la “economía social de mercado”, entendida como fin fundamental constitucional, debe figurar en vía preliminar en el preámbulo de la Constitución (como en la Constitución Húngara de 1989) o en la lista de los principios fundamentales de la Constitución, junto a los otros “fines del Estado”, tales como la democracia, el Estado de derecho y la protección del ambiente. Ade-

más, se considera también la forma que se va a atribuir a la cláusula general sobre el pluralismo teniendo como objeto la economía (así el proyecto de la Constitución de Ucrania, 1992). Por amplios que puedan ser los posibles desarrollos de la “economía *social* de mercado” en cuanto tal y por cuanto a lo social deba ser “dado un contenido” desde el derecho del trabajo, desde el derecho social, o desde el derecho del ambiente, estimo que muchos elementos juegan a favor de un anclaje del principio, mediante una suerte de cláusula general, en los documentos constitucionales. De cualquier modo, esto vale para los Estados de la Europa “reformada”, para los cuales el mercado y la competencia y sus potencialidades representan una gran esperanza: la “otra orilla”. Para el resto, sea para tales países o para los países en vías de desarrollo del Tercer mundo, se recomienda la introducción de algunos elementos (añadidos) de la “constitución mixta de la economía” (Huber)⁴⁶; por ejemplo, bajo la forma de un pluralismo de los tipos de propiedad. Bajo esta perspectiva, se dice que la Constitución Portuguesa (Art. 80-95) ha introducido en el texto constitucional *muchas* disposiciones en materia de economía (el concepto de “democracia económica” que, para el Art. 2.º, es discutible) mientras la Ley Fundamental Alemana ha previsto muy *pocas*⁴⁷.

En cada caso, es irrenunciable una disciplina de los *elementos* constitutivos del principio constitucional del “mercado”, tales como, de un lado, las libertades económicas (por ejemplo, la propiedad, la libertad contractual, sindical y de empresa), los derechos fundamentales del trabajo y de la seguridad social (por ejemplo, el derecho de huelga, la garantía de la dignidad del hombre para los trabajadores, la protección del despido) y, del otro, las disposiciones dirigidas a la protección del ambiente. Como problema constitucional, también debe tomar en consideración al mercado en lo que concierne a los derechos fundamentales (comprendidos los “límites” para prevenir eventuales abusos) y, por ello, referido a los fines del Estado (en materia de trabajo, de sociedad y de ambiente), y la disciplina correspondiente debe ser introducida en los textos constitucionales. Cada legislador constitucional debería estar abierto a las innovaciones (cfr., por ejemplo, el Art. 80.º, literal a, de la Constitución de Portugal: subordinación de la fuerza económica al poder democrático del Estado; el Art. 12.º de la Constitución de Bremen: “El hombre es puesto en posición más elevada respecto a la técnica y a las máquinas”; el Art. 24.º de la

46 Cfr. la reciente entrevista sobre la *Zeit* de GALBRAITH, J.K.: “Ein gemischtes Wirtschaftssystem ist auf Dauer unausweichlich”, en *Die Zeit*, N.º 17 del 23 de abril de 1993, pp. 34, caracterizado por pasajes como: las enormes dificultades encontradas por la ex-Unión Soviética en el camino que llevaba del socialismo real a la economía de mercado, si bien no a un capitalismo puro —aquél no lo tenemos ni siquiera nosotros— sino a una economía pragmáticamente mixta...”; o: “[...] en la medida en que la aproximación neoclásica deja todo al mercado y no prevé ningún rol —ni siquiera mínimo— para el Estado, esto está claramente muerto. Una cosa sabemos sobre el capitalismo moderno: que funciona sólo gracias a una vinculación pragmática entre acción del Estado y solicitud del mercado”; finalmente: “[...] siempre he estado convencido del hecho que una economía mixta sea inevitable”.

47 Cfr. mi solicitud de incluir la economía social de mercado en la Ley Fundamental modificada como constitución de la Alemania unida. A propósito, cfr. JZ 1990, pp. 358 (361).

Constitución de la Renania del Nor-Wesfalia. “El bien del hombre es puesto al centro de la vida económica”; el Art. 124.º de la Constitución del Perú*:

* Se refiere a la Constitución Política del Perú de 1979, derogada por el texto constitucional de 1993. (Nota del traductor).

“[...] El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades”).

Quizá la teoría constitucional del mercado puede ser parcialmente introducida en la lista de las finalidades educativas: ello ocurre ya, indirectamente, en la medida que cada una de las constituciones de los *Länder* alemanes ha recogido últimamente el principio de la “plena conciencia de la responsabilidad frente a la naturaleza y al ambiente” (cfr. el Art. 33.º de la Constitución de la Renania-Palatinado, el Art. 131.º, numeral 2, de la Constitución de Baviera, el Art. 28.º de la Constitución de Brandeburgo). Asimismo, fines educativos que pueden aparecer como pasados de moda ayudan a forjar el derecho constitucional en materia de mercado: cuando se emplean fórmulas que exaltan “el comportamiento civil y la capacidad profesional” (Art. 33.º de la Constitución de Renania-Palatinado), o el rol ejemplar de los “grandes benefactores de la humanidad, del desarrollo del Estado, de la economía, de la civilización y de la cultura” (Art. 56.º, numeral 5, de la Constitución de Assia), la “legalidad y verdad” (Art. 56.º, numeral 4 de la anterior) o, más recientemente, los derechos humanos (Art. 72.º de la Constitución de Guatemala). La *ethos* de los derechos humanos no debería detenerse frente a la vida económica. La cultura económica del Estado constitucional presupone un mínimo ético, entendido como principio de reciprocidad, el cual se ha afirmado en la cultura jurídica civilista (por ejemplo, en las cláusulas generales sobre la moral y la buena fe) así como en la previsión de los delitos económicos. Es necesario ser “educados” para todo esto y ello refuerza la tesis del mercado como parte del *status civilis culturalis*.

1.8 Perspectivas

El mercado y la economía de mercado constituyen actualmente un tema central “interno”, del derecho constitucional. Los textos de los clásicos, de Smith a Popper, aquí entendidos como textos constitucionales en sentido lato⁴⁸, y los grados de evolución en sentido restringido (en relación a aquellos clásicos a los que van a menudo unidos), no proveen sólo simples indicaciones problemáticas. Ellos muestran —en su conjunto— que en la vida económica están en juego tanto un aparte de la libertad cultural como también el bienestar general y la justicia. Demuestran, después, cómo el Estado constitucional no crea espacios “naturales”, pero constituye ámbitos culturales. En otros términos: la sociedad pluralista se reconstituye constantemente también por el modo en el cual ella crea, con el consenso ético-jurídico (que es también parte de la “ética económica”), normas-cuadro e institutos jurídicos para la economía y los traduce seriamente en la legislación ordinaria, y cómo hace efectivo el principio del Estado social (por ejemplo, en

48 A este propósito, HÄBERLE, P., *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

el derecho del trabajo y en el derecho social), de modo tal que la economía de mercado se pueda convertir, como aspecto del bien común, en economía *social* de mercado. El mercado y la competencia significan mucho, pero no es todo, para la “sociedad abierta”. El *homo economicus* es sólo una verdad parcial. La apertura del proceso democrático de formación de la voluntad no puede ser falseada por el abuso del poder económico. Las estructuras de división de poderes, trasladadas del Estado a la economía (por ejemplo, las leyes antitrust y las leyes sobre la concentración de la prensa), deben ser funcionales a aquel proceso. En estos términos, la política de la competencia se convierte en “política democrática” y, al mismo tiempo, en un servicio para la economía social de mercado.

La teoría constitucional del mercado debe confrontarse hoy, no obstante cuanto hasta ahora se ha realizado, con nuevos desafíos: la ecología debe transformarse en economía dentro de una relación de “concordancia práctica”, tal como ha sido indicado programáticamente desde algunas previsiones normativas sobre los fines del Estado (véase el último proyecto de Constitución de Turingia de abril de 1993, donde en el Art. 38.º se dispone que: “El ordenamiento de la vida económica debe corresponder a los principios fundamentales de una economía social de mercado vinculada al respecto de la ecología”). Además, la democracia pluralista puede sobrevivir solamente si sabe colocarse, de modo responsable, frente a los desarrollos que se llevan a cabo en los nacientes Estados constitucionales de la Europa del Este, ayudando a los procesos de transformación⁴⁹. La teoría constitucional del mercado, atemperada por los deberes sociales y por la obligación del respeto del ambiente, debería convertirse en *praxis* constitucional “vívida” en el mundo entero. Así, el modelo euro-atlántico del Estado constitucional habría demostrado una vez más que éste asume el valor de la dignidad del hombre como base cultural y antropológica, que comprende la democracia pluralista como consecuencia organizativa de tal dignidad y que actúa —a favor de la justicia y del bien común— por el “bienestar de las naciones”, sin caer jamás en el “economicismo”. El que, de otro lado, puede ser evitado gracias a la moralidad y a la idealización que caracterizan la convivencia republicana de los ciudadanos en (y en virtud de) un Estado constitucional. Por el contrario, el economicismo desprecia también aquello que los hombres de la Europa del Este han tentado en las (generalmente pacíficas) revoluciones del 1989, habiendo quizá ya en mente una perspectiva cosmopolita pero, en todo caso, con consecuencias para toda la sociedad mundial.

49 Véase mi *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa* cit., pp. 169 y ss.

Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993*



CÉSAR LANDA

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Vinculación entre democracia y mercado en el modelo económico vigente. 3. Algunos principios rectores del orden económico en la Constitución de 1993: 3.1. Economía Social de Mercado. 3.2. Rol subsidiario del Estado. 3.3. Libertad de empresa. 3.4. Promoción de la libre competencia. 3.5. Derecho de propiedad y derechos intelectuales. 3.6. Protección de consumidores y usuarios. 3.7. Servicios públicos y organismos reguladores. 3.8. Inversión extranjera y libre comercio. 4. La función constitucional de la administración en el modelo económico vigente. 4.1. El control de constitucionalidad por parte de la Administración Pública. 4.2. El control de legalidad y el control de constitucionalidad. 4.3. Presupuestos para la aplicación del control difuso en sede administrativa. 5. Conclusión.

Resumen: *La Constitución económica de 1993 tiene por objeto, fundamentalmente, establecer las reglas de juego por donde deben transitar libremente los procesos económicos en nuestro país, de manera democrática y eficiente. El rol de la administración pública en la economía social de mercado se define por los principios rectores de la Constitución económica, pero también por el respeto a los derechos fundamentales del administrado. La economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad. De ahí que el poder económico es limitado por la Constitución, lo cual evita que dicho poder pueda degenerar en un abuso del mismo.*

Abstract: *The main purpose of the 1993 Economic Constitution is to set up the rules of the game by which the economic processes must freely go in our country, in a democratic and effective manner. The role of the public administration in the social market economy is defined by the governing principles of the Economic Constitution, but also by the respect of the fundamental rights of the private individuals. The economy does not constitute a purpose in itself but it is an instrument to the service of the human being and of their dignity. From that it can be said that the economic power is limited by the Constitution, which avoids that said power may degenerate into an abuse of the same.*

* Publicado en *Revista de Derecho Administrativo* N.º 3, septiembre de 2007. Círculo de Derecho Administrativo.

1. PRESENTACIÓN

Desde el Derecho Constitucional —no positivista, sino institucional¹— es posible afirmar que el rol de la Administración Pública en la economía social de mercado se encuentra definida por los principios rectores de la Constitución económica y por el respeto a los derechos fundamentales del administrado, habida cuenta que todas las entidades del Estado se encuentran sometidas a la Constitución de manera directa y no indirectamente a través de la ley.

Para graficar la fuerza normativa que ostenta la Constitución en la modelación del Derecho Administrativo, podemos recordar la fórmula o expresión acuñada por Fritz WERNER del “Derecho administrativo como Derecho constitucional concretizado”², sin que con ello se pretenda soslayar que también el Derecho Administrativo ha ejercido una importante influencia sobre el Derecho Constitucional³. En relación a esta última afirmación, se ha señalado que “desde un punto de vista *histórico*, son numerosas las instituciones jurídico-administrativas que, habiendo nacido en la parte especial, han sido ulteriormente incorporadas a la Constitución (el principio de proporcionalidad constituye un ejemplo paradigmático).”⁴

En la actualidad, en el marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho y de un modelo de economía social de mercado, la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad. Asimismo, el poder económico es limitado por la Constitución, lo cual evita que dicho poder pueda degenerar en un abuso del mismo, tal como advierte el profesor HÄBERLE⁵. De ahí que la Administración Pública tiene un rol de primer orden no sólo en la concreción de las políticas públicas; sino también —y aún más importante— en el respeto de la Constitución y de la plena vigencia de los derechos fundamentales del administrado.

Tarea en la cual el Derecho Público y en particular el Derecho Administrativo no debe quedar subordinado a las leyes del mercado, sino regularlo; por cuanto, en la década pasada ha existido “la ideología que subyace a esta política conservadora que la riqueza privada fundamental no es sólo una condición necesaria, sino también suficiente de la prosperidad general definitiva, produciendo al final un “goteo” hacia los pobres sin necesidad de la intervención estatal o de la imposición redistributiva”⁶.

1 LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición corregida y aumentada, en particular Sección Tercera, Capítulo II Teoría constitucional institucional. Lima: Palestra, 2007, pp. 522-581.

2 RÖNNE. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 15.

3 Cfr. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 31-45.

4 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema... op. cit.* p. 17.

5 HÄBERLE, Peter. “La economía es sólo el instrumento para lograr otros propósitos. Entrevista a Peter Häberle”. En: *Ius et Veritas*, N.º 28, julio, Lima, 2004, pp. 384-385.

6 RAMÓN DE PARAMO, JUAN. “Entrevista a H. L. A. Hart”. En: *Doxa* 5 (1998), p. 359.

Es fuera de esta lógica jurídico-económica que se pretende establecer la interdependencia que existe entre el régimen económico y el sistema democrático, vínculo que permitirá delimitar un concepto constitucional de mercado, en el que éste último no sea definido desde una perspectiva exclusivamente económica; sino en base a los principios rectores de la Constitución económica de 1993 y los derechos fundamentales del administrado.

2. VINCULACIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y MERCADO EN EL MODELO ECONÓMICO VIGENTE

A partir del artículo 58 de la Constitución, el modelo económico peruano se identifica con el de una economía social de mercado; de lo que se deriva que si bien la iniciativa privada es libre, ella no puede ser ejercida en contraposición con el interés general y social. Por este motivo, en el marco del modelo económico que la Constitución consagra, será necesario integrar⁷ la lógica del mercado —de la competitividad y de los intereses individuales— con la satisfacción del interés general y social⁸; teniendo en cuenta que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 de la Constitución). En consecuencia, nos encontramos frente a un modelo económico al servicio de la persona humana, en el que “el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano.”⁹

En este escenario adquieren especial relevancia las libertades y derechos económicos y el rol del Estado, habida cuenta que el mercado no puede resolver, por sí solo, ciertos problemas que aquejan a la sociedad producto de la economía, como son los conflictos sociales que surgen ante la ausencia de mecanismos que permitan una eficiente distribución y redistribución de la riqueza. Más aún, en determinadas circunstancias, ha sido el propio mercado el que ha reclamado la intervención del Estado,

7 Cfr. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1968, pp. 225-235. Así también, como señala LUCAS VERDÚ: “La expresión ‘integración’ en alemán *integration*, y su variante *Integrierung* suponen un dinamismo: permanente creación, restauración y armonización. El contenido de integración como resultado y, sobre todo, como proceso vital creador y recreador de ese resultado integrador, está tomado de la sociología de SPENCER y de Leopold VON WIESE; pero SMEND lo rellena de contenido y lo replantea en cuanto dinamismo espiritual en la línea de la *Geisteswissenschaften*. La integración aparece, se desarrolla, se cumple y se recrea incesantemente a través de la tríada: integración personal, integración funcional e integración material.” (LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 88).

8 Al respecto, DE VEGA señala que: “el interrogante a resolver no es otro que el de: ¿cómo compaginar el logro de los intereses particulares con la satisfacción de los intereses generales en una situación definida por la mundialización, la expansión y el predominio del mercado, y en la que el Estado pierde cada vez de forma más alarmante su protagonismo?” (DE VEGA, Pedro. “Neoliberalismo y Estado” En: *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N.º 4, Lima: MDC - Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 32)

9 HÄBERLE, Peter. “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 3, N.º 5, enero-junio, 2006. (www.urg.es/~REDCE5/articulos).

puesto que: “[c]uando se diviniza al mercado y la libre competencia, como criterios racionalizadores de la vida productiva (...), lo que intencionalmente se olvida es que el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado.”¹⁰

De ahí que en países como el Perú, que presenta graves problemas de exclusión y de pobreza, resulte indispensable que la Administración Pública implemente acciones positivas orientadas a conseguir mejores medios para la distribución de la riqueza —sobre la base de la *justicia distributiva*— y asuma un rol orientador para el desarrollo del país. Esta tarea no podrá quedar librada a “la mano invisible del mercado”, de la que hablara Adam Smith¹¹, puesto que los principios rectores que la Constitución económica consagra reconocen en el Estado determinados deberes primordiales vinculados a la promoción del empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos e infraestructura (artículo 58 de la Constitución).

Así, desde la perspectiva de un Estado Social y Democrático de Derecho es posible construir una noción constitucional de mercado, en la que éste último no sea definido desde un punto de vista exclusivamente económico, como un espacio para el intercambio de bienes y servicios, producto del juego de la oferta y la demanda¹², o como “el proceso en el que la especial propiedad sobre los medios de producción, basada en la participación de los trabajadores (economía de mercado), dirige la producción para lograr, de la mejor manera, la satisfacción de las necesidades más urgentes de los consumidores”¹³. Por el contrario, es nuestro propósito delinear un concepto constitucional integral del mercado.

Para tal efecto, será preciso tener en consideración que la Constitución, desde un punto de vista normativo, constituye un sistema racional de normas que no sólo expresa, sino también *crea* un orden; y en el cual son constitutivos el control y balance de poderes y la tutela de los derechos fundamentales¹⁴. Asimismo, esta noción normativa

10 DE VEGA, Pedro. “Neoliberalismo y Estado” En: *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N.º 4, Lima: MDC - Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 34

11 Sobre la doctrina de la *mano invisible* de Adam Smith, se ha señalado lo siguiente: “[esta doctrina] explica por qué parece tan ordenado el resultado del mecanismo del mercado. Su idea sobre la función rectora de dicho mecanismo ha inspirado a los economistas modernos, tanto a los admiradores del capitalismo como a los detractores. Sin embargo, tras dos siglos de experiencia y reflexión, hoy reconocemos el alcance y las limitaciones realistas de esta doctrina. Sabemos que el mercado a veces nos abandona, que tiene ‘fallos’ y que no siempre produce el resultado más eficiente. Entre los fallos importantes (...) se encuentran la competencia imperfecta y las externalidades como la contaminación.” (SAMUELSON Paul y William NORDHAUS. *Economía*. Decimocuarta Edición. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: McGraw Hill, 1993, p. 48).

12 En términos generales: “el mercado constituye un mecanismo mediante el cual los compradores y los vendedores intercambian cosas. Puede estar centralizado (...) o descentralizado (...) o puede tratarse incluso de un mercado electrónico (...). El mercado se caracteriza fundamentalmente por reunir a los compradores y a los vendedores para fijar los precios y las cantidades.” (SAMUELSON Paul y William NORDHAUS. *Economía*... *op. cit.* 1993, p. 44.)

13 Artículo “Markt”. Citado por: HÄBERLE, PETER. “Siete tesis...”, *op. cit.*

14 Así, la Constitución se configura como una *norma fundante básica*, dado que “es el fundamento de

de Constitución se complementa desde dos perspectivas que son indispensables para comprender, de una manera integral el orden constitucional peruano. Nos referimos a la Constitución Histórica y a la Constitución Sociológica¹⁵, que reflejan —de un lado— los elementos del proceso de transformación democrática de la nación y —de otro lado— las situaciones y estructuras sociales actuales.

Ello ha permitido que a la relación matriz entre Estado y sociedad, propia del Estado liberal, se integre la economía y el medio ambiente en el modelo del Estado Democrático y Social de Derecho. De ahí que, siendo el mercado un instrumento de la economía social de mercado en el Perú, no pueda construirse al margen de la Constitución, en la medida que, se debe integrar con cuatro elementos enunciados a continuación:

- Sociedad

En primer lugar, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social, a partir del artículo 1 de la Constitución de 1993. De ahí que las libertades y derechos económicos previstos en la Constitución no pueden ser incompatibles con los valores y principios de un Estado constitucional y democrático de Derecho; por el contrario, admiten límites razonables derivados de la fuerza normativa de la Constitución y de la eficacia —vertical y horizontal— de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y privados.

- Estado

En segundo lugar, el Estado se constituye como un sistema cerrado de normas jurídicas al servicio de los derechos y libertades de la persona humana, en el marco del interés general; para lo cual el Estado limita su poder, a través de su división en poderes legislativo, ejecutivo y judicial, que operan como frenos y controles recíprocos entre ellos mismos.

Pero, el control del poder también alcanza a los poderes privados de carácter económico, a través de la ley y las políticas públicas que asegure el bienestar general y, en particular, de las personas menos favorecidas social y económicamente.

validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ello la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen.” (Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México D.F.: UNAM, traducción de la segunda edición en alemán de Roberto J. Vernengo, 1982, p. 214).

15 La noción histórica de la Constitución se sustenta en el principio de legitimidad pues desde esta perspectiva, la Constitución se legitima en el pasado de una nación y en las circunstancias propias que rodean el actual proceso de transformación democrática. Por su parte, la concepción sociológica deja de lado el elemento histórico y en lugar de observar el pasado, pretende reflejar las situaciones y estructuras sociales actuales, sustentando la Constitución en el ser y no en el deber ser. Así, deja de lado lo trascendente para recoger lo inmediato, lo presente, de nuestra sociedad. Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 34-41.

- Medio ambiente

En tercer lugar, la protección del medio ambiente se perfila como uno de los elementos centrales a tomar en consideración por los agentes del mercado debido a la gravedad del impacto que las actividades económicas han tenido —y continúan teniendo— en la naturaleza y a la importancia de su preservación a fin de garantizar el uso sostenible de los recursos naturales, en una suerte de pacto social no sólo para el presente, sino también para las futuras generaciones.

Sobre la importancia de éste último elemento cabe señalar, siguiendo a Häberle, que “[u]na teoría constitucional de mercado enfrenta todavía hoy nuevos desafíos, a pesar de lo mucho que se ha logrado: la ecología debe desarrollar hacia la economía una relación de ‘concordancia práctica’, del mismo modo que en ocasiones lo exigen programáticamente algunos objetivos del Estado”¹⁶.

Asimismo, es importante tener en consideración, que la Constitución de 1993 impone al Estado no sólo el deber de garantizar el derecho fundamental de la persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2, inciso 22 de la Constitución); sino también, la obligación de establecer y ejecutar la política nacional del medio ambiente, según lo exige el artículo 67 de dicho texto normativo¹⁷.

- Cultura

En cuarto lugar, el mercado y la cultura son interdependientes¹⁸; entendiendo a esta relación como la integración de la economía a los ancestrales usos y costumbres concretos de un pueblo; pero, a su vez, a los usos y reglas que garanticen la confianza mutua entre los agentes económicos —Estado y particulares—, el respeto a los derechos y obligaciones pactados en los contratos y a la propiedad en sus diversas formas y modalidades, básicamente.

La cultura del mercado liberal-capitalista debe integrar las tradiciones comunitarias y solidarias de las comunidades campesinas y nativas; más aún, si es que el mercado interviene en regiones y zonas ricas en recursos naturales, territorios donde habitan desde siempre los pueblos prehispánicos. Lo que exige que la economía no excluya ni subordinen a dichas culturas del proceso económico, más bien que éstas participen directamente de los beneficios sociales de la explotación sostenible de la riqueza natural.

16 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 260.

17 Sin que con ello se promueva lo que Häberle denomina “el fundamentalismo ecológico”, que da lugar a la disputa entre “fundamentalistas” (“Fundis”) y “realistas” (“Realos”), en un escenario en el cual los fundamentalistas defienden la prohibición absoluta de actividades económicas que puedan tener algún tipo de incidencia en la naturaleza. Cfr. HÄBERLE, Peter. *El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del derecho y la cultura*. Bilbao: Oñati, 1996, pp. 143-144.

18 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: UNAM-PUCP, 2003, pp. 21-31 y en particular pp. 231-242.

Estas consideraciones evidencian la conexión que existe entre la Constitución y el mercado habida cuenta que en última instancia “[l]a libertad política (esto es, democrática) y la libertad económica son —como expresión de la dignidad humana— inseparables, y pertenecen indisolublemente a la economía social de mercado y a la democracia liberal del Estado constitucional”¹⁹.

3. ALGUNOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ORDEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Los principios rectores del orden económico que la Constitución consagra orientan la labor de la Administración Pública en relación a la economía y resultan relevantes, entre otras razones, porque “las decisiones constitucionales fundamentales son, al tiempo, los valores básicos del Derecho administrativo”²⁰. Tales principios, a su vez, tienen como base común el artículo primero de la Carta Fundamental, que señala que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

A continuación son enunciados algunos de los principales principios rectores de la Constitución Económica de 1993²¹:

3.1. *Economía social de mercado*

La economía social de mercado²² es el modelo económico propio del Estado social de Derecho y busca integrar de manera razonable y proporcional dos principios aparentemente contradictorios: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y, por otro, el principio de igualdad y de solidaridad social²³. De esta manera, la economía social de mercado ofrece un bienestar social mínimo para todos los ciudadanos a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental, pero debe cumplir también una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria.

19 HÄBERLE, Peter. “Siete tesis..., *op. cit.* (www.urg.es/~REDCE5/articulos).

20 ACHTERBERG. Citado por SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 51.

21 LANDA ARROYO, César. “La reforma de la Constitución económica peruana desde una perspectiva del Estado social de Derecho”. En: *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2006, pp. 173-199.

22 Sobre el surgimiento de la economía social de mercado es importante señalar que este modelo económico nació en Europa, luego de la Segunda Guerra Mundial, momento en el cual se buscó implementar un modelo económico que se distanciara de los extremismos de la planificación estatal obligatoria —que subordinó la iniciativa privada— y de la economía de libre de mercado —que, insólitamente, deshumanizó al trabajo en función del interés del capital y la empresa—.

23 Cfr. GONZÁLES MORENO, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 102-106; KRESALJA, Baldo y César OCHOA “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional”. En: *Pensamiento Constitucional*, N.º 6, MDC - Fondo Editorial de la PUCP, 1999, pp. 738.

En este escenario, resulta razonable que la Administración Pública supervise el manejo de los instrumentos propios de la actividad económica privada y/o pública; como son la empresa, el trabajo, el capital, la tecnología, el ahorro, los impuestos, los servicios públicos, los precios, los intereses, la inversión extranjera, etc., a fin de no permanecer neutral cuando la población vive en una abismal desigualdad económica, social y cultural. Más aún, se requiere de la misma —la Administración Pública— una acción decidida y activa: decidida a fin de promover las condiciones para que la dignidad humana sea verdaderamente efectiva; y activa, para asegurar la realización de los derechos fundamentales sociales y, en ese sentido, remover los obstáculos que dificulten su plena realización²⁴.

3.2. *Rol subsidiario del Estado*

En el marco de la economía social de mercado que la Constitución consagra y, de manera particular, a partir del artículo 60 del mismo texto normativo²⁵, el texto constitucional acoge el principio de subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía y “se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común”²⁶.

En relación al principio de subsidiariedad, el Tribunal Constitucional ha señalado que éste puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal. Así, la subsidiariedad vertical se refiere a “la relación existente entre un ordenamiento mayor —que puede ser una organización nacional o central— y un ordenamiento menor —que pueden ser las organizaciones locales o regionales—, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.”²⁷

Mientras tanto, la subsidiariedad horizontal tiene lugar en la relación que existe entre el Estado y la ciudadanía; “en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial”²⁸. Sin perjuicio de lo señalado por el Tribunal, se debe puntualizar que el principio de subsidiariedad no pone en entredicho el rol y la importancia del Estado en el marco de una economía social de mercado; y, por el contrario, se deberá entender que “el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de

24 LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona humana”. En: *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2006, pp. 15-39.

25 Artículo 60 de la Constitución.- (...) Sólo 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. (...)

26 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 23.

27 Ibídem. fundamento 19.

28 Ibídem. Fundamento 19.

la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.”²⁹

3.3. *Libertad de empresa*

La libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución³⁰) es un derecho que se sustenta en el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en la vida económica del país. Pero la libertad de empresa no es un concepto autónomo de los demás derechos fundamentales en la medida que sintetiza todas aquellas actividades económicas en las que, en combinación con el capital, la tecnología y el trabajo, una persona decide, libremente, producir bienes y/o servicios para el mercado.

Podemos entender que el contenido esencial de este derecho radica en la autonomía de la voluntad para crear libremente empresa, poder acceder a cualquier sector económico de producción o servicios y elegir libremente el modelo empresarial con el cual actuar; asimismo, la libertad de empresa supone la capacidad de auto-organización empresarial y la finalización de la actividad y la liquidación de la empresa, de acuerdo, todo ello, con los procedimientos establecidos en la ley³¹.

Este derecho requiere de la Administración Pública un rol garante, tanto del libre acceso al mercado —promoviendo la eficiencia—, como de la conformidad de dicha actividad con los principios constitucionales y derechos fundamentales de las personas. Asimismo, la Administración tendrá como misión nivelar y restablecer las condiciones de igualdad jurídica en el mercado, para que todos gocen y ejerciten la libertad de empresa en el marco de la libre competencia.

3.4. *Promoción de la libre competencia*

La libre y leal competencia supone que los agentes ofertantes y demandantes en el mercado de bienes y servicios gocen de iguales condiciones para competir, proceso económico en el que encontrarán, a través del precio, la satisfacción óptima de sus intereses como productores y consumidores³².

Sin embargo, en la medida que no existe el “óptimo de Pareto” o mercado perfecto, donde el equilibrio entre la oferta y la demanda, lleve a satisfacer plena-

29 *Ibíd.* Fundamento 21.

30 Artículo 59 de la Constitución.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

31 Cfr. DE JUAN ASENJO, Oscar. *La Constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 152-162; KRESALJA, Baldo y César OCHOA. “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional... *op. cit.* p. 745.

32 Cfr. KRESALJA, Baldo y César OCHOA. “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional... *op. cit.* p. 748.

mente ni a los productores ni a los consumidores, el Estado debe asumir la posición tanto de promover la libre y leal competencia en el mercado, como de corregir las imperfecciones naturales del mismo, a fin de asegurar a los consumidores y usuarios las más amplias y mejores opciones para su elección.

En consecuencia, la Administración Pública deberá observar la dinámica del mercado, a fin de asegurar que no se produzcan posiciones preferenciales ni dominantes en él, que restrinjan o discriminen la necesaria redistribución equitativa de los recursos entre la oferta y la demanda que postula el Estado social de Derecho. Además, le corresponde corregir las imperfecciones del mercado, no sólo porque son injustas o carentes de solidaridad con las mayorías nacionales, sino porque generan ineficiencia y discriminación en la distribución de riqueza, y, finalmente, desconfianza ciudadana en el mercado económico, con lo cual se rompe el fundamento de todo el sistema económico: la confianza de los consumidores en el mercado.

La Constitución de 1993, en su artículo 61³³, confiere al Estado el deber de combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De ahí que sea posible exigir a la Administración Pública que cumpla con su deber de vigilar, regular y sancionar tales conductas, a fin de evitar que se rompan las reglas básicas de la libre competencia.

3.5. Derecho de propiedad y derechos intelectuales

La propiedad en cualesquiera de sus formas, privada, comunal o pública, es un derecho fundamental a ser promovido y protegido por el Estado social de Derecho, siempre que su uso sea conforme al interés social y a la utilidad pública³⁴; más aún si la función de la propiedad, como parte integrante del orden social, protege y fomenta la libertad³⁵. En ese sentido, el derecho a la propiedad no debe ser entendido únicamente como un derecho subjetivo, sino también como una garantía institucional, de conformidad con el artículo 70 de la Constitución³⁶.

Cuando la Carta Fundamental señala que el Estado garantiza el derecho de propiedad y agrega que éste se ejerce en armonía con el bien común dentro de los límites de ley, está estableciendo ciertos parámetros para el ejercicio de este derecho. De allí que, la

33 Artículo 61 de la Constitución.- 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.

34 Cfr. DE JUAN ASEÑO, Oscar. *La Constitución económica española... op. cit.* pp. 172-176

35 Cfr. DOEHRING, Karl. "Estado social, Estado de Derecho y orden democrático" En: ABENDROTH, FORSTHOFF y DOEHRING. *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1986, p. 33.

36 Artículo 70 de la Constitución.- 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.

utilización y el poder de disposición de la propiedad no queda en la esfera absoluta de los derechos del titular individual, sino que conciernen también al interés general o público de la comunidad, en el marco de lo dispuesto por la ley³⁷. Es también importante que la garantía de este derecho ante una expropiación y cuasi-expropiación quede claramente configurada en la ley³⁸; por ello, si se violan las limitaciones a la expropiación o cuasi-expropiación establecidas expresamente en la Constitución y la ley, serán inválidas.

Ahora bien, así como el artículo 2 inciso 16 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la propiedad; el artículo 2 inciso 8 del mismo texto normativo reconoce el derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. Cabe resaltar la importancia de este último derecho a efectos de promover y proteger la innovación y la creatividad en todas sus formas, así como las manifestaciones y resultados de la investigación científica y tecnológica.

En atención a ello, la Administración Pública tiene la responsabilidad de garantizar la protección de la propiedad intelectual y los derechos de autor, dentro de una política científica y tecnológica que se encuentre ligada estrechamente a la producción de los bienes y servicios que demanda la población.

También es importante, en el ámbito de protección de los derechos intelectuales, que se incluya a aquellos conocimientos ancestrales, transmitidos de generación en generación por los integrantes de las comunidades nativas y campesinas, que incidan en la mejora de su calidad de vida y en el desarrollo local, regional y/o nacional.

3.6. Protección de consumidores y usuarios

El Estado Social de Derecho se funda en el principio de soberanía del consumidor, habilitando a éste gozar de derechos fundamentales económicos. Así, los usuarios y consumidores pueden intervenir en la fase de formación del contrato, en cuanto a precios y tarifas, composición y calidades de servicios, como en la ejecución de los mismos, a través de sus asociaciones y las reclamaciones en defensa de los derechos económicos de los ciudadanos.

Al respecto, el artículo 65 de la Constitución de 1993 señala expresamente que “[e]l 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”. Se advierte que la Carta Fundamental pone especial énfasis en la información a la que necesariamente deben tener acceso los consumidores y usuarios, lo que coadyuvará a que se encuentren debida y suficientemente informados para participar en la formación de las condiciones generales y tipos de contratación, ya sea en comisiones estatales o conjuntamente con las asociaciones de empresarios.

37 Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 432.

38 Cfr. DE JUAN ASENJO, Oscar. *La Constitución económica española... op. cit.* pp. 176-184.

Así como es fundamental el derecho de los consumidores y usuarios a recibir la información necesaria sobre los productos y servicios que existen en el mercado, son igualmente importantes los siguientes derechos³⁹: el derecho a la protección eficaz contra los productos y servicios que generan riesgo o peligro a la salud o seguridad física, el derecho de acceso al mercado, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho a la reparación por daños y perjuicios, el derecho a la defensa corporativa del consumidor, entre otros⁴⁰.

3.7. Servicios públicos y organismos reguladores

El Estado, en tanto garante del interés general ciudadano, tiene la obligación prioritaria de administrar directa o indirectamente los servicios públicos esenciales establecidos por ley, que son necesarios para que los ciudadanos gocen de un estándar básico de vida en común, en iguales condiciones de calidad y eficiencia, que las personas de mayores recursos económicos. Ello es así en la medida que todos los ciudadanos deben estar en igualdad de condiciones para acceder al mercado de bienes y servicios, precisando que dicha igualdad de oportunidades está referida a superar las desigualdades que el mismo sistema social ha generado entre las personas.

En tal sentido, los servicios públicos esenciales que el Estado oferte de manera directa o indirecta —infraestructura física, educación, salud, empleo, seguridad— deben contar con precios sociales para los estratos en estado de pobreza y con precios de mercado proporcionales para las demás clases sociales. De modo que las concesiones que el Estado otorgue deben realizarse con fines de interés social y utilidad pública.

Ahora bien, es importante señalar que en las áreas económicas de producción y/o servicios públicos esenciales, en donde la empresa privada preste servicios de manera directa o subsidiaria al Estado, éste debe constituir entidades públicas supervisoras de los servicios que gestione el agente particular con participación de los consumidores y usuarios, para asegurar que se respeten los principios de eficiencia y equidad que demanda el bienestar general y la seguridad de los ciudadanos, así como la transparencia y contribución al desarrollo integral y equilibrio nacional.

En este mismo sentido, los organismos reguladores tendrán la misión de “suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión”.⁴¹ Por tanto, corresponde a la Administración Pública controlar, ya sea mediante acciones *ex ante* —como regulaciones previas— o *ex post* —como sanciones a los infractores— los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el

39 Artículo 5 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 716. Ley de Protección al Consumidor.

40 Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis. “La defensa del consumidor en el derecho constitucional”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N.º 42, Año LII, Enero 2003, pp. 120-126.

41 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0008-2003-PI, fundamento 41.

desarrollo sostenido del sector, entre otros elementos que también garanticen el bienestar de consumidores y usuarios⁴².

3.8. Inversión extranjera y libre comercio

La globalización económica obliga al Estado a proteger el interés general de los productores y consumidores nacionales de la competencia desleal del mercado internacional; en particular, en los términos desiguales del intercambio comercial y las condiciones unilaterales que postula muchas veces la inversión extranjera. Ello supone partir del principio constitucional de reciprocidad e igualdad de trato en las relaciones internacionales económicas y políticas, y, en consecuencia, cuando se produzcan o se apliquen prácticas asimétricas en el comercio internacional y la inversión extranjera, el Estado Social y Democrático de Derecho debe garantizar la protección de las empresas, productos y servicios nacionales, mediante precios de garantía y refugio, excepcional y transitoriamente.

Es importante que la inversión extranjera se someta al principio de igualdad de trato de la inversión nacional, lo que no obsta para que, excepcionalmente, el Estado pueda otorgar a la inversión extranjera un trato especial, que no suponga discriminación, sino diferenciación, lo que es constitucional. Así, cualquier diferenciación de trato preferencial de la inversión extranjera, debe basarse en objetivos económicos razonables, acordes con los principios y valores constitucionales, el trato especial debe ser racional, es decir, conforme con los motivos que dan lugar a aceptar la inversión extranjera, el trato especial debe ser proporcional, no desmedido.

En este mismo sentido, en materia de tratados y acuerdos de libre comercio, el Estado debe realizar las respectivas negociaciones observando el marco que la Constitución establece, sin dejar de lado aquellos deberes primordiales que asume y no pueden ser desatendidos; como el de defender la soberanía de la Nación, garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, promover el bienestar general, entre otros (artículo 44 de la Constitución).

Por tanto, con la suscripción de este tipo de acuerdos por parte del Estado peruano, por ejemplo los Tratados de Libre Comercio, no se debe configurar una regresión en cuanto a la protección y vigencia de los derechos sociales y económicos, ni se debe desnaturalizar los principios rectores de la Constitución económica.⁴³

4. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDEN ECONÓMICO VIGENTE

Tras haber abordado importantes principios rectores del orden económico a partir del texto vigente de la Constitución, es posible afirmar que el rol del Estado en la econo-

⁴² Ibídem. Fundamento 43.

⁴³ Cfr. LANDA ARROYO, César. "El Tratado de Libre Comercio Perú — Estados Unidos: Una perspectiva constitucional". En: *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2004, pp. 217-228.

mía se orienta a la protección y el desarrollo no sólo de los derechos fundamentales sino económicos, con lo cual quedan proscritas las prácticas económicas abusivas en las que puedan incurrir los agentes del mercado. Al mismo tiempo, es importante atender al interés general a fin de que el orden económico no se desarrolle al margen de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja socioeconómica, en base al principio de solidaridad que se colige del modelo de economía social de mercado.

Adicionalmente, los principios de la Constitución Económica vigente son relevantes a efectos de determinar la función constitucional de la Administración en la economía, toda vez que “las normas constitucionales que contienen o regulan los *objetivos y fines del Estado* condicionan también la teoría de las funciones administrativas”⁴⁴. De ahí que la Ley Fundamental del Perú establezca que corresponde al Presidente de la República —y por ende al Poder Ejecutivo y a toda la Administración— cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales (artículo 118, inciso 1), con lo cual la actividad administrativa deberá desenvolverse, necesariamente, de conformidad con la Constitución.

Al respecto, LUDWIG VON RÖNNE diría que el “Gobierno no sólo debe ejercer el poder observando los límites y requisitos externos constitucionalmente establecidos, sino que habrá de actuar también de conformidad con el sentido y espíritu de la Constitución. De ahí que el Derecho administrativo haya de cimentarse sobre los principios y valores constitucionales, tanto formales como sustantivos, sin caer jamás en su vulneración”.⁴⁵

Esta vinculación directa de la Administración Pública a la Constitución ha motivado una discusión en torno a la posibilidad de que la primera se aparte de la ley cuando ésta sea manifiestamente contraria a la Constitución⁴⁶. Tema que abordaremos inmediatamente a continuación.

44 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...* op.cit. p. 56.

45 RÖNNE. Citado por SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...* op.cit. p. 15.

46 A nivel nacional se ha desarrollado una interesante discusión sobre la posibilidad de que la Administración efectúe el control de constitucionalidad de las normas legales. Cfr. LANDA ARROYO, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra, 2004, pp. 208-213; DEL POZO GOICOECHEA, Claudia. *Control difuso y procedimiento administrativo*. Lima: Palestra, 2005; CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, número 98. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre de 2006, pp. 31-45; BULLARD Alfredo y César HIGA. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional” En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra, 2007, pp. 13-54; CHIRI GUTIÉRREZ Isabel. “El control difuso del Tribunal Fiscal, La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos” En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra, 2007, pp. 141-169; MORÓN URBINA Juan Carlos. “¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in limine de la constitucionalidad de las leyes? Lucas y sombras sobre el precedente Salazar Yarlenque” En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra, 2007, pp. 55-67; MORALES SARAVIA, Francisco. “Tribunales administrativos y control constitucional. Comentarios a la posición del Tribunal Constitucional en el Perú”. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra, 2007, pp. 127-139.

4.1. El control de constitucionalidad por parte de la Administración Pública

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos jurisdiccionales orientados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, superando así la concepción de la pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley y a los códigos como las máximas normas del ordenamiento jurídico nacional. Entre dichos mecanismos jurisdiccionales se cuenta el contenido en el artículo 138 *in fine* de la Constitución de 1993 que consagra la potestad de la *judicial review* o control difuso de la Constitución: “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (...)”.

Si bien el citado artículo reconoce de manera expresa que los jueces tienen la potestad de ejercer el control difuso, ello no implica que dicha potestad sea privativa de las instancias jurisdiccionales puesto que, como es evidente, también la Administración Pública se encuentra vinculada por el principio de supremacía jurídica de la Constitución consagrado en el artículo 51 de la Carta Fundamental que establece lo siguiente: “[l]a Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente”. Del mismo modo, es importante tener en cuenta que la Administración Pública no está legitimada para vulnerar los derechos fundamentales de los administrados, lo que podría ocurrir como consecuencia de la aplicación de normas legales manifiestamente contrarias a la Constitución, si se le impide a la Administración apartarse de ellas (artículo 1 de la Constitución).

Estas consideraciones evidencian que una interpretación literal del artículo 138 de la Constitución resulta insuficiente para garantizar plenamente el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, elementos esenciales en un sistema político que se precie de ser democrático.

Ante esto, es importante puntualizar que tratándose del texto constitucional, los clásicos criterios de interpretación normativa, como son el método literal, el teleológico, el sistemático y el histórico, resultan necesarios; pero claramente insuficientes para informar la labor interpretativa del juez constitucional. Por este motivo, en la sentencia recaída en el expediente 3741-2004-PA/TC el Tribunal Constitucional invoca dos principios *ad hoc* a los procesos constitucionales, que cumplen de manera más adecuada la misión orientadora y racionalizadora del proceso de interpretación constitucional para la solución de un caso concreto.

En efecto, se trata de los principios de unidad de la Constitución⁴⁷ y de concordancia práctica⁴⁸, a partir de los cuales el Tribunal concluye que “el artículo 138 [de

47 El principio de unidad de la Constitución se orienta a conseguir que la Constitución sea interpretada como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (Cfr. STC 5854-2005-PA/TC, FJ 12). Será, en consecuencia, preciso identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.

48 El principio de concordancia práctica permite resolver toda aparente tensión entre las disposiciones

la Constitución] no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51, antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos —y no sólo al Poder Judicial— el deber de respetarla, cumplirla y defenderla.”⁴⁹ En consecuencia, tampoco se puede soslayar el deber establecido en el artículo 38 de la Constitución⁵⁰ que impone a todos los peruanos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución.

También es importante tener en consideración que en el Estado constitucional y democrático de Derecho, la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales no se encuentran supeditados a la ley; y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional cuando señala que: “[la] incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica (...) un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en un etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce.”⁵¹

4.2. Principio de constitucionalidad y principio de legalidad

Podemos definir, brevemente, que cuando hablamos de principios jurídicos nos referimos a aquellas normas que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁵². En ese sentido, se trata de *mandatos de optimización*⁵³ que —a diferencia de las reglas— no establecen con precisión aquello que debe o no debe hacerse.

Ahora bien, entre los principios que rigen la actuación de la Administración Pública se cuenta el principio de legalidad, el mismo que ha dado lugar a una de las principales objeciones al reconocimiento de la potestad de la Administración Pública de ejercer el control difuso. En efecto, este principio implica que la Administración debe ajustar su actuación a lo que establece la ley, sin apartarse de ella ni disponer su inaplicación bajo ninguna circunstancia.

constitucionales “optimizando” su interpretación, esto es, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios constitucionales en aparente conflicto (Cfr. STC 5854-2005-PA/TC, FJ 12). De este modo, se debe respetar el núcleo duro de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

49 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 9.

50 Artículo 38 de la Constitución.-

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir, y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

51 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 11.

52 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1997, p. 86.

53 Cfr. Ibídem, pp. 86-87.

Al respecto, consideramos que con esta afirmación se olvida que “el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales”⁵⁴. Por ello, si bien no se duda de la relevancia del principio de legalidad, el mismo que orienta la actuación de la Administración Pública y opera como una garantía a favor del administrado impidiendo que ésta —la Administración— proceda arbitrariamente en su perjuicio; es importante no perder de vista que, en el marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho, el principio de legalidad sólo tiene sentido si con su aplicación no se niega el principio de supremacía jurídica y fuerza normativa de la Constitución, ni la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Así, en aquellos casos en que la aplicación del principio de legalidad sea incompatible con el principio de constitucionalidad, será preciso apelar *ab initio* a un criterio de jerarquía entre ambos principios para concluir que este último no puede quedar supeditado al principio de legalidad, al menos no en un Estado Constitucional de Derecho.

De otro lado, es importante señalar que si bien la Ley 27444 —Ley del Procedimiento Administrativo General— consagra formalmente el principio de legalidad en el artículo IV numeral 1.1 del Título Preliminar; materialmente, no se trata sino de una expresión del principio de constitucionalidad toda vez que establece que: “Las autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas” (el subrayado ha sido agregado). Se reafirma, por tanto, la plena vigencia del principio de constitucionalidad en el quehacer de las autoridades administrativas.

A ello se suma lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del mismo texto normativo, cuando señala que: “La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y *con sujeción al ordenamiento constitucional* y jurídico en general” (el subrayado ha sido agregado). Reafirmado dicho criterio, el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General sanciona con la nulidad de pleno de derecho a aquel acto administrativo que contravenga la Constitución.

En conclusión, no es válido el principio de legalidad si no se subordina al principio de constitucionalidad.

4.3. Presupuestos para la aplicación de control difuso por parte de la Administración Pública

Tras la publicación de la sentencia recaída en el expediente N.º 3741-2004-AA/TC⁵⁵ y de su resolución de aclaración, el Tribunal Constitucional ha establecido

54 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 15.

55 De manera previa a la expedición de esta sentencia, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la vinculación por parte de la Administración Pública a la Constitución, en la sentencia recaída en

determinados presupuestos para la aplicación del control difuso por parte de la Administración Pública.

En primer lugar, la potestad de efectuar el control de constitucionalidad de las normas recae sobre todo tribunal u órgano colegiado administrativo que imparta “justicia administrativa” con carácter nacional, que esté adscrito al Poder Ejecutivo y que tenga por finalidad declarar los derechos fundamentales de los administrados⁵⁶. De esta manera, dichos tribunales no se limitan a constatar la adecuación de las normas administrativas a las normas legales, puesto que también tienen el poder-deber de proteger los derechos fundamentales de los administrados y la primacía jurídica de la Constitución.

En segundo lugar, dichos tribunales u órganos colegiados deben verificar que el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia sometida a su conocimiento y que no sea posible interpretar la norma legal en cuestión de conformidad con la Constitución, con lo cual se está frente a una inconstitucionalidad manifiesta.

Asimismo, se debe tener en consideración que la Administración puede ejercer el control difuso a pedido de parte y, excepcionalmente, de oficio. En el primer supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional deben evaluar dicha solicitud de manera objetiva y razonable “siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados.”⁵⁷ En el supuesto de excepción —cuando se efectúa de oficio— el control difuso sólo procede cuando se tiene por objeto inaplicar una disposición que contravenga los precedentes vinculantes o la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional de conformidad con los artículo VI *in fine*⁵⁸ y VII⁵⁹ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

el Exp. 0050-2004-AI/TC y otros (acumulados), en los siguientes términos: “(...) es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.” (fundamento 156)

56 Resolución de aclaración de la sentencia recaída en el expediente 3741-2004-AA/TC, fundamento 4.

57 *Ibidem*. Fundamento 7.

58 Artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Constitucional

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

59 Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones pro las cuales se aparta del precedente.

Finalmente es importante puntualizar que, habida cuenta que la aplicación del control difuso tiene por finalidad garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de los administrados y el respeto del orden jurídico constitucional, “[e]n 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”.⁶⁰

5. CONCLUSIÓN

La Constitución económica de 1993 tiene por objeto, fundamentalmente, establecer las reglas de juego por donde deben transitar libremente los procesos económicos en nuestro país, de manera democrática y eficiente. Por este motivo, en la primera parte de este artículo, se ha planteado un concepto constitucional del mercado, que integre a la clásica perspectiva económica cuatro elementos: la sociedad, el Estado, el medio ambiente y la cultura.

Del mismo modo, se han abordado determinados principios rectores del régimen económico que la Constitución consagra, los mismos que deberán ser observados por la Administración Pública, procurando garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y el respeto de la dignidad de la persona, en tanto fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución). Así, en el marco de una economía social de mercado es importante atender al interés general a fin de que el orden económico no se desarrolle al margen de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja socioeconómica. El principio de solidaridad, derivado de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución), contribuye sin duda a lograr este objetivo, en la medida que implica el compromiso directo del Estado, así como de las personas naturales y jurídicas, con los fines sociales del mismo.

Cabe también precisar que la Administración Pública se encuentra directamente vinculada a la Constitución, teniendo el deber de ajustar su actuación a la Carta Fundamental y a las sentencias del Tribunal Constitucional, con lo cual no está facultada para desconocer sus mandatos ni vulnerar los derechos fundamentales de los administrados en aplicación positivista de un mal entendido principio de legalidad. Al respecto es pertinente señalar que en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho no es válido el principio de legalidad si éste no se encuentra subordinado al principio de constitucionalidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de admitir que, bajo determinados presupuestos, los tribunales u órganos colegiados administrativos que impartan “justicia administrativa” con carácter nacional y que tengan por finalidad declarar los derechos fundamentales de los administrados, pueden efectuar el control constitucional difuso de las normas.

Finalmente, resta señalar que el fortalecimiento de las instituciones democráticas, implica la adopción de medidas concretas que se orienten a promover una

60 Resolución de aclaración de la sentencia recaída en el expediente 3741-2004-AA/TC, fundamento 7.

ética constitucional⁶¹ en la Administración Pública, logrando con ello una gestión transparente y decididamente contraria a la corrupción, que genere confianza en los administrados. Este proceso tiene una significativa importancia en la medida que “una Administración pública en que imperen los principios éticos, contribuirá decisivamente a la moralización de la vida social”⁶².

De esta manera, la lucha anticorrupción implementada por la Administración Pública, involucrará de manera directa a todos los agentes del mercado y, en general, a los miembros de la sociedad civil, quienes deben dar cumplimiento al deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44 de la Carta Fundamental).

61 La ética constitucional no se reduce a una moral universal, normativa y abstracta, ni a una moral sistémica-funcionalista de reglas y procedimientos. Más bien, es concebida como una ética institucional que proviene, inductivamente, de los tácitos pactos fundamentales de la sociedad civil, mediante la acción comunicativa. Cfr. LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima: Palestra, 2007, pp. 526-534.

62 GONZALES PÉREZ, Jesús. *La ética en la Administración pública*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 150-151.

La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico



VÍCTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: 1. Cuestiones Iniciales. 2. Constitucionalismo Económico. a. La incorporación del concepto de Constitución Económica. b. El modelo-sistema de la economía social de mercado. 3. Principios rectores del Constitucionalismo Económico. a. Con relación a la actividad empresarial. I. Principio de la libertad en la iniciativa privada. II. Principio de igualdad en su actuación. III. Principio de trato semejante en la inversión. IV. Principio de responsabilidad social de la empresa. b. Con relación al rol estatal. I. Principio de subsidiariedad. ii. Principio de promoción y orientación de la actividad privada. III. Principio de garantismo de actuación. iv. Principio de intervención reguladora. 4. Derechos Fundamentales Económicos. a. A favor de ofertantes de bienes y servicios. I. Derecho a la propiedad. II. Derecho a la contratación. III. Derecho al trabajo. IV. Derecho a la libertad de empresa, comercio e industria. v. Derecho a la libre competencia b. A favor de individuos generadores de demanda. 5. Aplicación del Constitucionalismo Económico en ámbitos específicos. a. En el ámbito tributario. b. En el ámbito laboral. c. En el ámbito previsional. d. En el ámbito medio ambiental. e. En el ámbito presupuestal. 6. Reflexiones Finales.

Resumen: *El flujo de inversión en un país demanda predictibilidad y seguridad jurídica, y es ineludible la emisión de jurisprudencia pacífica, que al resolver conflictos específicos, ofrezca amables señales al mercado. Es por ello que en el presente trabajo se persigue dejar sentada la posición del Tribunal Constitucional peruano con relación a la naciente doctrina del Constitucionalismo Económico. Sobre la base de la Economía Social de Mercado, y siempre con la persona y su dignidad como norte, se postula una serie de principios de actuación tanto para los particulares —sobre la base de la libre iniciativa privada— como para el Estado —en clave de subsidiariedad; se presenta una serie de derechos fundamentales económicos; y, se concretizan diversos ámbitos específicos en que su contenido se puntualiza.*

Abstract: *The investment flow in a country demands legal predictability and safety, and the issuance of peaceful case law is unavoidable, which, offers friendly signs to the market, by solving specific conflicts. For this reason, this work intends to establish the position of the Peruvian Constitutional Court in relation to the new doctrine of the Economic Constitutionalism. Based on the Social Market Economy, and always placing the person and their dignity as the goal, this work proposes a series of performance principles both for individuals —based on the free private initiative- and for the State —with a subsidiarity tone; it presents a series of fundamental economic rights; and, sets several specific areas that point out its contents.*

1. CUESTIONES INICIALES

Hace un tiempo escribí un artículo denominado “Perfilando el Constitucionalismo Económico”, que apareciera en la Revista Economía y Derecho —número Otoño de 2007— editado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, en el cual pretendía explicar algunas cuestiones básicas de lo que en el mundo jurídico contemporáneo se denomina la CE. Espero haber tenido algún resultado positivo en mi intento. Reincidir en mi propósito es especialmente relevante en momentos como el actual cuando nos empieza a acompañar casi insistente una llamativa y algo previsible recesión económica mundial, que ha merecido la intervención estatal de países desarrollados como Estados Unidos, Alemania, Francia, Inglaterra, entre otros más, en las alicaídas entidades bancarias, incluso participando de su accionariado, o que ha obligado a los argentinos a tomar medidas extremas con relación a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, que al igual que a las AFP nacionales el colapso internacional ha golpeado con fuerza —incluso entre nosotros existen proyectos de ley para paliar los efectos en las futuras pensiones de los afiliados—. La fuerza del mercado, siempre muy atrayente y sugestivo, ha comenzado a dejar de lado su tenaz libertad, incluso en economías siempre tildadas como típicas capitalistas. Una claudicación que hará que se mire con escepticismo el futuro de la economía mundial, y en especial, la peruana, sobre todo cuando los vaivenes políticos —siempre tan presente en el país, en específico en el actual gobierno, sobre el cual empiezan a surgir dudas sobre su moralidad— impiden que el crecimiento sostenido de los últimos años se traduzca en una mejora concreta —ino ‘chorreo’, por favor!— para el ciudadano de a pie, para aquel ser humano que vive sobreviviendo día a día.

En esta oportunidad, y aprovechando que se está llevando a cabo la cumbre de la APEC en nuestro país, que ha provocado la elaboración del presente texto al cual fui invitado a escribir, quisiera insistir en el análisis efectuado con un énfasis mayor en lo que la judicatura nacional constitucional ha venido desplegando respecto al Constitucionalismo Económico, con una visión descriptiva —a veces crítica— de los fundamentos que fluyen tanto de la *ratio decidendi* como del *obiter dicta* del razonamiento del TC, órgano supremo de control de la Norma Fundamental (C, 201) y máxime intérprete de su contenido. La Constitución, en tanto norma jurídica y política, amén de una interpretación alternativa del Derecho, permite incorporar elementos de la realidad a su entendimiento y comprensión, por lo que en materia económica, se puede ir adecuando los cambios de ideología estatal al desarrollo de la sociedad nacional y respondiendo a sus expectativas, lo cual se puede hacer perfectamente gracias a la jurisprudencia constitucional. Si bien no ha existido un gran avance o evolución en el perfeccionamiento de la materia ni ha existido total coherencia en las sentencias emitidas, sí pueden sacarse algunas conclusiones importantes acerca de contenidos tan difusos o dilatados como son ESM o CE o en áreas específicas del ámbito económico constitucional.

La formulación económica tampoco es una innovación reciente en sede constitucional, sino que se ha ido postulando paso a paso, como respuesta a las respectivas

necesidades de actuación económica del Estado en el país. Como muestra, se puede señalar que durante el siglo XIX, el Perú ya recogía normas de este tipo. Así, en la Constitución de 1823 se realizaba la función de la Hacienda Pública, constituida por las rentas y productos correspondientes al Estado (C, 148); en 1828 existía una referencia a un aspecto tan trascendente como el manejo presupuestario dentro del Estado (C, 99). Con relación a los derechos fundamentales de tenor económico, es sugerente lo señalado en 1834, cuando se consagraba tanto la inviolabilidad del derecho de propiedad (C, 161) como las libertades de trabajo, industria y comercio, que encontraban un límite en las buenas costumbres y salubridad de los ciudadanos o en el interés nacional (C, 162). Como se puede observar, las disposiciones con aspectos de trascendencia económica siempre han estado presentes, lo cual ha nutrido el pensamiento de nuestro constituyente para que se haya adoptado un planteo tan exployado en materia económica.

Por eso, es importante en la actualidad estar al corriente cómo la Constitución ha llegado a tratar este punto. Y claro, entender cómo el TC la ha interpretado. De hecho, se han venido resolviendo causas con alto contenido económico para el país, siempre en la búsqueda del desarrollo nacional —bueno, presumo que esa ha sido la intención de nuestra judicatura—. En esta línea, es emblemática la resolución de conflictos constitucionales en materias tan disímiles como son la reforma pensionaria (*v.gr.* STC 0050-2004-AI/TC y otros), el carácter de los tributos (*v.gr.* STC 3303-2003-AA/TC; STC 4227-2005-PA/TC; o, STC 0042-2004-AI/TC), los arbitrios municipales (*v.gr.* STC 00053-2004-AI/TC), la naturaleza del empleo público (*v.gr.* STC 0008-2005-PI/TC), las licencias de funcionamiento de establecimientos (*v.gr.* STC 3330-2004-AA/TC), el pago de tributos de los casinos y tragamonedas (*v.gr.* STC 4227-2005-PA/TC; cerrando el círculo, STC 0006-2006-PC/TC), la validez del pago del SOAT (*v.gr.* STC 0001-2005-PI/TC), la desafiliación de las AFP (*v.gr.* STC 1776-2004-AA/TC; y, STC 7281-2006-PA/TC), entre otros importantes fallos, dentro de los que no se puede dejar de mencionar el referido a la validez del TLC más afamado firmado por el país (*v.gr.* RTC 0033-2006-PI/TC, 4; RTC 00036-2007-PI/TC, 5, 6), y aunque la demanda fue declarada improcedente en virtud de que el Acuerdo de Promoción Comercial Perú — Estados Unidos aún no había entrado en vigencia —por más aprobada que se haya encontrado la RL-28766, aún faltaba su aprobación por parte de la contraparte congresal—, en la actualidad en principio estaría despejado el camino para la impugnación respectiva por intermedio de un control concentrado de constitucionalidad. Dejaré a su imaginación especular cómo se podrá resolver en el futuro tal controversia. Lo concreto y real es que no se puede obviar es que hasta ahora, y a través de la variopinta relación de procesos indicados, el TC ha ido presentando una serie de conceptos del Constitucionalismo Económico que vale la pena pasar a revisar.

2. CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

La incidencia de la Economía en las relaciones prescritas constitucionalmente son más que obvias: se reconoce en primer lugar la iniciativa privada; existe la posibilidad de que, cuando se autorice, exista acción pública, bien adoptando formas empresariales del

Derecho privado o de entes administrativos; existe subordinación del poder de gestión que la iniciativa económica comporta, sea pública o privada, al interés general; se protege al consumidor y usuario; la actividad económica debe estar planificada; el poder de gestión se debe repartir entre empresario y trabajadores; y, se fomenta la iniciativa de los particulares para el crecimiento de los recursos del país. En el accionar del Estado y de los particulares la protección del ser humano debe ser directa y especial. Es que es innegable que “existe una íntima vinculación entre la economía, la democracia y los derechos fundamentales de las personas, por cuanto que un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales” (STC 4223-2006-PA/TC, 12). Pero, ¿de qué manera se conjuga lo económico y lo jurídico-constitucional? ¿una subordina a la otra? Una aproximación a la respuesta se puede encontrar en lo que es la CE y el modelo-sistema adoptado, cual es la ESM.

a. *La incorporación del concepto de Constitución Económica*

A la Constitución no le corresponde establecer paradigmas económicos inalterables, menos aún pétreos. Sí, ciertas pautas que guíen su correcto funcionamiento, conjugando la actuación del Estado, de empresarios y de consumidores y usuarios. El carácter mutable de las necesidades del Estado y la coyuntura económica justifican una relativa ecuanimidad política y económica de la Constitución. No total ni inmutable; es imposible. Tampoco desbordante ni excesivamente cambiante. Y éste es justamente uno de los límites que tiene el TC cuando debe emitir una sentencia, tomando en cuenta el principio de sostenibilidad financiera en el análisis antes de que sean emitidas (al respecto, STC 0050-2004-AI/TC y otros). La existencia de una CE debe ser reconocida conjuntamente con una Constitución Política, y quizás también una Constitución Cultural.

Si bien el término de la ESM circula en el mundo constitucional a partir del siglo XX —específica y concretamente en la Alemania de Weimar—, es Schmitt quien en 1931 lo incorpora a la literatura jurídica, como una preocupación en la adopción de un régimen que posea una fundamentación económica, mientras que el debate en el ámbito nacional es más o menos reciente y la terminología ha empezado a ser utilizada por el TC desde el año 2002. La CE de los últimos años ha adquirido una importancia inusitada a raíz de las múltiples resoluciones que el TC haya emitido al respecto, más aún si se resalta el hecho que la propia normatividad procesal manifiesta que los operadores jurídicos —sobre todo, jueces— aplican la Norma Fundamental de acuerdo a la interpretación que de la misma haga el TC (CPCo, VI). Cuestión ésta no tan aplaudida por aquellos que esperan que sea sólo el mercado el que actúe, y que cualquier injerencia jurisdiccional lo podría distorsionar. Es así como aparece como válido que el TC sea consciente de sus decisiones y de sus autorrestricciones a la hora de resolver los conflictos que llegan a su seno. No es posible que a través de sentencias desproporcionadas se termine desfigurando el correcto funcionamiento del mercado.

La CE es un esquema normativo que reconoce dentro de una determinada Norma Fundamental un modelo económico dirigido a tutelar los derechos de las personas intervinientes en el mercado, vigilante y atento al respeto de su condición de seres humanos. *Ergo*, el influjo de la Constitución sobre la ordenación de la vida económica debe tener dos plataformas sobre la cual sustentarse, al igual que el resto de la Norma Fundamental: la dignidad de la persona (C, 1) y la democracia estatal (C, 3), por ser el ESDD el marco jurídico-político en el que se desenvuelven las relaciones entre los agentes económicos, sobre la base de un análisis costo-beneficio de su ejercicio de *ius imperium*. La consideración del Estado como uno social y democrático tiene una eficacia práctica, toda vez que posibilita su integración con la sociedad y su democratización (STC 0008-2003-AI/TC, 4.1.c), lo cual debe redundar en la postulación de un ‘mercado democrático’. De esta forma, la ESM, en tanto fórmula acogida dentro de la CE, habrá que ser tan tutelada con la misma fuerza como se hace con la ESDD, sin que tal posición signifique negar la aludida ecuanimidad económica de la Constitución. La directriz que siempre ha de guiar a CE será la dignidad humana, valor por excelencia del orden constitucional y ligada en sustancia con el contenido social del Estado (C, 43), y al costado de ella el material ético del principio democrático también expresa el presupuesto de los derechos económicos, así como la soberanía popular (C 3, 43), el principio-derecho de igualdad, especialmente en su vertiente sustancial (C, 2.2, 59), siempre en la búsqueda del bien común.

Al estar íntimamente relacionado el sistema económico con el político, el respeto de los derechos fundamentales no puede ser indiferente con las garantías económicas que existan en el país, que en buena cuenta posibilitan el desarrollo del país (C, 44). “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 período; 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” (STC 0034-2004-AI/TC, 28). Las reglas del mercado no pueden imponerse sobre esos valores constitucionales, y así cualquier regulación proporcionada y razonable que tratan de preservarlos es, por tanto, admisible (STC 0013-2007-PI/TC, 28) [sobre el mercado, *vid.* estudio de HÄBERLE también en este volumen]. La Constitución, en tanto norma jurídica y política, amerita una actuación del Estado y de los particulares dentro de los márgenes permitidos, máxime si dentro de ella se pueden encontrar diversas normas-principios —aparte de las normas-reglas, según lo expone la teoría argumentativa de los derechos fundamentales— exponiendo heterogéneos derechos económicos, según se estudiará *infra*.

Habiendo clarificado los presupuestos de la CE, igual puede calificarse que la materia está lejos de considerarse desarrollada en el país. Si bien su evolución no ha gozado de pacífico consenso, las voces que claman su inexistencia y su limitación cada vez más se silencian ante la contundencia de su trascendencia y valor, aunque como ya he venido señalando, la línea jurisprudencial no siempre puede considerarse

asentada y correcta. Algunos yerros en las sentencias no pueden desdeñarse el valor del perfeccionamiento y avance que se requiere de esta doctrina, y que mal o bien se ha ido consiguiendo con lo resuelto por el TC. La trascendencia de la CE no puede ser soslayada ni mucho menos desacreditada. Resulta un deber ciudadano mostrar preocupación por los constantes intentos de modificar el régimen económico de la Norma Fundamental, incluso de retornar al propuesto en 1979, tal como fue la promesa electoral de diversos grupos partidarios en los últimos comicios, pues de ello dependerá el modelo económico que habrá de seguir el país, y que es al mismo tiempo el que da la seguridad correspondiente a la inversión extranjera, tema a ser destacado en un momento como el actual en plena realización del APEC en el país.

Antes de avanzar al siguiente punto cabe realizar un paréntesis. El TC fue objeto de múltiples críticas por justamente haber influido negativamente en el mercado, entorpeciendo la inversión en el ámbito minero. Asumió que la regalía minera no era un tributo (L-28258, 2: “es la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos”) y que por lo tanto era válido ser cobrado y aplicado a las empresas que incluso contaban con contrato de estabilidad tributaria, con lo cual en el fondo estaría avalándose una ‘sacada de vuelta’ a la propia Constitución. Es oportuno señalar que la Norma Fundamental le da fuerza a los contratos-ley (C, 62 *in fine*: se establecen garantías y se otorgan seguridades) —y con tal fórmula también a los diversos contratos de estabilidad—, además de ser consciente que el tema de recursos naturales goza de reserva de ley orgánica (C, 66). La argumentación acerca de las regalías como un supuesto distinto al tributario permitía al Estado evitar el razonamiento acerca de una supuesta ruptura con los capitales internacionales y nacionales en este rubro, pues estaría autorizado a realizar ciertos cobros en pro de las comunidades, y en fin, de las personas cercanas a las zonas de extracción del material metalúrgico. Al respecto, para el TC “se concluyen tres premisas: a) la concesión minera no determina, *prima facie*, la estabilidad o inmutabilidad de lo pactado, para lo cual existen los contratos ley; b) el Estado podrá intervenir razonablemente modificando sus cláusulas, no en cualquier circunstancia, sino cuando el interés público lo amerite; c) la protección, control y conservación de los recursos naturales son de interés general de la nación, y el Estado debe preservar su aprovechamiento en su beneficio” (STC 0048-2004-AI/TC, 112). Mejor hubiese sido quizás que a las empresas que recién invirtieran en el país sí se les cobrase la regalía, pero no a los que gozaban de esta inmutabilidad contractual. No cabe duda que la decisión tomada, a partir de una interpretación social de la Norma Fundamental, se realizó en virtud de la bonanza financiera que se vivía en el país, encadenada a la vista de la alta cotización de los metales en el mercado internacional. Pero ¿realmente a través de sí se estaba reflejando los contenidos básicos de la CE?

Desde otra perspectiva, también es preciso señalar que la CE no solamente puede estar construida sobre la base de los principios, derechos y libertades que la misma Norma Fundamental alberga, sino que se encuentra íntimamente relacionada con el concepto del bloque de constitucionalidad que ha sido acogido incluso en sede pro-

cesal cuando se estipula que para apreciar la validez o compatibilidad constitucional de las normas o para realizar un análisis en los procesos especializados para la tutela de los derechos, el TC considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que se hayan dictado para determinar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (CPCo, 79). Por ello, para hablar de Constitucionalismo Económico se puede hacer uso de un bloque de constitucionalidad económico, y en tal sentido será admisible repasar las principal normativa que desarrolla los conceptos vertidos en la Norma Fundamental como puede ser en el nombrado caso de la regalía minera lo relativo a la explotación de los recursos naturales (L-26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, sobre la base de C, 66), entre diversos supuestos adicionales.

Pese a tener una cierta delimitación constitucional, tampoco es sencillo manejar un concepto único y uniforme a la CE. Con el objeto de abonar una respuesta a su definición, el TC ha proclamado sobre ella que es “un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general” (STC 0018-2003-AI/TC, 2). Libre iniciativa privada aparece como el motor de nuestra economía. Nada más cierto. Pero a su lado no puede descuidarse una correcta intervención del Estado que no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para suplir y corregir los errores del mercado.

b. El modelo-sistema de la Economía social de mercado

La consabida CE se traduce en el modelo-sistema denominado ESM. Ésta se presenta como una condición *sine qua non* del ESDD —compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos inspiradores del Estado—, sustentado tal como se ha ido observando en los valores constitucionales de la libertad (C, 2.24.a), la igualdad (C, 2.2) y la justicia (C, 44). En esta misma línea ha ido el TC (STC 0008-2003-AI/TC, 16, 13.a: debe ser ejercida con responsabilidad social). Con la adecuada protección a la persona que proporciona, la ESM llega a asegurar la competencia y la transformación de la productividad individual en progreso social.

La inclusión de un contenido social en nuestro modelo económico —específicamente en el mercado— no es gratuito ni mucho menos. Dicha condición del Estado se instituye tanto como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico en general, como una institución determinante del contenido de los derechos fundamentales (STC 0050-2004-AI/TC y otros, 42). El elemento social se presenta como un mecanismo de coordinación de información y en esa dimensión técnica resulta ajeno a valoraciones éticas. Pero justamente la alegada neutralidad desaparece cuando el componente social ingresa a su esfera, tal como lo ha reconocido expresamente nuestra Constitución. Al respecto, algo también ha tenido que decir el TC: “dado el carácter ‘social’ del modelo económico establecido

en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos” (STC 0034-2004-AI/TC, 20). Según lo señalado, y cual fiel reflejo de la democracia pluralista, los ‘ciudadanos del mercado’ se convertirán en auténticos ‘ciudadanos de la democracia’. En una ESM prevalece la gestión económica particular, o como dice la Constitución, la iniciativa privada (C, 58), en cuyo marco los intereses y planes de las economías individuales se coordinan de tal manera que todos ellos convergen en el mercado, intercambiando sus bienes y servicios a precios resultantes de la oferta y de la demanda. El modelo debe combinar libre iniciativa y el avance social y con el respeto de los demás, por lo que se expresa que el ejercicio de las libertades económicas no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas (C, 59). Por tal razón, la ESM organiza el sistema económico de tal forma que resulte posible concretar en su conjunto un programa orientado a preservar la libertad y la dignidad del ser humano, sin afligir el resto de sus derechos.

La conceptualización de la ESM únicamente tendrá sentido si se logra englobar en su seno tres elementos: (i) *Mercado libre*, que supone el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, así como rivalizar con los oligopolios y los monopolios; (ii) *Estado subsidiario y solidario*, que importa una ‘cláusula general de mandato’ que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado, o peor aún, contravenga directamente el bienestar social; y, (iii) *Bienestar social*, traducido en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso (STC 0050-2004-AI/TC y otros, 45). Esta trípole constituye el componente esencial de la CE en nuestro país, y por lo tanto guías fundamentales de la ESM: se parte de un mercado con libertad, en el cual sólo terciará el Estado cuando circunstancias insuperables así lo indiquen, siempre con el fin del bienestar general de la sociedad. A veces el TC ha catalogado con excesiva severidad al mercado: “La perspectiva solamente económica del mercado y de la libertad de empresa constituye una negación de la persona humana, porque la única relación que cabe en un Estado Social y Democrático de Derecho, es el de medio a fin, de aquellos con respecto a ésta” (STC 4223-2006-PA/TC, 14). Pero no hay que dejar de lado que dentro del modelo-sistema de la ECS, asumido por nuestra Norma Fundamental, es el Estado el que ha de procurar una evolución económica del país estable y armoniosa, pues es una de sus funciones, promover el bienestar general fundamentado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la población (C, 44). Sólo conjugándose dos conceptos claves, como son el mercado y la función social, la persona humana será realmente el fin supremo de la Economía nacional. Se le exige, por lo tanto, al Estado implementar los mecanismos de mercado, sin intervenir en forma perturbadora en él, a fin de garantizar el objetivo propuesto. Pero allí también se exige a los agentes privados que la búsqueda de una elevada eficiencia económica del mercado se coliga con el crecimiento del bienestar de los protagonistas que actúan en él.

La verdadera validez de una CE se sustentará en cuanto la sociedad en su conjunto se vea favorecida en su desarrollo. No es que a través de los enunciados

económicos de la Constitución se va a crear un prodigio de mejoras en el país, pero debe ser el marco que debe guiar a los órganos del Estado para que, sobre bases establecidas, permitan un desarrollo sostenido. A veces las expectativas que se crean en la Norma Fundamental y en los principios que ella recoge —como puede ser la democracia— terminan en una hiperinflación de expectativas sociales. Mas debemos ser prudentes en tal afirmación. Configurar nuestro Estado como un ESDD, marco de la ESM, garantiza un avance económico y social, donde el ser humano es la verdadera finalidad, motivo y cimiento de la Política y Economía y no un objetivo insulso y lejano, como suele ser presentado. En esta misma línea, para que el Constitucionalismo Económico tenga la eficacia práctica requerida, se han ido formulando principios dentro del sistema jurídico, metas de su actuación, que orientan cualquier resolución de conflictos a través de la judicatura constitucional, y reflejan una actuación actual y real dentro de la triple relación existente entre Estado, ofertantes y demandantes de bienes y servicios.

3. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

Sólo puede tener sentido la Constitución —en especial la CE—, si ésta se encuentra asentada sobre principios que proclaman el protagonismo de la justicia y la prioridad de la persona respecto del Estado, la libertad y la democracia, aunque sin desconocer a estos. En este esquema, la Norma Fundamental marca contenidos en sus reglas, principios y valores, por lo que plasma el conflicto social de intereses describiendo procedimientos para reglarlos. En conclusión, la Constitución no sólo posee normas jurídicas sino también contiene normas netamente políticas, las mismas que se presentan como principios, aparte claro está de los valores o del contenido de los Preámbulos constitucionales. Con ellos, el intérprete debe relacionar la comprensión de un derecho fundamental con los preceptos superiores que rigen el modelo constitucional adoptado, como es el caso para el tema económico de la ESM. La escala axiológica que abraza es el ámbito en el cual se realizan las actividades interpretativas. Tomando en cuenta un marco como el mostrado, es interesante presentar a continuación algunas de las principales manifestaciones que han tenido los principios en el desarrollo jurisprudencial nacional, máxime el desarrollo alcanzado en determinados derechos e instituciones del Derecho Constitucional Económico.

a. Con relación a la actividad empresarial

Como parte del Constitucionalismo Económico, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la Economía y de la tutela de los agentes que participan de la actividad económica. En esta perspectiva es que la empresa privada —y los particulares, también—, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial protección desde el punto de vista de la ESM, aunque también adquiere una notable responsabilidad frente al Estado. En el ESDD, el crecimiento económico no puede ni debe estar reñido con el derecho a

la plenitud de la vida humana. Pero para que ello se dé de manera tangible habrá de brindarse los mecanismos necesarios para que todo el accionar empresarial pueda darse en un contexto de libertad y de respeto de la dignidad, bajo el umbral de principios rectores de su actuación, tal como se pasa a analizar.

i. Principio de libertad en la iniciativa privada

Sobre la base del principio de la dignidad (C, 1, 3), se concibe el de la libre iniciativa privada (C, 58). De hecho, es la institución pilar de la ESM, sobre la cual debe sustentarse la actividad económica en el país. Según su configuración constitucional, a través de sí, se puede emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de la preferencia de los agentes económicos, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. Aunque, claro, no puede entenderse que bajo el umbral de la libertad en la iniciativa privada, los intereses de la comunidad pueden llegar a ser lesionados ni vilipendiados.

Nada más cierto que lo señalado en el párrafo anterior. La defensa de los intereses individualistas, subsumidos en el principio de libre iniciativa privada, no puede desdeñar la promoción del interés comunitario, siempre en pos del bien común. Un derecho sustentado en tal principio no puede ser ajeno al contenido de la Constitución y las normas en ella sustentada ni dejar de respetar los derechos fundamentales (STC 0008-2003-AI/TC, 33: “las restricciones legales adoptadas no enervan esa legítima autonomía, así como tampoco impiden a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado”). Por ello, es lógico que se puedan dictar las respectivas y pertinentes medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas. Pero sí hay una exigencia con relación a su inclusión: los mandatos proveídos deben ser razonables y proporcionados.

La plenitud de un principio como el presentado se puede encontrar en algunos derechos fundamentales, como puede ser el de libre competencia. Dentro de él, se ha concebido el acceso al mercado, pero también la capacidad del agente económico para actuar dentro de él. En esta acepción, se le reconoce la suficiente libertad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la ley de la oferta y la demanda (STC 3315-2004-AA/TC, 16). De lo expuesto, se desprende que la libre iniciativa privada y, concomitantemente, las libertades patrimoniales ejercitadas en el seno del mercado que se desprenden de su formulación, presuponen necesariamente tres elementos constituyentes: (a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica; (b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modo y forma de ejercitar la actividad económica; y, (c) La igualdad de los competidores ante la ley (STC 0008-2003-AI/TC, 33). Quien actúa en un sistema económico como el definido por la Constitución, está en la obligación de conocer que es, *prima facie*, el mercado el que guiará su actuación. El reconocimiento explícito de esta libertad conviene de

un nivel de intervencionismo mínimo, concepto congruente con la subsidiariedad que más adelante explicaré. Por ello, las empresas que funcionen en el país deberán actuar con la mayor independencia y espontaneidad posible y sin tapujos más allá de las estrictamente necesarios para coadyuvar al desarrollo del país y proteger los derechos de los demás.

Pero lo que el TC no ha estado dispuesto a aceptar es que bajo el apotegma de la libre iniciativa privada puedan resguardarse actuaciones contrarias al Derecho. Así se pudo observar en un grupo de demandas planteadas con el fin de permitir la actuación vía amparo de las empresas de casinos y tragamonedas, con la respectiva inaplicación de los dispositivos legales que lo impedían (L-27153, Ley que regula la explotación de los juegos de casinos y tragamonedas; L-27796). Aparte de basarse en que ya había declarado la constitucionalidad de las normas (STC 0009-2001-AI/TC) que buscaban impugnarse a través de un control difuso (en contra, CPCo, TP-VI), el TC razonó que “sobre la presunta afectación del derecho a la iniciativa privada y a la igualdad ante la ley, las disposiciones contenidas en dicha norma no obligan ni impiden que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar; lo único que hace es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que en ejercicio de su libre iniciativa privada desean intervenir en esta actividad” (STC 4644-2006-PA/TC, 7; STC 1964-2006-PA/TC, 5; STC 4336-2005-PA/TC, 7, entre otros).

ii. Principio de igualdad en su actuación

Un segundo gran principio de la actividad privada se encuentra en la igualdad. El orden constitucional económico debe ser interpretado también a la luz de un principio genérico (C, 2.2), pero que fluye con naturalidad en un ejercicio mínimo de análisis del contenido de una ESM. Sólo con igualdad, las empresas o los particulares podrán actuar correctamente dentro de la Economía de un país, toda vez que el juicio de igualdad es aplicable también al ámbito económico, máxime si, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (C, 59), reflejando así también una faz positiva, aparte de la clásica negativa. La igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica y homóloga condición, en un plano de equivalencia. Involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Reflejada a veces en la sucinta expresión de ‘tratar igual a los que son iguales y distinto a los que son distintos’, implica darle una validez no sólo formal, sino también material, dotándole de sustancia real y concreta (STC 0001-2003-AI/TC y 0003-2002-AI/TC). Es en este marco donde debe desarrollarse adecuadamente una empresa o un particular dentro del flujo económico.

Ahora bien, que exista igualdad ante la ley —además, en la ley y en la aplicación de la ley— no impide la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se

acredite: la existencia de distintas situaciones de hecho —y la relevancia de la diferenciación—; la acreditación de una finalidad específica; la existencia de razonabilidad —admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales—; la existencia de proporcionalidad —la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad—; y, la existencia de racionalidad —coherencia entre los supuestos de hecho el medio empleado y la finalidad que se persigue (STC 0018-2003-AI/TC, 2; sobre el *test* de igualdad, STC 0045-2004-AI/TC y STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC). El trato igualitario que su contenido involucra evita cualquier diferenciación arbitraria, injustificable y sin argumentación, a través de cualquier acción legislativa, ejecutiva o jurisdiccional.

Ante el TC, se presentó un caso en el que se objetaba la validez de una norma infraconstitucional por afectar el principio de igualdad económica. Se presentó una demanda señalándose que se había introducido un tratamiento discriminatorio e irrazonable que perjudicaba a los proveedores de bienes y servicios que no se elaboran en el Perú, toda vez que en los procesos de adquisición de bienes y servicios, y para efectos del otorgamiento de la buena pro, se otorgaba un 20% adicional a la sumatoria de la calificación técnica obtenida por las posturas de bienes y servicios elaborados dentro del territorio nacional (L-27633, 2, 3 y 4). Tomando en cuenta la situación económica del país y de las empresas nacionales, luego de la debacle económica sufrida durante el decenio fujimorista y que conllevó a la anulación del desarrollo productivo nacional, el TC razonó que con la ley emitida se estaba buscando revertir tal situación, más aún si “tal determinación se sustenta en que el Estado percibe que la realidad económica y social informa objetivamente la existencia de una canija industria nacional, un deficiente desarrollo humano y un altísimo nivel de desempleo” (STC 0018-2003-AI/TC). La relectura del principio de igualdad a la luz de la realidad nacional es sin duda interesante, pero hubo algunas preguntas que aun quedaron sin responder, como cuál es el plazo de temporalidad aceptada, qué criterios fueron utilizados para determinar las circunstancias perjudiciales para la industria nacional que ocurrieron durante los noventa o cómo se lograba la reactivación de las empresas domiciliadas en el país a través de la medida impuesta.

Un caso más interesante aún llegó recientemente al Tribunal. Lo preocupante fue la respuesta de la judicatura ante el problema constitucional planteado, pues aparte de ser una sentencia muy mal estructurada —ino contaba con un fallo colegiado ni un mandato específico!—, lo resuelto en el fondo a través de los fundamentos de voto en mayoría es, por decir lo menos, cuestionable. Una empresa de transportes terrestre solicitó incumplir con los fraccionamientos arancelarios concedidos por la Sunat por la importación de veinticuatro vehículos de ómnibus nuevos (sobre la base del DS 105-2000-EF), realizados en el 2003 y que debía continuar por varios años más, toda vez que existía desde el año 2005 un nuevo régimen legal aduanero de importación de aeronaves (L-28583) y de naves marítimas (L-28525) que implica la suspensión de pago de totalidad de derechos arancelarios por el plazo de cinco años para estos tipos específicos de transporte. Estas normas habrían dejado en situación de desventaja a empresas como la accionante —transporte terrestre de pasajeros por

carretera de ómnibus— por no aplicarse a ésta una exoneración tributaria que sí beneficia a aquellas. El análisis utilizado por el TC se basó en un juicio de igualdad sobre la medida impuesta, que fue tan deficientemente efectuado que llegó a ser contrario al texto de la propia Norma Fundamental. Usando como *tertium comparationis*, las exoneraciones en los otros dos tipos de transportes —aéreo y marítimo—, el TC consideró que los incentivos tributarios debía entenderse a favor del transporte en general —y específicamente del transporte terrestre —, opción que estaría permitiendo no sólo fortalecer y mejorar el servicio sino beneficiar directamente a su destinatario final que no es otro que el usuario, tanto más cuando este se sirve masivamente del mismo (STC 2210-2007-PA/TC-FV3, 20). Se declaró fundada la demanda, sin mayor explicación o discernimiento objetivo, con la subsiguiente exoneración arancelaria a favor de la empresa demandante, pues se habría confirmado la exclusión arbitraria de la que han sido objeto las empresas de transporte terrestre. Gravísimo error el cometido por el Tribunal. Según la Constitución, “los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades” (C, 74). No por sentencia. ¿Acaso eso no lo sabía el TC? ¿Es válido el término de comparación utilizado? ¿Realmente se asimilan la situación de las distintas prestaciones de transporte si sus objetivos o períodos de desempeño que emplean son distintos entre sí (*vid.* STC 2210-2007-PA/TC-VS, 25)? Es de esperar sinceramente que ésta no sea una línea jurisprudencial a ser seguida, sino que de ahora en adelante los tributos empiecen a ser exonerados por los órganos que correspondan y bajo los tipos de normas establecidas. Este lunar pernicioso de la jurisprudencia debe ser extirpado rápidamente.

No tan exacto al anterior es el razonamiento del TC en un caso de características similares, pero cuyo mandato final fue distinto. Una empresa planteó un amparo solicitando la inaplicación de una norma que señalaba que ciertos beneficios tributarios no eran aplicables a aquellas actividades avícolas donde se utilice maíz amarillo duro importado. También se invocó la violación del principio-derecho de igualdad. Cuando resuelve, tras validar la idoneidad del uso de un proceso de control concreto para evaluar la constitucionalidad de la concesión de beneficios tributarios, para finalmente también decantarse por aseverar la existencia de discriminación existente en la norma: se detectó “el error de legislador al dejar de lado posibles supuestos normativos como el caso de la empresa hoy demandante, situación que en un primer momento fue prevista y evitada temporalmente” (STC 5970-2006-PA/TC, 21). Y si bien sentencias de este tipo están en el límite de lo permitido, pues en sí mismo no se está creando una exoneración, lo cuestionable a su emisión es la contingencia que su fundamentación sea utilizada posteriormente en casos como el expuesto *supra*, sin ningún tipo de razonabilidad ni racionalidad.

iii. Principio de trato semejante en la inversión

Muy relacionado con el principio anterior, se presenta un principio según el cual la inversión extranjera y la nacional deben estar sujetas a condiciones similares, por no decir iguales (C, 63). Una norma como la presentada es sugestiva y marca

un hito en el tratamiento y el respeto para los capitales de inversión provenientes de un país distinto al nuestro [sobre la inversión extranjera, *vid.* estudio de BEAUMONT CALLIRGOS también en este volumen]. La promoción en la colocación de caudales en una Economía floreciente es más que interesante y debe ser atrayente sobre todo en momentos en que la APEC está siendo realizada en tierras incas.

El contenido de este principio se puede encontrar desarrollado por el TC a través de una sentencia que importa un análisis de la inversión dentro de los medios de comunicación social televisivos y radiales. Los demandantes afirmaban que el párrafo que señalaba que “La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen” (L-28278, Ley de Radio y Televisión, 24-2p) vulneraba claramente este principio, pudiéndose tildar de irrazonable y desproporcionado. Más allá de confirmar la concepción de estos medios como instituciones constitucionales, el interés del juez constitucional de control abstracto estuvo fino en verificar si los límites impuestos por dicha norma a los capitales extranjeros realmente contribuían a un correcto ejercicio de sus derechos y libertades. Tras la realización de un juicio de igualdad, el TC declaró la inconstitucionalidad del dispositivo impugnado (STC 0013-2007-PI/TC, 25, ss.), en una clara muestra de reforzamiento de la idea que en el mundo actual no importa cuál es la nacionalidad de los capitales, sino más bien cómo ellos pueden influir en el adecuado desenvolvimiento de las empresas que los acogen.

Quizás el punto más cuestionable de esta sentencia se encuentra en cómo fue reconocido el valor de la reciprocidad en el tratamiento igualitario de la inversión. Redefiniendo el mandato constitucional, según el cual si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, para defenderse, adoptar medidas análogas (C, 63), el TC juzga que para tutelar sus intereses como país soberano, el país debe demandar reciprocidad económica de los países exportadores de capital. Es decir, a través de una interpretación de este tipo —más cercana a mutación—, de la reciprocidad pasiva se pasa a una activa, elucidación que ha llegado a ser discutida en vista que de esta forma se dificulta en cierta forma el movimiento de capitales, en un sentido de integración económica aunque siendo sincero considero que para que exista realmente este libre desplazamiento es necesario que todos los Estados tengan la misma disposición de apertura y así no hacer una relación asimétrica de intercambio de capitales. Por ende, cuando una empresa o persona venga a invertir al Perú también en su país de origen debería estar permitida la libre inversión en el área económica correspondiente.

iv. Principio de responsabilidad social de la empresa

Dentro de la ESM, la participación de los grupos económicos debe ser realizada en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan

las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En este contexto, fluye el principio de la responsabilidad social de la empresa, concepto que surge de la existencia de un ‘Estado social de mercado’, e íntimamente relacionado con la solidaridad que debe emerger en el ejercicio responsable empresarial. Al entrar en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos y el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para la vida humana, no hay otra opción que preferirse la segunda.

La guía que resulta ser la ESM en el ámbito constitucional obliga que las empresas deban estar, en su actuación, acorde con lo que la población espera de ellas. Aquí nuevamente el mencionado concepto de lo ‘social’ adquiere una importancia inusitada. Los derechos de contenido económico han de ser comprendidos a la luz de las cláusulas del ESDD, pues lo contrario significaría que otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse, promovándose un nuevo paradigma, cuyo enunciado es: ‘tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario’ (STC 0048-2004-AI/TC, 16). Entendido como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad privada, como cláusula que optimice el principio de solidaridad —dispositivos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos— y como fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, la responsabilidad social de la empresa importa que su accionar esté en correlación directa con objetivos establecidos en la propia Constitución.

Fue cuestionada en su constitucionalidad la legislación que introducía al ordenamiento nacional la franja electoral, figura a través de la cual antes de las elecciones generales, se permitía a los partidos políticos acceso gratuito a los medios de comunicación social, de propiedad pública o privada, con la correspondiente compensación en el pago del canon (L-28904, Ley de Partidos Políticos, 37). Se argumentaba la afectación de la libertad de las empresas en la configuración de su programación. Al respecto, y reconociendo que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales (C, 66), el TC consideró que la explotación *in totum* de dichos recursos no puede, en ningún supuesto, ser separada del interés nacional y del bien común, por constituir una universalidad patrimonial reconocida para todas las generaciones, razón que motiva que los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la nación en su conjunto, por lo que queda proscrita su explotación con fines exclusivamente individualistas o privatísticos (STC 0003-2006-PI/TC, 5). Por su parte, el rol constitucional asignado a los medios de comunicación social (C, 14: “los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”), además de su configuración como ‘piedra angular de la democracia’, convencieron al Tribunal para desechar la pretensión tomando en cuenta que la obligación social de estos medios, en cuanto reflejo del principio de la responsabilidad social de la empresa, importa asumir cargas en pos del beneficio de la sociedad, por lo que mal se haría en analizar la franja electoral como producto o servicio mercantil.

b. Con relación al rol estatal

Pero el mercado no es el único que actúa en la Economía. El Estado solamente está autorizado para intervenir cuando el mercado funciona de manera imperfecta o si resulta necesario contrarrestar efectos externos provenientes de la producción o del consumo, como lo ha hecho cuando compra dólares, a través del Banco Central de Reservas, cuando existe una baja del valor del nuevo sol en el mercado cambiario, pues uno de los fines principales de dicho órgano constitucional es preservar la estabilidad monetaria (C, 84). El Estado también está facultado para equilibrar la Economía, corrigiendo la distribución de los ingresos resultantes de las actividades económicas, a fin de respetar la reputada justicia social subyacente, como forma de la imposición de su *ius imperium* y también a través de su actuación administrativa [sobre los administrados, *vid.* estudio de LANDA ARROYO también en este volumen]. Provee de bienes y servicios públicos indispensables para los ciudadanos, actuando en los campos en que la iniciativa privada es insuficiente o, a lo sumo, para complementarla, cuando ésta es limitada. En definitiva, el Estado tiene un papel primordial que cumplir en la ESM, regulando y estableciendo controles para regular cuando corresponde (C, 59). Aunque su actuación bajo el signo de subsidiariedad no puede ni debe significar inacción. Interviene. De eso no hay duda. Pero lo hace básicamente cuando es estrictamente necesario. Y no más. No está facultado para interferir arbitraria e injustificadamente en ella (STC 2210-2007-PA/TC-FV2, 2). La supuesta discrecionalidad que pudiera arrogarse ha sido limitada tanto por la propia Constitución que delimita el ámbito en que puede darse tal actuación, como por la jurisprudencia constitucional que se ha ido emitiendo. En tal línea, se han planteado ciertos principios que guían la intervención estatal como parte de la CE.

i. Principio de subsidiariedad

La subsidiariedad del Estado, al igual que la solidaridad, es consecuencia ineludible de la libertad y dignidad del ser humano. Al aparecer como un principio rector que justifica la injerencia del Estado en el plano económico, su vigencia veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa; en consecuencia, la intervención estatal en la Economía debe restringirse exclusivamente a aquellos campos en los que la iniciativa privada sea insuficiente o, a lo sumo, para complementar ésta. Constituye un límite al poder estatal y la concreción del respeto de las libertades económicas. Implica “de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado” (STC 7320-2005-PA/TC, 8), presentándose esta subsidiariedad en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios (STC 0018-2003-AI/TC, 2). Sobre esta base, en la actualidad en nuestro país funciona el

Fonafe, que es la encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado (L-27170, Ley del Fonafe).

En el plano económico, la subsidiariedad estatal es la conocida como la horizontal, referida a la relación clásica entre sociedad y Estado, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado o como bien lo ha dicho el TC, ‘entre libertad y autoridad’ (STC 0008-2003-AI/TC, 20); no es una vertical, expuesta entre el gobierno central y los gobiernos regionales y locales o también presente en la teoría de las fuentes del derecho objetivo. Bajo este esquema, no es que con la subsidiariedad se está promoviendo una minimización de la presencia del Estado en la Economía y la vida social; por el contrario, lo que persigue es reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo: el Estado se ve refortalecido pues su solidez se fundará no sobre el alcance o extensión de sus actividades, sino en su eficiencia en el cumplimiento de los cometidos que le son esenciales. El Estado subsidiario es, en esencia, el Estado de Justicia.

La subsidiariedad, en definitiva, es una consecuencia obligada de las finalidades que el Estado persigue y presupuesto indispensable para permitir el adecuado ejercicio de las garantías individuales. El Estado no puede acaparar y absorber para sí todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de la sociedad. La intervención estatal debe restringirse a aquellos campos en los que la iniciativa privada sea insuficiente o, a lo sumo, para complementar ésta. Esta intervención excepcional en la vida económica de los particulares posibilita garantizar bienes constitucionales en riesgo por las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción en tanto actividad y/o protección de los grupos menos favorecidos (STC 0034-2004-AI/TC, 33). En tal sentido, cuando las actividades económicas estatales concurren con la de los particulares, el respeto al principio de libre competencia siempre obligará al Estado a competir en igualdad de condiciones respecto de los particulares, pues de lo contrario la subsidiariedad se vería anulada.

Cuando uno analiza el modelo previsional seguido por el país, se puede dar cuenta que en realidad coexisten el SPPrP y el SPuP —el mixto no se ha implementado— (C, 11). A partir del pedido de un grupo de personas para desafiliarse, es decir para pasar del privado al público, el TC resolvió a través de un proceso de amparo, que era admisible el retorno en tres supuestos específicos, como eran la titularidad no ejercida, la asimetría informativa y las labores riesgosas. Dentro del examen realizado se buscó aclarar la relación existente entre el Estado y las AFP, considerando que aquél, en tanto garante de los derechos fundamentales de la persona (C, 44; STC 0858-2003-AA/TC), asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del libre acceso a la prestación pensionaria, y una de las fórmulas es la de la supervisión de la actuación del SPPrP, además de la actuación directa. A colación de ello, se deja sentado que “la gestión a cargo del Estado de la prestación pensionaria no está sujeta al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, en el sentido del segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución. En efecto, con independencia de que la prestación de la pensión —por su *telos* o finalidad— no

constituya una actividad empresarial, es claro que, de una interpretación sistemática de la Norma Fundamental, además se desprende que el margen de discrecionalidad legislativa no autoriza a que se pueda prever un régimen legal según el cual el Estado quede completamente desvinculado de su prestación directa, y ello es válido” (STC 1776-2004-AA/TC, 20.b). A partir de un examen de este tipo, queda claro que el principio de subsidiariedad no siempre implica una actuación conjunta de las entidades públicas y privadas en un mismo sector de la Economía, sino que operaría sólo en caso de deficiencia o ausencia de las segundas.

ii. Principio de promoción y orientación de la actividad privada

Pero el Estado no sólo está obligado a actuar de manera subsidiaria, también le compete, dentro de un ámbito organizador y dinámico, orientar el desarrollo del país. Según el propio mandato constitucional, debe actuar primordialmente en áreas tan diversas como son la promoción de empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos y la infraestructura (C, 58). Cuando la iniciativa privada requiere de un impulso por parte de los entes públicos, estos están en la capacidad de promover toda acción tendente a conseguir el desarrollo ansiado. Por tal razón, la política legislativa en materia económica y social habrá de incluir aquellas medidas que permitan la realización de actividades de producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios. Así, dentro de una ESM, al Estado le corresponde intervenir mediante la generación de políticas que velen por el bienestar de la población cuando ello sea necesario, pero al mismo tiempo los agentes económicos deben asumir también cierto nivel de compromiso de colaboración y manifestación de voluntad para que la población incremente sus estándares de vida en diversos aspectos (STC 0027-2006-PI/TC, 56). En esta línea, no basta con forjar actividades económicas, sino que incumbe facilitar una plataforma mínima para que su realización sea decente, como puede presentarse con el plano educativo cuando se propugnan acciones a ser promovidas (STC 4232-2004-AA/TC, 14).

Dentro de este extremo, el principio de orientación, fórmula que materializa el modelo social de nuestra CE (STC 7339-2006-PA/TC, 16), presenta diversas características: (i) Cuando el Estado formule indicaciones, éstas siempre deben guardar directa relación con la búsqueda del desarrollo del país; (ii) los agentes económicos, como parte de su libre iniciativa privada, tienen libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, (iii) el Estado estimula y promueve la actuación de dichos agentes económicos (STC 0008-2003-AI/TC, 39). Estos vasos comunicantes entre la actividad privada y pública permiten que determinados ámbitos de la Economía del país pueden ser desplegados en su mayor magnitud siempre en interés directo del respeto y la promoción de los derechos fundamentales de las personas.

En el año 2000, se emitió una norma que privilegiaba un trato alentador a un área específica de la Economía (L-27360, Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario). Dentro de ella, el régimen laboral aplicado se flexibilizaba, ma-

nifestando que la duración de los contratos dependía de la actividad por desarrollar, pudiendo establecerse jornadas de trabajo acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores, siempre que el número de horas trabajadas durante el plazo del contrato no excediera en promedio los límites máximos previstos en la misma ley. Se cuestionó la norma en su constitucionalidad alegando que vulneraba la igualdad de trato, desconociéndose que en la relación laboral, los trabajadores constituyen la parte más débil. El TC, al conjugar el principio materia de análisis con la normatividad internacional (CDESC, OG 3) consideró que el tratamiento diferenciado desplegado legislativamente estaba justificado por la naturaleza del trabajo realizado en el sector agrario. Así, tomándose en cuenta las especiales características del sector agrario y del mercado de trabajo que a él competen, quedaron “evidenciadas las especiales circunstancias que ameritarían un tratamiento diferenciado para los trabajadores inmersos en el mercado laboral del sector agrario; política legislativa que se ha seguido no sólo en el Perú, sino además en otros países de la región” (STC 0027-2006-PI/TC, 69). Más allá que el TC convalidó la constitucionalidad de la norma a través de la utilización de un juicio de igualdad, considero que la fundamentación esgrimida no es del todo sólida, al remitirse con simpleza a la singularidad de la actividad que se realiza en el mundo rural. La promoción en esta área de la Economía, tal como lo señala la propia Norma Fundamental, es necesaria, tal como lo demuestra la carencia y/o insuficiencia de activos públicos complementarios y mal funcionamiento de mercados de insumos, servicios y productos agrícolas para la rentabilidad agropecuaria; las condiciones de pobreza en que viven los productores agrarios; la débil y centralizada capacidad de gestión del sector público y organizaciones de productores poco desarrolladas —incluidos los problemas de titulación—; o, el uso y manejo inadecuado de los recursos naturales y medio ambiente que pone en peligro su sostenibilidad. Pero la pregunta que subyace a este razonamiento y que parece no haber sido respondida del todo bien por el Tribunal es sobre la relación intrínseca existente entre la medida impuesta y el fin constitucional que busca conseguirse con ella. ¿Se está promoviendo en realidad un empleo digno en el campo agrícola? He ahí una de las principales falencias de tal sentencia. Pero lo que es claro es que siempre existe un interés estatal de promoción y orientación. Es más, ya antes se había señalado con relación al derecho al desarrollo agrario y su apoyo por parte del Estado de manera preferente (C, 88), que, entre otras cosas, éste debería prestar asistencia técnica y crediticia y establecer los planes y políticas en materia agraria, tanto en el ámbito nacional como regional y local (STC 4670-2005-PA/TC, 9).

iii. Principio de garantía de actuación

Pero no solamente se requiere una orientación de las actividades económicas necesarias para el desarrollo real del país, sino también, en algunos casos, es imprescindible una intervención vigilante y controladora por parte del Estado. Las políticas públicas que se realicen como expresión de obligaciones concretas para garantizar los derechos de las personas importa que tanto el Estado como la comunidad, a través de un deber de solidaridad, por lo que el individuo, lejos de una visión paternalista

de aquél, debe intentar conseguir aquellos bienes que le permitan el goce efectivo de sus derechos económicos (STC 2016-2004-AA/TC, 16, 22, 24). Pero no lo puede hacer de cualquier manera. Es ahí donde justamente el Estado debe estar atento a que dichas actividades sean coherentes con el fin específico del CE: la tutela de la dignidad humana, tomando en cuenta las desventajas existente entre proveedores de bienes y servicios y consumidores y usuarios, sobre todo en lo relativo a la asimetría informativa.

A entender del TC, aparte del rol de subsidiariedad que el Estado debe cumplir dentro de la Economía nacional, también se le reserva una función supervisora y correctiva, lo cual está de la mano con el pleno respeto del pluralismo económico (C, 60). El mandato constitucional también es claro cuando proscribe y combate toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas (C, 61). Tal reconocimiento es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado, pues debe mantener su función garantizadora y heterocompositiva (STC 0008-2003-AI/TC, 35). Garantías que surgidas del nuevo modelo de intervención estatal, han de permitir que el mercado no se vea distorsionado por la mala *praxis* de los agentes económicos privados.

En este punto, quizás resulta atrayente analizar cómo el TC ha pretendido fiscalizar la importación de cierto tipo de bienes, tomando en cuenta los valores constitucionales y derechos fundamentales en juego. En primer término, hubo una sentencia que fue complementada por una posterior; luego, se ha evacuado una tercera que rompe en cierta forma con el criterio antes adoptado. (i) A través de una inconstitucionalidad se cuestionó la suspensión de importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor de tres mil kilos, y de motores, partes, piezas y repuestos usados para uso automotor (DU 140-2001, 1). Más allá de los errores formales del Ejecutivo para emitir el decreto de urgencia objetado, el TC consideró que “optar por una fórmula tan inmedatista y restrictiva como suspender la importación de vehículos usados, así como la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados, representa, a juicio de este Colegiado, un proceder injustificado que no se compadece con el *test* de proporcionalidad que supuestamente debe cumplir la norma cuestionada en función de los fines que persigue” (STC 0017-2004-AI/TC, 8). (ii) De otro lado, a través de un amparo, se solicitaba la inaplicación de una nueva norma que prohibía la importación de motores, repuestos, partes y piezas usadas para vehículos automotores (DS 017-2005-MTC), por desconocer la sentencia antes citada. Al responder este cuestionamiento, el TC mantiene su línea jurisprudencial, declarando la incompatibilidad constitucional de la norma sujeta a control (STC 1576-2007-PA/TC). (iii) Frente a tales decisiones, recientemente se ha variado la posición cuando ha analizado la importación de vehículos automotores para el transporte de carga de las categorías N1, N2 y N3, y de pasajeros de las categorías M1, M2 y M3, con motores Diesel, sin límite de antigüedad. En

la búsqueda concreta de la protección de la vida y del medio ambiente equilibrado, ahora considera el TC adecuada y razonable la restricción impuesta pues “ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa para la sociedad la circulación de esta clase de vehículos usados con el timón cambiado y el aumento en los niveles de contaminación que supondría su ingreso, es evidente que la regulación estatal cuenta con un mayor campo de actuación, en la medida que otros valores constitucionales superiores como el derecho a la vida misma se encuentra en juego” (STC 3610-2008-PA/TC, 45). Interesante la evolución en la materia por parte de la judicatura constitucional. En general, y pese a lo contradictorio de sus fallos, el Tribunal siempre ha considerado que el rol del Estado frente a una problemática como la latente con el transporte urbano requiere actuación enérgica, tal como ha sido expresado en otras sentencias: “La situación caótica de este tipo de transporte amerita una intervención más directa a través del Estado, pues está en juego el derecho de los pasajeros, usualmente de clases medias y bajas... El transporte terrestre de pasajeros es un servicio público de carácter masivo en el cual existe un claro interés social en su funcionalidad” (STC 2210-2007-PA/TC-VS 2, 6), y cuando ha evitado que se otorguen indiscriminadamente licencias de funcionamiento a las camionetas rurales que brindan servicio de transporte público por una municipalidad que está autorizada para hacerlo (como muestra, STC 0054-2004-AI/TC).

Como parte del mentado control, también se encuentra Conasev para analizar las cuestiones relativas a mercado de valores. Justamente un caso se refiere a una controversia relativa a su accionar, pues había solicitado Información Financiera Consolidada Auditada Anual y Estados Financieros Intermedios Consolidados trimestrales, (Oficio 2294-2001-EF/94.11, Oficio 4858-2001-EF/94.11 y Resolución del Tribunal Administrativo de Conasev 020-2002-EF/94.12) a una empresa que, sin participar en bolsa, era accionista mayoritaria de otra empresa que sí cotizaba acciones de inversión, según el Registro Público del Mercado de Valores. La empresa cuya auditoría se solicitaba recurrió a la justicia constitucional a fin de que se eviten estas acciones perjudiciales a su actividad comercial. Luego de reforzar el concepto de privacidad económica y darle un contenido constitucional, el TC declaró infundada la demanda en vista que la accionante “no ha cuestionado el ser titular de más del 90% de las acciones comunes con derecho a voto de Inca Tops S.A., por lo que tomamos este hecho por cierto, pudiéndose válidamente concluir que la demandante es matriz de Inca Tops S.A. Es decir, es necesario conocer información relevante de Carabaya I&F S.A. para que el público se vea favorecido y el mercado bursátil pueda actuar correctamente” (STC 0072-2004-AA/TC-FV2, 11). El énfasis en la transparencia en el mercado parece ser rescatable de una sentencia como ésta, más aún si la solicitud realizada fue considerada como razonable.

iv. Principio de intervención reguladora

Al Estado le corresponde no sólo supervisar el correcto desenvolvimiento de la Economía, sino que habrá de intervenir en aquellas circunstancias en que los encar-

gados de servir al público parecen haberse olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario (C, 65) es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado, y es así como surge la función reguladora que debe cumplir. 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 consideradas como conductas a ser asumidas por los organismos reguladores, ya sea mediante acciones *ex ante* —regulaciones previas—, como *ex post* —sanciones disuasivas para el infractor como para los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano— (STC 0008-2003-AI/TC, 44; en la misma línea, STC 1963-2006-PA/TC, 8). No se puede negar que los organismos reguladores deben hacer del usuario y de los consumidores un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar económico.

Sin embargo, muchas veces la población cree y siente que los órganos reguladores no están defendiendo apropiadamente sus derechos. El mismo TC precisa que son ampliamente conocidas las distintas denuncias existentes respecto a los continuos abusos cuyas víctimas son los usuarios de servicios públicos otorgados en concesión a diversas entidades privadas. Por eso, en un caso, exhortó al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, a efectos de que asuman las medidas necesarias para que un ente regulador asuma un efectivo control de las actividades que puedan ser atentatorias de la libre competencia en el mercado y que repercutan negativamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios, además de hacer extensivo tal pedido a organismos como Osinerg, Ositrán, Osiptel y Sunass (STC 0005-2003-AI/TC, 41). En tal sentido, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que estas entidades funcionen y actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico. También es destacable en este punto, pese a que su actuación es *ex post*, la participación de un organismo como el Indecopi, entendido antes que como un regulador, como una ‘agencia de competencia’.

Pero lo real de todo esto es que en el sistema económico nacional, como parte de la actividad estatal, se ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado (L-27332). A dichos organismos compete la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, como parte de sus correspondientes ámbitos sectoriales, y la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, si los oferentes de servicios contravienen las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebrantan las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución

de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete” (STC 0008-2003-AI/TC, 41). Así, el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión. Y es a través de ellos como el Estado cumple su función reguladora en el país. De otro lado, este principio impulsa a conseguir un correcto desenvolvimiento del mercado, lo cual también implica la aplicación de las sanciones a las empresas que ofrecen servicios al público deficientemente (STC 2210-2007-PA/TC-VS 2, 5), tal como se puede ver en un caso que llegara al TC.

Una persona cuestionó a través de un proceso de libertad una resolución emitida por Osinerg —hoy, Osinergmin— que confirmaba una anterior que había declarado infundada la reconsideración de una multa de 170,000 kWh, equivalente a setenta y nueve mil setecientos trece nuevos soles, por un supuesto incumplimiento de lo dispuesto en la Norma Técnica de Calidad de Servicios Eléctricos. Al respecto, el ente constitucional no amparó la pretensión en vista que la legislación admitía que dicho organismo regulador imponga las sanciones que incumban a su materia (L-26734) y entre ellas aquellas relacionadas con la normatividad de electricidad (Ley de Concesiones Eléctrica, 31). Es decir, las actividades de las empresas y personas regladas por este tipo de organismos están constreñidas a someterse a la intervención reguladora por parte del Estado por lo que “este Colegiado considera que la conducta infractora atribuida al recurrente sí se encontraba tipificada desde la Ley de Concesiones Eléctricas, igual como estaba establecida en ella la correspondiente sanción” (STC 5262-2006-PA/TC, 4). De esta forma, el Tribunal termina convalidando la actuación de organismos como el cuestionado, aunque también es cierto que la jurisprudencia en esta materia es muy limitada y no ha existido el desarrollo que podría haberse esperado o admitido.

También llegó al TC un caso en que una empresa solicitó dejar sin efecto una resolución administrativa (Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI) que había declarado fundada la denuncia por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas por parte de Distribuidora Norte Pacasmayo. Luego de analizar la actuación de este organismo, el Tribunal consideró que Indecopi no se había arrogado facultades distintas a las conferidas; cuando declaró la invalidez de contratos lo hizo como parte de un pronunciamiento por el cese de las conductas que, de acuerdo con su evaluación, demostraban un uso abusivo de la posición de dominio de la empresa en el mercado de cemento en el norte del país (STC 1963-2006-PA/TC, 24). De esta forma, la sentencia buscó consolidar la actividad de una institución que goza de cierto prestigio en el país, lo cual importa el afianzamiento de la lucha contra prácticas que distorsionan el mercado. Es importante señalar que el desarrollo de este tema está en íntima relación con el derecho a la libre competencia, también reconocido constitucionalmente y que será revisado *infra*.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS

Básicamente aquí se presentan los derechos involucrados dentro de la CE, y que forman parte de los denominados ‘derechos económicos’, y que —al lado de los sociales y culturales— deben ser entendidos como plenos derechos fundamentales. Así reconocidos, son facultades y atribuciones de la persona reconocidas por el Estado y no otorgados por éste, pero cuyo reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles, por lo que a veces la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social (STC 1417-2005-PA/TC, 14). Los derechos económicos así reconocidos y gracias a la cláusula de apertura de los derechos fundamentales (C, 3) siempre tendrán como norte, como reflejo de lo que es la ESM, el respeto y la tutela de la dignidad del ser humano.

a. A favor de ofertantes de bienes y servicios

Esta ámbito de la CE es quizás la que revista mayor preocupación por parte de quienes invierten o deseen invertir en el país. Es bien sabido que el respeto al contenido de las libertades económicas constituye un límite al poder estatal, aunque también es válido afirmar que así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio en la actuación de los individuos del mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, mantenga sus funciones en el ámbito económico (STC 0034-2004-AI/TC, 24). Dentro de la lista de derechos y libertades presentadas, se nota como esencial que el Estado esté sustentado en el pluralismo económico (C, 60), en el cual debe existir libertad de competencia y libertad de contratación (C, 61) así como la libertad de trabajo (C, 70, ss.), aunque no se ha aceptado el referido a la banca y a la garantía del ahorro (STC 0905-2001-AA/TC, 2).

i. Derecho a la propiedad

Tal como está establecida en la Norma Fundamental (C, 2.8, 2.16, 70, ss.), es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. La persona propietaria “podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno (STC 0008-2003-AI/TC, 26.a). Recogiendo los postulados constitucionales, se puede afirmar que este derecho es inviolable y que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley (C, 70).

También se ha admitido en sede constitucional la doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, más allá de ser un derecho fundamental. Tal configuración sirve para el pleno desarrollo de los derechos de los ofertantes de bienes y servicios en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, lo cual es imprescindible poder contraponer su titularidad frente a terceros y gene-

rar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales (STC 0016-2002-AI/TC, 5). Por ello se ha podido afirmar que es ineludible que el Estado pueda crear las garantías que permitan ‘institucionalizar’ el derecho.

Ahora bien, y como ya se ha señalado, la teoría de los límites de los derechos no puede ser ajena a la propiedad. En consecuencia, no es un derecho de naturaleza absoluta, ya que puede ser objeto de limitaciones, siempre que no se desvirtúe su contenido esencial o se lo desnaturalice (STC 5131-2005-PA/TC, 4), por lo que su ejercicio se debe armonizar con: (i) el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos; (ii) el ejercicio de las restantes libertades individuales; y, (iii) con el orden público y el bien común (STC 0008-2003-AI/TC, 26.a). Y he aquí donde surge el principal carácter del derecho a la propiedad: más allá de su carácter individual —óptica de los intereses particulares—, también ha de cumplir una función social (STC 0048-2004-AI/TC, 80). Así, en el caso de 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 la imposición de tareas al propietario, como pudo observarse en el caso de las regalías mineras.

El año pasado una empresa inmobiliaria presentaba una demanda de amparo para que se ordene a la accionada, representante de los propietarios de los predios de la urbanización Cusipata, para que suspenda el impedimento de tránsito a través de una avenida que atravesaba tal zona del distrito de Chaclacayo, por estar afectándose así su derecho a la propiedad, entre otros. Al ser la recurrente propietaria de un inmueble, el uso y disfrute de éste se ha visto menoscabado pues en la única vía de acceso a la misma se había instalado una tranquera y el personal encargado de su vigilancia impedía la entrada. El empleo de barandas para ingresar a ciertas calles de Lima está autorizada vía normatividad municipal cuando media una necesidad de medidas de seguridad. El TC siempre ha resuelto casos similares a través de la tutela de la libertad de tránsito. Sin embargo, considerando que las empresas no son titulares de este derecho, el máximo órgano de interpretación constitucional analizó el caso a la luz del derecho a la propiedad, considerando que si bien el impedimento de ingreso debe entenderse en contra de los representantes de la empresa y en general a todo miembro de la misma, y no de la persona jurídica en sí, tal obstáculo “representa una intromisión o afectación de los atributos de uso y de disposición de la propiedad de dicha empresa”, toda vez que es necesario el desplazamiento de determinadas personas hacia su propiedad (STC 1881-2008-PA/TC, 9). Es agradable que al TC le interese definir las atribuciones que fluyen del ejercicio del derecho a la propiedad, pero creo que no es muy conveniente que cambie su argumentación en vista del tipo de persona afectada por un caso concreto —natural o jurídica—, máxime si no sustenta conveniente ni razonablemente cómo se ha producido la infracción establecida. Es razonable que cuando se afecte un derecho fundamental, otros también se vean infringidos en vista de la integralidad de los mismos, pero mal hace el Tribunal cuando establece que no existiendo vulneración del derecho principal —libertad de empre-

sa— considere que sí lo ay con relación al accesorio —propiedad—. Es como si una persona se encuentre detenida sin mediar causa habilitante y se plantee una demanda frente a la cual el juez declara que la libertad individual no se ha visto quebrantada pero se declara fundada en virtud de la violación del derecho al trabajo. Claro que el detenido no puede trabajar libremente o fuera del establecimiento penitenciario, pero ello es así justamente porque está detenido.

En otro caso se analizó el tema de los atributos de la propiedad de un inmueble perteneciente a una municipalidad que se encontraba ubicado en el territorio de otro. Ser presentó un conflicto competencial entre los gobiernos locales de Surquillo y Miraflores, a raíz de la decisión de esta última de privatizar un mercado (Acuerdo de Concejo 032-2007-MM) ubicado dentro de la jurisdicción de la primera. El análisis constitucional se tuvo que centrar en el régimen de los bienes públicos, que gozan del carácter de inalienables (C, 73), sustentando la decisión en los cambios producidos en el estatuto jurídico del bien: “El Mercado de Abastos N.º 1 constituye un bien de dominio público que ha sido afectado y es el soporte para brindar un servicio público, que es el de mercados. Además, en el caso de autos ha operado una *mutación demanial*, en la que el bien de dominio público, al estar afectado para fines de un servicio público, ha cambiado de titularidad de dominio público para la administración, pues se redistribuyeron competencias ante la creación del distrito de Surquillo y, desde entonces, las competencias constitucionales de administración del bien, así como de reglamentación y organización del servicio público de Mercados, han sido ejercidas legítimamente por la demandante” (STC 0003-2007-CC/TC, 40). Atrayente el razonamiento del TC en este caso, sobre todo en lo relativo a la propiedad del inmueble, aunque ya no tanto en la decisión final cuando declara, sin más, fundada la demanda. Pero igual la introducción de un tema como el de los bienes de dominio público abunda en pro del mejor desarrollo de este derecho fundamental económico.

ii. Derecho a la contratación

Entendido como una libre contratación (C, 2.14), 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, amén de que se acepta que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (C, 62). El vínculo que se configura fruto de la concertación de voluntades versa sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público, incluyendo en su seno tanto la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato —y potestad de elegir al cociembre— como la autodeterminación para decidir la materia objeto de regulación contractual de común acuerdo (STC 0008-2003-AI/TC, 26.b; también al respecto, STC 1776-2004-AA/TC). Este reconocimiento jurisprudencial de la libertad para contratar como libertad de contratación es interesante resaltar.

Asimismo, se han aceptado supuestos en que el derecho a la contratación tiene un matiz especial como puede ser el caso de los seguros obligatorios —uno de ellos es el SOAT—, pues han sido considerados “como fórmulas legislativas en materia

de responsabilidad extracontractual que vienen a ser mecanismos preventivos frente a la producción de daños y perjuicios previstos por las normas correspondientes, y que resultan eficientes frente al resarcimiento inmediato —total o parcial— de los mismos” (STC 0001-2005-PI/TC, 34). Esta obligatoriedad de firmar este tipo de contratos tiene un fin constitucional totalmente válido que se sustenta en la seguridad de la población ante cualquier atentado a su vida o a la salud. Interesante el razonamiento en esta oportunidad del TC, por más que existen algunas cuestiones específicas algo controvertibles en su *ratio decidendi*.

Un caso llamativo respecto a este derecho fundamental económico se encuentra en el cuestionamiento a través de un proceso de control concreto de una norma que preveía la prohibición de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías para emplearlo como transporte de personas (DS 022-2002-MTC, 11, seguido por DS 006-2004-MTC, 1). Se señalaba que una norma de este tipo vulneraba, entre otros, la libertad de contratar, pues las empresas dedicadas a este rubro habían realizado contrataciones antes que la actividad se considerara ilícita. El TC con corrección fue tajante (como muestra, STC 7339-2006-PA/TC, 50), tomando en cuenta la realidad actual de nuestro sistema vial terrestre de transporte público, y la búsqueda del respeto real del derecho a la vida de los pasajeros, en tanto usuarios y consumidores, al afirmar que es ilusoria alguna afectación porque la norma no perjudicaba ni menoscaba el objeto social de dichas empresas y menos aún los contratos que pudieron haber firmado.

iii. Derecho al trabajo

El derecho fundamental al trabajo (C, 2.15) 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 de ella, por lo que puede ser definida como la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona (STC 4408-2005-PA/TC, 7). Para tal efecto, dicha facultad deberá ser ejercida con sujeción a la ley, existiendo limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público. Hay que señalar que líneas abajo se explicarán la aplicación de la CE en materia laboral.

El contenido esencial de este derecho implica dos aspectos: por un lado, el acceso a un puesto de trabajo; y, por otro, la imposibilidad de ser despedido sino es por causa justa (STC 1124-2001-AA/TC, 12). Entendido como proscripción de ser despedido arbitrariamente (C, 27), la Norma Fundamental contiene un ‘mandato al legislador’ para establecer protección al trabajador, consagrándose un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección. Posteriormente, se ha agregado un aspecto más: es parte de este derecho la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia (STC 3330-2004-AA/TC, 31).

Se ha cuestionado mucho la decisión adoptada por el TC en el caso aquel en que un sindicato unitario de trabajadores cuestionó a su empleadora —Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.— para que se abstenga de aplicar el Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos. Ante tal situación, el TC, pese a lo que señala la normatividad laboral (D. Leg 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), consideró que la tutela ante el despido arbitrario (C, 27) se podía dar a través de la reposición y no sólo a través del pago indemnizatorio (STC 1124-2001-AA/TC). Se ha considerado que una respuesta jurisprudencial como ésta ha terminado alterando y desfigurando el modelo laboral impuesto en el país. Aunque la lógica del TC en este punto es simple: sólo con la reposición se estaría restituyendo el derecho de la persona al estado en que se encontraba antes de la vulneración o de su amenaza —éste es el fin de todo proceso de libertad—, y como en el despido arbitrario ello se revelaba en la persona con un puesto de trabajo, hacia tal situación se debía regresar con una sentencia estimatoria. Lo que sí no parece aceptable es que el efecto de la resolución emitida haya beneficiado incluso a personas que no se encontraban en el sindicato accionante, sin haberse medido las consecuencias de la decisión adoptada.

En un supuesto completamente distinto se encontró una demanda mucho más actual, en el que el tema central se refería al carácter de la remuneración, como fiel representación del principio-derecho de la igualdad. En el pasado, las entidades de administración tributaria —Sunat y de administración aduanera— Sunad, se encontraban separadas, pero luego se produjo la fusión por absorción de la segunda por la primera (DS 061-2002-PCM). Pese a tal situación, la remuneración de los trabajadores de rangos similares no fueron equiparadas, y las diferencias entre ellos se mantenían, con una notoria diferencia a favor de quienes laboraron originariamente en Sunat. Al respecto, y tomando en cuenta lo señalado en la Norma Fundamental (C, 24) y en los instrumentos internacionales (DUDH, 23; PIDESC, 7; Convenio OIT 100), el TC señaló expresamente que “no se ha contemplado una justificación objetiva y razonable para el tratamiento diferenciado en cuestiones remunerativas entre el personal que labora en la misma entidad emplazada” (STC 4922-2007-PA/TC, 16), correspondiendo la homologación de los sueldos entre estos dos grupos de trabajadores.

iv. Derecho a la libertad de empresa, comercio e industria

Dentro de esta trilogía de derechos, es bueno comenzar con la libertad de empresa (C, 59), la cual se define como la facultad de poder elegir su 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. En su ejercicio, no existe una plena libertad, sino que 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.

Avanzando un poco más en su concretización, se ha dicho que su contenido “está determinado por cuatro tipo de libertades..., las cuales terminan configurando

el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros). En tercer lugar, está la libertad de competencia. En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno” (STC 3330-2004-AA/TC, 13).

Complementando lo que se dice respecto a la libertad de empresa, se encuentran las libertades de comercio y de industria (C, 59). La primera de ellas consisten en 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 ejercerse con sujeción a la 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 (STC 0008-2003-AI/TC, 26.e). Por su parte, la libertad de industria se presenta como 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.

Con motivo de la denegatoria del otorgamiento de licencia de funcionamiento vía amparo cuando había sido rechazada en sede municipal, se ha hecho una amplia explicación de los límites que la Constitución establece para la libertad de empresa (C, 60), es decir, la protección de la moral, de la salud y de la seguridad pública. El TC analizó el caso de una empresa dedicada al rubro de diversión que solicita una licencia de funcionamiento vía amparo, alegando la violación de su libertad de empresa. La recurrente era el propietario de la discoteca Calle 8, empresa que funcionaba desde 1997 y que hasta el 2005 no contaba aún con la susodicha licencia. A partir del análisis de los hechos invocados en la demanda, el TC advirtió que la accionante hacía la solicitud sin haber considerado las fronteras constitucionales del derecho invocado (STC 3330-2004-AA/TC). Con relación a la moral, no tuvo consideraciones de índole urbanístico —estar ubicada en el Centro Histórico de Lima— ni respeto por los menores de edad —los adolescentes ingresaban libremente a ella, según inspecciones municipales, fiscales y policiales, lo cual que de por sí se encuentra proscrito—. Con relación a la salud pública, no contaba con las mejores condiciones sanitarias —se construyó la cocina donde debía estar un baño—, se comprobó la falta del carné de sanidad de los *bartender* y al parecer existía contaminación acústica, aunque en este extremo, no se presentó informe alguno que lo sustente. Con relación a la seguridad pública, los estudios negaron la viabilidad de sus instalaciones, se comprobó el ancho inadecuado de las escaleras y puertas, y denotó la falta de salidas de emergencia y lo inflamable de sus equipos. No era permisible que en el país funcionen empresas que vulneran tan abiertamente las normas jurídicas. El TC también resaltó el hecho de

que tal otorgamiento de licencias es un acto privativo de la actividad de los gobiernos locales, y sería injusticia de la judicatura sobreponerse a ella, lo que demostraría un desconocimiento de la autonomía municipal —al respecto, principio de corrección funcional de la interpretación institucional de la Constitución—, máxime si, debido al inadecuado funcionamiento de lugares públicos por intermedio de sentencias favorables, ha existido una gran diversidad de problemas sociales, que ha llegado hasta la muerte de personas, como es el caso de la discoteca Utopía.

v. Derecho a la libre competencia

Íntimamente relacionado con la libertad de iniciativa privada dentro de la ESM, este derecho también debe ejercerse bajo un umbral de libertad. Por tal razón, es función del Estado facilitar y vigilar la libre competencia, evitándose, como ya se señaló, el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (C, 61). Una actividad cercana a esta función estatal se puede encontrar en un organismo como es el Indecopi, como una forma de regulación *ex post* de la actividad empresarial, y se presenta así como un reflejo del ya explicado principio regulatorio del Estado.

El amplio concepto de la libre competencia supone dos aspectos esenciales: (a) *Acceso al mercado*, por el cual todo agente económico que tenga la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones autodeterminativas, esto es, sin que nadie —ni el Estado ni el resto de agentes económicos— pueda impedir o restringir dicha participación. (b) *Iniciativa o actuación dentro del mercado*, pues es evidente que tras haberse accedido al mercado, se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda (STC 3315-2004-AA/TC, 16). Pese a que está sustentada en la libertad de la persona, esto no quiere decir que no existan límites a la libre competencia. Claro, no se está aceptando la capacidad de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien —y en eso reside su intervención— de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía para el cumplimiento de las propias condiciones que la Constitución presupone. Ahí también se impone una autorrestricción para el TC para que cuando resuelva no pueda afectar las competencias que le corresponden a un órgano como Indecopi.

Hace unos años una empresa dedicada a la comercialización de productos hidrobiológicos cuestionó la aplicación de una norma en la cual se establecía que el paradero oficial de camionetas y chinchorros se encontraría en el interior del Mercado Mayorista Municipal del distrito de Santa Rosa, en Chiclayo (Ordenanza Municipal 002-004-A/GDSR), toda vez que esta decisión habría afectado la realización de sus actividades pues se impedía que puedan ingresar al mercado de su propiedad y cumplir su función de abastecimiento de pescados. La recurrente estimó que la decisión edil constituía una forma de apropiación de una ‘clientela asegurada’, buscando en el fondo monopolizar esta actividad comercial, lo cual fue contradicho por la accionada, por calificar que la norma objetada responde a su autonomía municipal para ordenar el

transporte público dentro de su jurisdicción. Tras considerar la norma como autoaplicativa, el TC vincula acertadamente los derechos alegados con la figura del ‘acceso al mercado’: una distorsión de alguno de los principios que posibilitan tal acceso repercutirá también negativamente en la optimización o realización de la libertad de trabajo y de la libertad de empresa, que en el caso concreto importa una manifiesta infracción a una actuación apropiada de la recurrente, a la luz de la aplicación del principio de proporcionalidad, sobre todo en lo referido al *test* de necesidad (STC 4408-2005-PA/TC, 9). Importante la interpretación que realizó el TC del derecho a la competencia, así no haga expresa mención a él, pues a través de sí también se reflejan algunos de los principios previstos como parte de la ESM, como es la libre iniciativa privada y la igualdad en su actuación.

b. A favor de individuos generadores de demanda

Frente a los derechos reconocidos explícitamente para ofertantes de bienes y servicios, existe el deber estatal de defender el interés de consumidores y usuarios (C, 65), y con tal salvaguardia en la concurrencia e intercambio autodeterminativo, se completa el círculo de tutela efectiva por parte de la Constitución a todos los agentes económicos que participan en el mercado. Sobre la base del mandato constitucional (C, 3, 43), se ha afirmado que “aunque suele ser común que muchos de los problemas vinculados a la defensa de los derechos constitucionales de naturaleza económica sean enfocados únicamente desde la óptica de quienes corporativamente o en calidad de empresas ofertantes de bienes o servicios participan en el mercado, resulta bastante cuestionable que tan arraigada orientación desemboque en una posición donde la perspectivas de los consumidores o usuarios resulten minimizadas o simplemente ignoradas... De ahí que si los destinatarios finales de los bienes y servicios que proveen las empresas son inobjetablemente los consumidores, las controversias generadas entre ellas y que incidan en dichos protagonistas, deben ser enfocadas en dirección a la defensa o protección que la propia norma fundamental se encarga de reconocer” (STC 3315-2004-AA/TC, 20).

Según lo ha establecido el TC, la prescripción de estos derechos se da a través de un derrotero jurídico binario, al establecer un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, un derecho subjetivo, por lo que la actuación del Estado tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios (STC 0008-2003-AI/TC, 30; STC 7320-2005-PA/TC, 22; STC 3315-2004-AA/TC, 9). En este marco, el Estado debe actuar a favor del interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras, por lo que tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber de protección (STC 0018-2003-AI/TC, 2). Por tanto, tanto consumidor como usuario son el fin de la actividad económica, por tratarse

de personas que adquieren, utilizan o disfrutan productos o servicios que aparecen en el mercado.

Así, de acuerdo a lo establecido por la Norma Fundamental, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas, básicamente relacionadas con la información y la protección de su salud y seguridad. Por tal razón, se han reconocido diversos principios en materia de protección al consumidor —pero perfectamente aplicables al caso del usuario—: pro consumidor, acción tuitiva del Estado; proscripción del abuso del derecho, evitar prácticas y modalidades contractuales perversas; isonomía real, trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales; *restitutio in integrum*, resarcimiento por los daños causados; transparencia, plena accesibilidad de información; veracidad, autoridad y realidad absoluta de la información transmitida; *in dubio pro consumidor*, interpretación de las normas en términos favorables al usuario; y pro asociativo, facilitar la creación y actuación de asociaciones de usuarios (STC 3315-2004-AA/TC, 9).

Con respecto a la información, se ha expresado que aún cuando la información solicitada no es con fines de protección inmediata de otros atributos, tal como ocurre como con la autodeterminación informativa, toda persona en la condición de consumidor o usuario, al tener relación de forma directa con el derecho fundamental de protección al consumidor y del usuario, puede acceder a la información que le pertenezca y sea para sus propios intereses (STC 1052-2006-PHD/TC, 3). Justamente, un buen caso de esta asimetría informativa puede ser encontrado en el caso de las afiliaciones masivas al SPuP: La actuación del Estado, a través de la SBS, y en su momento de la ONP, dejó mucho que desear, lo cual se pudo reparar en dos hechos. En primer lugar, al detentar la información, debió comunicar correcta y abiertamente a la población sobre qué significaba la adscripción a una AFP. En segundo lugar, debió informar cuándo y en qué plazo podía solicitarse la reversabilidad (L— 25897) o la nulidad (Resolución 080-98-EEF-SAFP) para que, administrativamente, se pueda haber solicitado la cancelación de tal adscripción, y por ende, el retorno al SPuP. Así, el TC consideró que la propia Constitución (C, 65) contiene un deber genérico de protección de los intereses del consumidor y usuario, deber que alcanza, además, a todas las entidades u órganos estatales, como de hecho son las mencionadas, además de un particular, pero también destinatario de un derecho fundamental, como las AFP (STC 1776-2004-AA/TC, 40).

5. APLICACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EN ÁMBITOS ESPECÍFICOS

Habiendo observado los ámbitos en que el Estado y, en general, la actividad empresarial, puede desarrollarse gracias a principios que fluyen de la propia Norma Fundamental y que de manera más o menos clara el TC ha podido reconocer en esencia con el fin de orientar un mercado libre por intermedio de los derechos fundamentales a ser observados, promovidos y respetados dentro de una ESM corresponde ahora explicar sucintamente qué significa la CE en aspectos específicos trabajados por la jurisprudencia constitucional nacional.

a. En el ámbito tributario

Ante todo, se ha dejado sentado que si bien la potestad tributaria (C, 74) es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios, y se manifiesta a través de los distintos niveles de Gobierno u órganos del Estado —central, regional y local—, también es importante explicar que su ejercicio no puede realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes de la materia establecen (STC 2689-2004-AA/TC, 11). Los principios que se han ido reconociendo (C, 74, ss.) tendrán validez en todos los espacios en que la potestad tributaria puede manifestarse, pero para ello se tiene que reconocer que los elementos esenciales de un tributo son su creación por ley; la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado; y su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito (STC 3303-2003-AA/TC).

En tal entendido, los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad [sobre el Constitucionalismo Tributario, *vid.* estudio de LEÓN VÁSQUEZ también en este volumen]. De ahí que dicho ejercicio será legítimo y justo en la medida que su ejercicio se realice en observancia de principios como el de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de las personas y el principio de interdicción de la confiscatoriedad (STC 0042-2004-AI/TC, 7; STC 2689-2004-AA/TC, 12). (a) Un primer principio puede ser encontrado en el de *constitucionalidad*, el cual se refiere a que la potestad tributaria del Estado debe ejercerse principalmente de acuerdo con la Constitución. Su reconocimiento surge en la medida que nuestra Constitución incorpora el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la Constitución (C, 51), a través de las cuales, todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es *lex superior* y, por tanto, obliga por igual tanto a gobernantes como a gobernados, incluida la Administración Pública, y más aún en el caso de la recaudación tributaria. (b) Otro gran principio es el de *legalidad*, según el cual el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado está sometida no sólo a las leyes de la materia, sino, antes bien, se realiza principalmente de acuerdo con lo establecido en la Constitución, a través de un mandato específico. (c) A diferencia de este principio, el de *reserva de ley* significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración de tributos queda reservada para ser actuada únicamente mediante una ley, como imagen de la histórica fórmula de la '*no taxation without representation*' (STC 0042-2004-AI/TC, 10). (d) Frente a ellos, otro principio reconocido es el de la *no confiscatoriedad* de los tributos, el mismo que es trasgredido cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente se admite para no vulnerar el derecho a la propiedad (STC 2302-2003-AA/TC, 13). Cabe mencionar que los principios nombrados se conjugan con otros reconocidos en la Constitución —como el de capacidad contributiva o el de igualdad tributaria—.

Algunas precisiones sobre el ámbito tributario. Con respecto a la ratificación de tributos, se ha dicho que la ratificación de ninguna manera puede tener una finalidad meramente declarativa de validez, sino más bien constitutiva, toda vez que su cumplimiento es condicionante para afirmar la observancia del principio de reserva de ley en

materia tributaria municipal (STC 0053-2004-AI/TC, VII.B.57). Con respecto a la ya mencionada regalía minera, se ha precisado que ésta no es un tributo, máxime si con su establecimiento el Estado no ha incumplido el compromiso de respetar los atributos que la ley confiere a los inversionistas titulares de la concesión, pues la naturaleza de estos actos no otorgan al concesionario la inmutabilidad del régimen jurídico, para cuyo caso operan los contratos ley; ni imposibilitan la intervención del Estado mediante el ejercicio de su *ius imperium* y cuando así lo justifique el interés público (STC 0048-2004-AI/TC, 109). Asimismo, el máximo intérprete constitucional ha hecho una cierta diferenciación entre la forma en que el Estado ha de realizar la recaudación tributaria y su rol dentro de un ESM. Ha venido a señalar que parece absolutamente necesario reiterar que el ocio que promueve el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta, que pueden generar adicción —ludopatía— con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas (STC 4227-2005-AA/TC, 50).

Sugestivo es el caso del referéndum para la devolución del Fonavi tras la denegatoria del JNE de convocar a consulta popular por tal petición. Se presentaron múltiples amparos para declarar la nulidad de las decisiones del ente rector electoral (Resolución 1215-2006-JNE y Resolución 1278-2006-JNE). Del análisis de tales pedidos, parecía ser que había un error *in iudicando* en tanto denotaban falta de fundamentación para los dictámenes aprobados, y hacia ello debió dirigirse el fallo del TC. Lamentablemente fue más allá, y trató de profundizar sobre la naturaleza de dicho fondo y señaló que “los aportes de los trabajadores al FONAVI dispuesto por el Decreto Ley 22591 no cumplen con los principios constitucionales tributarios, no constituyen un tributo y no son tampoco impuestos desde el 30 de junio de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998” (STC 1078-2007-PA/TC, 3; en la misma línea, STC 3283-2007-PA/TC), lo cual prácticamente hace que el órgano constitucional se subroge en las funciones del órgano electoral que es el único autorizado para determinar si se convocan o no a referéndum, máxime si estaría contradiciéndose con la posición asumida en una sentencia anterior (STC 0001-1999-AI/TC). Aparte, el dañino efecto de la realización de una consulta popular como ésta para las arcas del Estado es inconmesurable. Mas allá de las razones sociales y políticas de su ejecución, y de la justicia o no de la devolución solicitada, el análisis costo-beneficio de la decisión del TC fue desdeñado. Mención aparte merece la negativa constante del JNE de acatar la sentencia emitida, con el apoyo del gobierno central, que hiciera reflexionar al propio Tribunal al punto que trató de modular su sentencia original (vid. STC 5180-2007-PA/TC).

b. En el ámbito laboral

El TC ha sido muy puntual en definir los principios laborales constitucionales y derechos derivados de ellos (STC 0008-2005-PI/TC, 20, ss.; STC 4635-2004-AA/

TC, 12, ss.). Así, se pueden encontrar los siguientes principios: la dignidad laboral, el *in dubio pro operario*, la igualdad de oportunidades, no discriminación; la irrenunciabilidad de derechos, tanto de la Constitución y de la ley, como de los tratados; la libertad sindical, con el convenio colectivo como base; y la huelga. A partir de ellos, se ha incidido en derechos constitucionales como son la jornada de ocho horas, el reconocimiento de tiempo libre y del ocio, la salud y la protección de medio familiar. Cada uno de estos principios han sido desarrollados con detenimiento y pueden ser revisados en las mencionadas sentencias. Como muestra de ello, puede encontrarse la explicación de lo que significa la libertad sindical (C, 28.1), y sobre la cual se ha dicho que tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional, siendo el primero la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales y el segundo, la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones (STC 1124-2001-AA/TC, 10).

Para hacer más clara la dilucidación de causas referidas al ámbito laboral, y tomando en cuenta principios como los nombrados, el TC vino a explicar cuáles son las materias que pueden ser vistas en sede constitucional y cuáles corresponde a la vía ordinaria —ya sea laboral o contenciosa administrativa—. Así, se diferencian los derechos colectivos y los individuales, y en estos últimos, los supuestos de los regímenes laboral público y privado que tienen que ser vistos a través del amparo. Sin embargo, la lista presentada no es tan estricta, pues también se deja una puerta abierta “atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental (STC 206-2005-PA/TC, 24). De esta forma se deja entrever la relevancia de los principios laborales constitucionales en el ejercicio mismo de la reclamación ante vulneración de derechos en sede constitucional.

Con relación a este ámbito de la CE, es relevante el estudio que se realizó en sede jurisprudencial de los contratos celebrados bajo la modalidad de ‘servicio específico’, conviniéndose en una *praxis* que desnaturaliza su contenido. A propósito del análisis efectuado a propósito de la demanda interpuesta por los fedatarios en la Sección Operativos Masivos, en la Intendencia Regional de Lima de la Sunat, el TC concluyó que la protección del trabajo de los recurrentes no podía obviarse —es más, debía darse en toda su plenitud— pues existía una conexión directa entre las facultades permanentes de fiscalización de dicha entidad y las labores que en la sección de Operativos Masivos de Control Móvil efectuaban los recurrentes (STC 10777-2006-PA/TC, 22). De su fundamentación, exactamente de su *ratio decidendi*, se desprende que la tutela constitucional solicitada operará en tanto la actividad que realiza la persona esté en relación directa con el objeto de la entidad donde labora.

Un tema adicional también trabajado en la justicia constitucional ha sido el tema de la jornada laboral, específicamente la conocida como atípica. Un sindicato de trabajadores cuestionaba el sistema acumulativo de las horas de trabajo que obliga a los obreros

mineros de Toquepala a trabajar doce horas diarias durante cuatro días seguidos por tres días de descanso. Valiéndose del dispositivo constitucional (C, 25) entendido a la luz de los instrumentos internacionales (Convenio OIT 1), el TC emite un precedente vinculante constitucional (*stare decisis* previsto en CPCo, VII-TP) que señaló que “en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto.... Considerando que... la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora” (STC 4635-2004-PA/TC, 29). Una sentencia de este tipo aparecería por lo menos como interesante, pues combinaba correctamente normatividad nacional e internacional. Sin embargo, pecaba de desconocer la realidad existente en la esfera minera, y fue objeto de innumerables críticas, incluso de los propios trabajadores que debían ser los beneficiarios de su decisión. Por eso, el TC dio un paso atrás y a través de una resolución de aclaración moduló los efectos de su fallo, por lo que ‘explicó’ que lo que había señalado “no quiere decir que las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas sean de tres semanas, sino que su promedio se computa en períodos de tres semanas” (RTC 4635-2004-PA/TC, 14), medida que en cierta forma compatibilizaba normatividad y realidad. No había otra. Así debe resolverse, sobre todo si toma en cuenta que *prima facie* la Constitución siempre es norma jurídica, a la vez de política.

c. En el ámbito previsional

Al igual que en el ámbito laboral, en el pensionario se han reconocido principios sobre la base de los derechos que permitan que, en este aspecto de la vida social, el Estado pueda actuar correctamente. Básicamente se ha tomado en cuenta el derecho al libre acceso a la pensión (C, 11), así como la garantía institucional de la seguridad social (C, 10) que sustenta tal derecho. Así, se han llegado a reconocer diversos principios (STC 0050-2004-AI/TC y otros, 45, ss.), como son la dignidad pensionaria, la igualdad, la solidaridad, la progresividad y el equilibrio presupuestario. Estos principios orientan cualquier resolución que se emita sobre esta temática, tal como se puede ver en aquella referida a los casos de procedencia del amparo en materia pensionaria (STC 1417-2005-PA/TC, 37) y en una última relacionada con la posibilidad de desafiliación de las AFPs en ciertas situaciones específicas (STC 1776-2004-AA/TC, 35, ss.).

Es bueno hacer algunas precisiones respecto a algunos de estos principios. (a) La *dignidad pensionaria* ha sido catalogada como un elemento esencial que configura el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna (STC 0050-2004-AI/TC y otros, 46), razón por la cual una pensión constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana, y es así como se

infiere la existencia de una dignidad pensionaria. (b) Sobre la *solidaridad*, el TC ha señalado que implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política, expresando una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial (STC 2945-2003-AA/TC, 16); su aplicación a la pensión nos permite desarrollar un sentido social al aspecto previsional. (c) Frente a estos principios, se encuentra uno como es el *equilibrio presupuestario*, el mismo que sirve como límite general para la actuación del TC cuando emite sentencias de trascendencia económica; así, en tanto la Constitución trasciende su connotación de norma de organización política para sentar las bases mínimas indispensables de convivencia social identificada con el principio de dignidad humana, los criterios fundados en el orden constitucional económico y en los principios que lo informan no pueden ser tachados como impertinentes para justificar, cuando menos en parte, la modificación del ordenamiento constitucional (STC 0050-2004-AI/TC y otros, 50, sobre la base de C, 1-DFT).

Por eso, ha sido de interés del TC evitar que cualquier reconocimiento de una pensión de una persona menoscabe la estabilidad económica del país, como pudo suceder con la aceptación de la reducción de las elevadas pensiones que se recibían en un determinado régimen pensionario (D Ley-20530), sobre todo si la configuración de esta forma de tutela vía amparo no contiene una cláusula de prescripción y es posible que se requieran a través de su planteamiento el pago de intereses y devengados (STC 5430-2006-PA/TC). Por eso, es preocupante que se haya emitido una sentencia en que no se analizan los efectos de una sentencia como es el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia —viudez a los convivientes. Es interesante resaltar la situación un concubinato —unión de hecho, *more uxorio* o extramatrimonial—, similar a la del matrimonio; lo discutible es encuentra en la forma que se aplicó al supuesto previsional.

El razonamiento se centró en si la pareja de hecho supérstite tendría derechos pensionarios, pese a la omisión expresa de la normatividad. Al respecto, se puede decir que sin mucha fundamentación ya el TC había admitido esta posibilidad (STC 9708-2006-PA/TC, 3), pero es recién el presente año cuando expresó razones para aceptar esta posibilidad (STC 6572-2006-PA/TC, 5, ss.): (i) Debe darse una tutela especial a la familia, por ser un instituto básico de la sociedad y del Estado (C, 4), tomándose en cuenta un concepto amplio de la misma (CDH, OG 19), incluyendo inclusive la sugerente ‘familia reconstituida’ (STC 9332-2006-PA/TC); (ii) La unión extramatrimonial es una figura constitucional (C, 5), entendida como una relación monogámica heterosexual estable, pública y notoria, que incluye el régimen de sociedad de gananciales, en cuanto sea aplicable; (iii) Si bien la norma previsional sólo habla del cónyuge (D Ley 19990, 53), no excluye explícitamente a la pareja conviviente, lo cual se explica porque la unión de hecho recién fue reconocida constitucionalmente después de la Constitución de 1979, es decir, con posterioridad a la dación de los D Ley que desarrollan los regímenes previsionales del SPuP; (iv) El reconocimiento del principio-derecho de igualdad (C, 2.2); y, (vi)

También se prevé pensión de los convivientes en el SPPrP (Reglamento de la Ley del SPPrP, 117). Lo anecdótico de este caso es que unos meses antes, el TC había dictado una sentencia en otro sentido (STC 3605-2005-PA/TC), en la que se negaba la posibilidad de las parejas de hecho supérstites a solicitar pensión de viudez. Si bien parte de aceptar la validez del reconocimiento constitucional de este tipo de unión (C, 5), no puede aceptarse este tipo de pensión derivada en virtud de que existe una clara vocación del constituyente de impulsar, fomentar y resguardar el matrimonio (al respecto, STC 0050-2004-AI/TC y otros, 16: sólo pensión para cónyuge), en tanto se presenta como una ‘instituto jurídico constitucionalmente garantizado’: “la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo” (STC 2868-2004-AA/TC, 13). En tal lógica, debe entenderse el matrimonio en toda su extensión y haciendo una interpretación completa de la norma constitucional (C, IV-DFT; CPCo, V-TP); cuando se contrae matrimonio se somete al recaudo de que el hombre y la mujer tengan la voluntad de hacerlo y asumir las consecuencias de su acto (CC, 326; CADH, 17.2; PIDCP, 23). En conclusión, hacer equivaler el matrimonio con la unión de hecho no es correcto, como se ha tratado de argumentar en la última sentencia emitida. Es cierto que existen ciertas consecuencias semejantes, pero el nivel de configuración legal asignado a los legisladores será el que guíe tal contexto. La premisa que se parte en la última sentencia evacuada es completamente errada: trata de enfocar el problema central como si fuera de familia, cuando el punto central es el matrimonio. Aparte de cuestiones sustantivas, también existen otras procedimentales: no se sabe cuál será el medio probatorio a solicitarse —¿será acaso una declaración judicial?—; no refleja los principios genéricos de la seguridad social; ni se ha establecido cuál es el mecanismo que tendrá utilizar la Administración para poder otorgar la pensión. De otro lado, y aquí lo importante es contrastarlo con la sostenibilidad financiera, tema a ser desarrollado *infra*, ¿el TC tomó en cuenta en este caso tal principio? ¿Se ha dado cuenta que, pese a lo frágil del SPuP, está creando mayor carga a lo que es el Fondo Consolidado de Reserva Previsional? Este principio que tan bien fue utilizado en otros casos fue en cierta medida obviado para resolver esta cuestión. Según estudio, se ha previsto que el costo para el Estado de esta decisión jurisdiccional será muy elevado. No obstante ello, no se observa a lo largo de la sentencia materia de análisis, estudio alguno de las posibles secuelas o efectos económicos de esta decisión.

d. En el ámbito medio ambiental

Como reflejo de lo que significa el principio de responsabilidad social de la empresa, se pueden encontrar diversos casos de protección del medio ambiente. Sin embargo, el TC es consciente del desinterés tanto del Estado como de la sociedad en su conjunto, sobre la problemática del aire, razón por la que se hace necesaria una intervención concreta, dinámica y eficiente del Estado (STC 3610-2008-PA/TC, 46).

Un país sólo será competitivo internacionalmente si el respeto del medio ambiente es parte de la agenda nacional. Desconocerlo sería un grave atentado a la salud, la vida y la integridad de las personas.

Por ello, es importante que se cumplan determinadas reglas de desempeño. (a) El *principio precautorio o de precaución* opera en situaciones donde se presenten amenazas de un daño al medio ambiente —además de la salud— y donde no se tenga certeza científica de que dichas amenazas puedan constituir un grave daño. (b) Por su parte, el *principio de desarrollo sostenible o sustentable* constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y mejores condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero siempre manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras (STC 2002-2006-PC/TC, 32, 31). También son principios: (c) la *conservación*, mantener en estado óptimo los bienes ambientales; (d) la *prevención*, resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia; y, la *compensación*, creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables (STC 0048-2004-PI/TC, seguido, entre otros, en STC 4223-2006-PA/TC, 23).

De esta forma, se ha propugnado que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se logre financiar incurriendo en deudas sociales para el porvenir, sobre todo cuando están en juego derechos colectivos como los de las comunidades nativas o campesinas también protegidas constitucionalmente (C, 89). Entonces, en esencia, en la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras (STC 0048-2004-AI/TC, 38). En esta línea de actuación se ha encontrado el TC, consciente de su rol en esta materia pero también escrupuloso con las limitaciones que tiene en el ámbito probatorio (CPCo, 9), por lo que no ha tomado en cuenta los informes técnicos emitidos pues hubiese obrado de una forma absolutamente incompatible con los objetivos propios de la función que se ejerce, u omitido el cumplimiento de normas preestablecidas que regulan su ejercicio (STC 0921-2003-AA/TC, 5). Aún así ha emitido interesantes sentencias en este rubro.

Casos interesantes de este ámbito de la CE se puede encontrar en la instalación de antenas de telecomunicaciones y la posibilidad de afectación del derecho de la población al medio ambiente adecuado y equilibrado (C, 2.22). Un particular presentó una demanda de proceso de libertad a fin de que una empresa desmantele una antena apostada en un centro comunal, por no contar con los informes favorables de los entes correspondientes. Solicitada la información necesitada a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del MTC y a la Dirección Regional

de Defensa Civil de Áncash, el TC concluyó que “no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de Nextel, sería una medida irrazonable y desproporcionada” (STC 4223-2006-PA/TC, 35). A una decisión similar también llegó en otro caso (STC 2268-2007-PA/TC, 22), a diferencia de otros en que sí se consideró que existía afectación del medio ambiente de la población de la zona menoscabada en sus derechos, ordenándose el retiro de la antena (STC 0964-2002-AA/TC; STC 0091-2004-AA/TC: “la instalación de dicha Torre, cuyo peso es de 10 toneladas, no sólo amenaza la vida e integridad del actor, sino también la de todas las personas que viven en los alrededores”). En estos casos, el TC ha intentado poner pautas genéricas, insistiendo en un análisis casuístico de la situación recurrida, y su idea, parece ser, siempre ha sido favorecer la tutela de los que se sentían afectados por la mala práctica empresarial en este rubro.

También se puede encontrar un caso referido al medio ambiente. Éste está referido a la contaminación de plomo por parte de los habitantes de La Oroya, en la sierra del país, donde funciona un complejo metalúrgico que fuese adquirido por la empresa estadounidense Doe Run Peru. Los recurrentes solicitaron que se implemente la ‘Estrategia de salud pública de emergencia’ (según L-26842) y por ende, se declare en emergencia la ciudad (DS 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire) en vista de la contaminación ambiental producida, pese al compromiso asumido por la empresa para cumplir las obligaciones contenidas en el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental. Al respecto, el TC, sobre la base de los medios probatorios ofrecidos, señaló que la norma legal había sido incumplida por el Estado, tomando en cuenta que los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de niños, adolescentes y madres gestantes de la ciudad se habían incrementaron de forma considerable, según se evidencia del ‘Estudio de plomo en sangre en una población seleccionada de La Oroya’, realizado por Digesa en el año 1999, donde quedó establecido que el 99,1% de las personas analizadas sobrepasaba el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la OMS, llegándose incluso a detectar, en el Informe Digesa 1999, dos casos de niños en los que se sobrepasaba los 70 $\mu\text{g}/100\text{ml}$, 62 niños que registraban entre 44.1 y 62 $\mu\text{g}/100\text{ml}$, y 234 que registraban entre 20.1 y 44 $\mu\text{g}/100\text{ml}$, entre otros resultados. Desconociendo el principio de responsabilidad social de la empresa, Doe Run Perú no había actuado según le correspondía dentro de un ESM, pues como el propio TC asevera, “en la labor de atención de la salud de la población es importante una actuación conjunta entre el Ministerio de Salud y empresas privadas, ante situaciones de grave alteración de la salud como la contaminación por plomo en sangre, como sucede en el caso de los niños y mujeres gestantes de la ciudad de La Oroya” (STC 2002-2006-PC/TC, 73), aunque en este caso la responsabilidad directa del cumplimiento de la norma desdeñada proviene del MS. Interesante acotación del TC en la exigencia de la tutela del medio ambiente, y por ende del principio ilustrado.

e. En el ámbito presupuestario

Como parte de un conflicto competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, el TC pudo deslindar algunas pautas para que el Presupuesto de la República (C, 77) sea presentado de la manera más adecuada posible, según un respeto del principio interpretativo de corrección funcional. Así contextualizada la situación, se puede decir que este principio “establece que la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el texto fundamental de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal” (STC 0004-2004-CC/TC, 9.3). Y es precisamente a partir de él cuando se relaciona y equipara sostenibilidad financiera con equilibrio presupuestario, el cual se sustenta en otros principios presupuestarios como el de exactitud, anticipación, anualidad, programación, estructuración y no-afectación. También es interesante que se hayan dado pautas sobre cómo deben actuar los órganos constitucionales, a través de sus titulares de pliego, con relación a la gestión presupuestaria (al respecto, STC 4643-2006-PC/TC).

Pero considero que es interesante cómo conjugar el análisis de la CE con el análisis costo-beneficio que debe realizar el TC a la hora de emitir una sentencia, tal como se ha dejado indicado a lo largo del presente estudio. El impacto económico de las resoluciones a ser emitidas no puede ser desdeñado. Basta recordar que cuando se presenta una iniciativa legislativa existe una exigencia para realizar un análisis costo-beneficio del impacto de la futura norma (RC, 75), pues los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos (C, 79). Una lógica similar debe seguirse en el caso de la emisión de una sentencia constitucional, más aún si según la normatividad internacional, los Estados sólo “se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto” (PIDESC, 2.1; en línea similar, C, 11-DFT). En tal sentido, los derechos tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos financieros y materiales adecuados, el gasto público específico y el mínimo de subsistencia para todos (DM, 10, 14). Desde esta perspectiva, tampoco puede aceptarse que la escasez de recursos importe una inacción del Estado (PL, 25, 28), sino que esta debe ser coherente y válida dentro de un ESDD y una ESM. Tanto en su rol de legislador negativo como a la hora de interpretar la Constitución, el TC, a través de las sentencias que pronuncia, debe cuidarse de que éstas respondan al principio de equilibrio en la economía del país, toda vez que la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (C, 77), y por ello han de observar directamente las consecuencias que su publicación traerá en la hacienda nacional. No puede ni debe ser irresponsable en su accionar. Es más, si se toma en cuenta que el TC es tanto órgano jurídico como político, se le puede exigir que se tome en consideración las secuelas y resultados que acarreará una sentencia. La sostenibilidad financiera del país también tiene correspondencia directa con la garantía del ahorro público y

macroeconómico (C, 87, en interpretación *mutatis mutandi*). Cabe recordar, además, que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal circulación económica en el país.

6. REFLEXIONES FINALES

En el plano teórico, el TC ha ido creando una doctrina que ha intentado ser más o menos coherente sobre lo que significa el Constitucionalismo Económico en el Perú, sobre la base de la ESM. Y por más cuestionamientos que se pueda hacer a la adopción de determinadas posturas, éstas —para bien o para mal— han provenido de la propia Constitución. Y éste es el límite del propio Tribunal. Pero, como se ha podido observar, un problema se empieza a presentar en el plano práctico. El traslado de las categorías genéricas a la resolución de conflictos determinados, sobre todo en la última etapa del TC, a veces ha sido tan poco ortodoxo que termina desdibujando el interesante diseño que se había venido forjando. Creo que el saldo de su actuación es hasta ahora positivo pero se hace necesario, por el bien de la inversión nacional y extranjera, que se empiece a encaminar otra vez su jurisprudencia, para que la predictibilidad y seguridad jurídica, su fortaleza por años y necesidad para el funcionamiento del mercado sin distorsiones, nuevamente sea materia de encomios por la comunidad jurídica, social y económica.

Haberse optado por un modelo —sistema, para algunos— como el de la ESM (C, 58), al cual debemos ceñirnos y remitirnos, permite que la iniciativa económica sea esencialmente privada y la actividad del Estado básicamente restringida, pero no por ello poco importante. En este esquema, como se ha podido reivindicar, tanto el excesivo poder político estatal es un inminente riesgo para la libertad humana como lo es el poder privado corporativo, al presentarse como una racional amenaza para la justicia social. Para una correcta vigilancia de la situación, no es ilógico pensar que la Norma Fundamental establece las líneas matrices del régimen que debe ser adoptado en un Estado, consagrando los derechos de incidencia económica de los ciudadanos y delimitando la participación del Estado en este ámbito de la vida. La aplicación de la Economía en el Derecho Constitucional ha permitido que una cualidad del Estado Constitucional sea desarrollo en gradualidad la ESM y el ESM (C, 43) en ‘concordancia práctica’. La Economía se configura así como una forma de servir para la configuración de una sociedad que permita la creación, la libertad y el desarrollo personal en la mayor medida posible.

La Constitución asigna al Estado un rol de estimulador de la producción de la riqueza y de garante de las libertades que son instrumentadas por la iniciativa privada. El rol del Estado en una Economía como la nuestra será permitir que los sectores que sufren desigualdades las superen para que puedan competir en verdadero pie de igualdad con los demás. Desde el mismo instante en que se consagra el derecho a la libertad económica, la Constitución incorpora una voluntad política de configurar procesos privados de producción y distribución, y por más que a veces no se expresa

de manera literal un mandato concreto con relación con el régimen socio-económico, en modo alguno ello puede ser interpretado como un espacio exento de tutela, razón que motiva que el TC pueda haber intervenido en muchos aspectos de elevada importancia y trascendencia. E insisto, no siempre bien. Pero en este paradigma, la persona humana —y a su lado, su actividad económica— ocupa una posición preeminente en el desarrollo social. Los derechos y libertades económicas, como parte de la ESM, deben ser promovidos para su desarrollo, en tanto visión positiva, y evitando su afectación, en un sentido negativo.

Espero que este pequeño trabajo pueda dar ciertas luces para el conocimiento de la jurisprudencia constitucional económica. Lo que se desea, por lo tanto, es que el debate nacional no sirva para desfigurar o retorcer el modelo económico asumido en sede constitucional; debe servir para reforzar las categorías que ya están más o menos definidas, y que de algún modo, todavía pueden ir perfilándose mejor, quizás recogiendo mayores postulados económicos en el razonamiento del Tribunal. No es un pecado ni una invectiva hacerlo. Pese a las críticas sobre las que cualquier órgano constitucional puede ser objeto dentro de una democracia, como las que incluso yo mismo he formulado, la importancia del TC en el fortalecimiento de nuestra Economía puede surgir a partir del posicionamiento de la Constitución en la cúspide de la pirámide normativa, como marco general para el funcionamiento del mercado. Y de eso no hay que olvidarnos.

El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas: pronunciamientos sobre la inversión extranjera y la importación de bienes



RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Origen y metas de APEC. 3. Conceptos previos. 4. ¿Existen las libertades económicas en el Perú? 5. ¿Quién protege y asegura las libertades económicas? 6. ¿Cuál es la extensión de dicha protección? 7. Casos en relación a la protección de la inversión extranjera o la importación de bienes. V. A) British American Tobacco vs. Sunat (expediente 01311-2000-AA). V. B) C & S Nipón Auto Parts vs. El poder judicial y más de 5000 mil ciudadanos vs. El poder ejecutivo (expedientes 01576-2007-AA y 00017-2004-AI). V. C) Caso World Cars Import vs Ministerio de economía y finanzas (expediente 03610-2008-PA) V. D) Más de cinco mil ciudadanos vs. El Congreso (expediente 0013-2007-AI). V. E) San Fernando S.A. vs. la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete (expediente 05970-2006-AA). 8. Comentario final.

Resumen: *Desde hace más de diez años en el Perú se ha optado por una economía social de mercado, que ciertamente toma muchos de los postulados del liberalismo económico, pero sin olvidar ni omitir los deberes fundamentales que le corresponde al Estado y que están recogidos básicamente en el artículo 44 de la Constitución. Ello permite, al mismo tiempo, garantizar un trato igualitario a las inversiones nacionales y extranjeras, públicas o privadas; lo cual también genera confianza y mayores niveles de desarrollo. Las libertades económicas que la Constitución reconoce hallan una adecuada protección jurídica a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la cual las actividades económicas no aparecen como incompatibles con algunos deberes constitucionales que el Estado debe garantizar a los ciudadanos.*

Abstract: *Peru has chosen a social market economy for more than ten years, which truly takes many postulates of economic liberalism, but without forgetting or omitting the fundamental duties of the State, and which are basically collected in Section 44° of the Constitution. This enables at the same time to ensure an egalitarian treatment to domestic and foreign investments, whether public or private; which also creates confidence and greater levels of development. The economic freedoms recognized by the Constitution find an adequate legal protection through the case law of the Constitutional Court, in which the economic activities do not seem incompatible with some constitutional duties that the State must ensure to the citizens.*

1. INTRODUCCIÓN

Con ocasión del próximo Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, APEC, he considerado pertinente realizar algunos comentarios respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, obviamente, vinculados a la materia económica.

2. ORIGEN Y METAS DE APEC¹

El Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (Asian Pacific Economic Cooperation — APEC) es un foro regional que fue creado el 7 de noviembre de 1989 a iniciativa del Primer Ministro de Australia, Sr. Robert Hawke, en Canberra-Australia. Su principal propósito es estrechar las relaciones comerciales y de inversión externa entre sus países miembros para alcanzar una senda de crecimiento sostenible.

Inicialmente, el Foro de APEC fue un ámbito de diálogo ministerial de carácter informal, al que asistieron 12 países. El Foro de APEC cuenta a la fecha con 21 países que representan alrededor del 40 por ciento de la población, 49 por ciento del comercio y 56 por ciento del PBI, mundial.

El foro de APEC tiene como objetivos principales:

- La liberalización del comercio y la inversión, es decir, la apertura de los mercados y la reducción significativa de los obstáculos que causen restricciones al comercio y la inversión.
- La facilitación de los negocios y el ámbito empresarial, es decir, reducción de los costos de transacciones empresariales; y mejoramiento del acceso a la información comercial optimizando los beneficios de la tecnología de la información.
- La cooperación técnica y económica de la región Asia-Pacífico, es decir, actividades de cooperación para fortalecer las capacidades institucionales e individuales en los diferentes sectores de las 21 economías.

El Foro de APEC declara ser el único grupo intergubernamental en el mundo que opera sobre la base de compromisos voluntarios y de acciones unilaterales y no discriminatorias. Este Foro no exige que sus países miembros firmen un tratado. Las decisiones son adoptadas por consenso y los compromisos de manera voluntaria. La búsqueda de los objetivos antes mencionados, que se desarrollan para todos sus miembros, se aplica para terceros países. Este principio de no discriminación se llama “regionalismo abierto”.

3. CONCEPTOS PREVIOS

Uno de los factores determinantes del crecimiento económico es, a no dudarlo, el concerniente al Estado de Derecho o *rule of law*². Para que esto ocurra, los

1 José Azañero. Jefe del Departamento de Convenios Internacionales de la Gerencia de Estudios Económicos. BCR. MONEDA. Año 2008. N.º 13, pp. 35 y 36.

2 COOTER, Robert y Hans Bernd SCHAEFER. *Law and the Poverty of Nations*. 2008. Disponible en: http://works.bepress.com/robert_cooter/144

agentes privados deben de tener certeza de que sus propiedades³, sus contratos⁴ y sus inversiones⁵, en general, no serán afectados sin justificación. Así, un país que no garantice la estabilidad de los negocios y un trato igualitario a los inversionistas, tendrá una gran traba para el desarrollo.

Lamentablemente, existen muchas maneras mediante las cuales se puede afectar al comercio. Una que típicamente ha preocupado a los emprendedores⁶ y, en general, a la sociedad⁷, es aquella mediante la cual los Estados expiden normas que restringen la actividad mercantil. En respuesta a ello, las libertades⁸ económicas surgen como una manera de limitar el poder del Gobierno de turno para la expedición de dichas normas, las que, como ha quedado dicho, terminan restringiendo, propiamente, las actividades económicas⁹.

-
- 3 Art. 70 de La Constitución Política (en adelante, C.P.): “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”.
 - 4 Art. 62 de la C.P. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.
 - 5 Art. 63 de la C.P. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.
En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.
El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.
 - 6 Art. 59 de la C.P. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.
 - 7 Art. 1 de la C.P. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.
 - 8 Art. 58 de la C.P. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
 - 9 BEARD, Charles. *An Economic interpretation of the Constitution of The United States*. 1913. Disponible en: <http://ideas.repec.org/b/hay/hetboo/beard1913.html>

Sin embargo, el hecho de que estas *libertades económicas* existan, normativa o formalmente, tampoco es garantía suficiente de su vigencia fáctica o empírica. En efecto, para que ellas tengan un papel en la delimitación de las políticas públicas se requiere un consenso social, que derive en la actuación de una autoridad competente la que, a su vez, tendrá unos determinados parámetros para su desempeño y aplicación.

Nuestra intención en este artículo es resaltar a la autoridad competente y mostrar cuáles han sido los parámetros que ha utilizado, todo esto más allá del mero reconocimiento formal de las libertades económicas. En este análisis, además, nos centraremos en el tratamiento que ha recibido la inversión extranjera.

4. ¿EXISTEN LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL PERÚ?

Si bien en el Perú las políticas económicas han tenido altibajos, hay que reconocer que desde hace más de diez años contamos con una economía social de mercado, que toma muchos de los postulados del liberalismo económico¹⁰, sin olvidar ni omitir, claro está, los deberes asistenciales que le corresponden al Estado. No debemos olvidar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución, y bajo el régimen de una economía social de mercado, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa, principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Así, en una sentencia que ha dotado de contenido a nuestro régimen económico, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha sostenido que:

“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 (García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

Ahora bien, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (F.A. Hayek. *Los fundamentos de la libertad*. Ed. Unión. Madrid 1991, pág. 26).

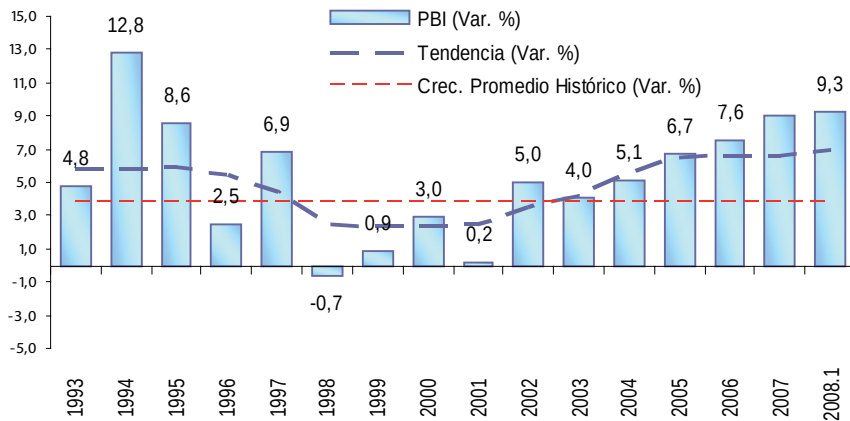
La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, y se configuran en un

10 Art. 60 de la C.P. “(...) Sólo 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. (...)”.

marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de las personas” (STC 0008-2001-AI, F. J. 11).

El proceso de liberalización de la economía peruana, por otro lado, como ha sido destacado en otros lugares, se ha visto fuertemente influenciado tanto por el Consenso de Washington¹¹, como por nuestros decepcionantes resultados económicos en décadas anteriores, donde se aplicaron políticas tendentes al intervencionismo estatal¹². De este modo, entonces, hemos tenido una combinación de aprendizaje propio, influencia de la globalización y de cambio de nuestra propia ideología que nos ha llevado a este régimen que, conservando aspectos sociales, confía la mayor parte del desarrollo económico al sector privado.

Es así que la economía peruana ha mantenido un crecimiento constante desde el año 2001, lo que se ha visto reflejado en cifras:



Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas-MEF, con datos del Instituto Nacional de Estadística-INE que, a su vez, recogen estimaciones del MEF. Disponible en: www.mef.gob.pe/PRENSA/discursos/banca_jun2008.ppt

Esta apuesta por el liberalismo económico, como no podía ser de otro modo, abraza en su seno la protección de las libertades económicas, a fin de evitar que ninguna rama del Gobierno pueda regular injustificadamente dichas actividades, así como que, tampoco, ninguna persona o empresa privada pueda concertar a fin de impedir o falsear la competencia.

11 WILLIAMSON, John. "What should the World Bank think about the Washington consensus?". En: *The World Bank Observer* 2. 2000, pp. 251-264.

12 SHEAHAN, John. *La economía peruana desde 1950: buscando una sociedad mejor*. (Traducción de Pilar Gavilano). Lima: Instituto de Estudios Peruanos-IEP. 2001.

Como ya hemos mencionado, desde el punto de vista normativo o formal, las precitadas libertades económicas han estado reconocidas —desde el nacimiento de la República, por nuestras Cartas Fundamentales¹³ y/o leyes especiales. Sin embargo, el que este reconocimiento haya tenido efectos en la realidad, es algo que —como sabemos— depende de varios factores, como la ideología, la tradición, el contexto y hasta los intereses particulares de los sujetos y objetos de la regulación. En la actualidad, como hemos mencionado, se viven tiempos propicios en el Perú para el ejercicio de estas libertades, *quizá como nunca antes en nuestra historia*. En la práctica, esto se ha reflejado en mayores privatizaciones, menos regulación y, en general, más confianza en el sector privado.

5. ¿QUIÉN PROTEGE Y ASEGURA LAS LIBERTADES ECONÓMICAS?

Si bien, existen diversas instituciones encargadas de garantizar el ejercicio de libertades económicas, donde podemos contar al Congreso, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en nuestro país existen dos instituciones que han tenido un papel preponderante en el cumplimiento de esta labor: el Instituto Nacional de Protección de la Competencia y la Propiedad Intelectual —INDECOPI y el Tribunal Constitucional.

13 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1933. TÍTULO II.— GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.— CAPÍTULO I.— GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SOCIALES.— Artículo 17.— Las Compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los Tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979.— TÍTULO III.— DEL RÉGIMEN ECONÓMICO.— CAPÍTULO IV.— DE LA EMPRESA.— Artículo 136.— Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las condiciones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquellos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.— CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.— TÍTULO III.— DEL RÉGIMEN ECONÓMICO.— CAPÍTULO I.— PRINCIPIOS GENERALES.— Artículo 63.— La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de 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 lo disponga la ley”. COMENTARIO.— Fue gracias a la obra del internacionalista argentino, César Calvo, que se logró atenuar la dureza de las estipulaciones originarias. Se advierte por ejemplo y como no podía ser de otro modo, la excepción en los contratos de naturaleza financiera y la alternativa de pacto, con arreglo a Ley, de otras jurisdicciones en virtud a tratados en vigor, pudiendo ser éstos tanto de la jurisdicción judicial como la arbitral.

A comienzos de la década de los noventa se expidió un paquete legislativo que prácticamente refundó el sistema económico peruano. Como producto de este nuevo paquete legislativo surgió el INDECOPI, como una autoridad especializada en la protección de la libre competencia, interdicción de la competencia desleal, combate a toda práctica que la limite, al abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Más allá del papel, los que dirigieron el INDECOPI estaban vinculados a las teorías liberales en materia económica, destacando entre ellos a los profesionales Beatriz Boza, Alfredo Bullard y Fernando Cantuarias, los tres, ex alumnos de la Maestría en Derecho de la Universidad de Yale, EE. UU. Su gestión resaltó además por un manejo muy eficiente y la expedición de resoluciones ampliamente fundamentadas, cosa que no se acostumbraba en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Es así que, los empresarios, tenían en el INDECOPI —y en alguna medida lo siguen teniendo, un guardián de lujo para el mantenimiento de la libre competencia.

Sin embargo, la labor del INDECOPI se centraba más en el mercado mismo y menos en la intervención estatal en la economía. Es decir, el INDECOPI no tomaba mayormente en cuenta las normas estatales como restricciones de la libre competencia, con la excepción de las barreras burocráticas fijadas por municipalidades.

Es aquí donde la presencia de un Tribunal Constitucional se hacía necesaria: la manera típica en que las libertades económicas podrían ser afectadas era precisamente mediante la intervención estatal. Esto es así porque el aparato regulatorio es proclive a ser capturado por las propias empresas reguladas, a fin de que se dicten normas que los favorezcan. Estas normas, típicamente, restringirían la competencia, favoreciendo a unos competidores respecto de otros. En más detalle,

“(...) la regulación, entendida como las decisiones colectivas que buscan restringir la competencia, habitualmente está orientada —principalmente— por los intereses de las propias industrias reguladas que, con el apoyo de los políticos, consiguen que se apruebe una regulación que los beneficie, en detrimento de la sociedad o los consumidores; en lugar de estar motivada en supuestas “fallas del mercado”, el “interés público” u otras consideraciones tradicionales. En ese sentido, amplia doctrina, inspirada en la teoría de la public choice y en la economía del bienestar, ha destacado que “(...) la regulación respaldada en el interés público es casi siempre un esfuerzo para crear un cartel o servir a un interés privado a expensas del público”¹⁴.

Sin embargo, el proceso regulatorio se encuentra diversificado entre muchos actores, en parte, gracias a la existencia de un TC, por lo que la adopción de aquellas normas, ahora y desde algún tiempo, ciertamente, se torna muy difícil. Así, Quintana ha resaltado que:

14 AVELLANEDA, Julio y SÚMAR, Óscar. *Paradojas de la regulación: Análisis económico del Derecho publicitario*. Tesis para obtener el título de abogado. Lima: PUCP. 2008.

“(...) la intervención del Tribunal Constitucional somete al regulador a una nueva forma de rendición de cuentas y que cuenta incluso con vías de sanción efectiva de comportamientos considerados inadmisibles por dicha instancia de revisión”¹⁵.

6. ¿CUÁL ES LA EXTENSIÓN DE DICHA PROTECCIÓN?

Si revisamos el total de la jurisprudencia del TC, veremos que éste ha protegido las libertades económicas en procesos contra normas (sea mediante procesos de amparo o procesos de inconstitucionalidad), resoluciones administrativas y hasta contra decisiones judiciales de instancias inferiores. Además, y como debe ser, esta protección se ha extendido no solo a las personas naturales, sino también a las jurídicas (STC 01881-2008-PA).

Al evaluar estas afectaciones, el TC ha utilizado el mismo *test* que cuando evaluaba la posible afectación de libertades políticas. De manera distinta a lo que ocurre en Estado Unidos¹⁶, por ejemplo, no se podría decir que en nuestro país exista un estándar diferenciado en la protección de derechos fundamentales o que unos tengan primacía sobre otros. Sean cual sea el derecho involucrado, el TC no ha hecho otra cosa que aplicar *tests* de proporcionalidad. Estos *tests*, típicamente, evalúan la idoneidad de las normas, su *necesidad* y su *proporcionalidad en sentido estricto*.

Desarrollando estos *subprincipios*, el TC ha señalado, en la STC 0048-2004-AI, que cada uno de estos tiene el siguiente contenido:

Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de interven-

15 QUINTANA, Eduardo. “Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 52. 2006, p. 115.

16 Ver especialmente los artículos contenidos en The CATO Journal 3, “Economic Liberties and the Judiciary”. 1985. Disponibles en: <http://www.cato.org/pubs/journal/cj4n3/cj4n3.html> Adicionalmente, FRANKEL, Ellen y Paul DICKMAN (editores). *Liberty, Property, and Government: Constitutional Interpretation Before the New Deal*. New York: State University of New York Press. 1989, entre otros trabajos.

ción debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”.

Temáticamente, además, las resoluciones no han dudado en proteger todas las libertades económicas, como la propiedad, la libertad contractual o el derecho de asociación; y otras menos clásicas, como la igualdad de la inversión extranjera. Es en este último ámbito donde centraremos nuestro análisis.

7. CASOS EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA O LA IMPORTACIÓN DE BIENES

V.A) *British American Tobacco vs. SUNAT (expediente 01311-2000-AA).*

En este caso, se ventiló una demanda de amparo interpuesta por la British American Tobacco contra el Decreto Supremo 158-99-EF, que establecía un impuesto sobre el tabaco rubio que se comercializase en más de tres países.

Lo curioso era que, en el mercado peruano, sólo dos entidades vendían ese producto, una era la recurrente y la otra, una empresa (estatal o pública) nacional. La recurrente vendía, además, en más de tres otros países, mientras que la otra empresa, nacional o pública, sólo vendía en el Perú, por lo que el impuesto solo le era aplicable a ella.

Así, la recurrente señalaba que:

“El mencionado Decreto Supremo grava, pues, de manera distinta a dos productos iguales, lo que genera un monopolio ilegal a favor del producto nacional y constituye una barrera de acceso al mercado impidiendo la libre competencia, porque se grava con mayor monto a sus cigarrillos”.

El Tribunal, en concordancia, señaló:

“Que el artículo 65 de la Constitución facilita y vigila la libre competencia, y combate toda práctica que la limite; que hay competencia imperfecta en el mercado, cuando el principio constitucional es la libertad de competencia y simultáneamente, en la práctica, existe la concentración de grandes empresas que configuran situaciones de monopolio con alto nivel de competitividad entre ellas; que si bien la posición de dominio en el mercado no está prohibida —porque eso supondría impedir el éxito empresarial— ello es así siempre que dicha posición dominante sea adquirida de manera legítima y no en base a normas jurídicas que sin justificación razonable la privilegian, vulnerando el principio de igualdad ante la ley, por lo que no es aceptable que el Decreto Supremo N.º 158-99-EF establezca una clasificación arbitraria, que otorga un trato preferencial a una categoría de cigarrillos, favoreciendo a algunos productores y/o comercializadores, respecto a los demás” (F. J. 4).

En este caso, es de constatar que el TC inaplicó una norma que disponía un trato diferenciado para empresarios industriales del mismo producto, con la intención velada de crear un monopolio a favor de uno de ellos. Si el TC no hubiera intervenido, el efecto de la norma hubiese sido crear un monopolio a favor de una empresa nacional, sacando o haciendo salir del mercado a la empresa extranjera.

V. B) C & S Nipón Auto Parts vs. el Poder Judicial y Más de 5000 mil ciudadanos vs. el Poder Ejecutivo (expedientes 01576-2007-AA y 00017-2004-AI).

En ambos procesos se discute básicamente el mismo tema: si una norma (decreto de urgencia) puede o no prohibir la importación de partes de autos previamente usadas, y automóviles.

El TC, utilizando nuevamente su *test de proporcionalidad*, llega a la conclusión de que el Estado no puede restringir dicha importación, en la medida en que no es una política estrictamente necesaria, al existir otras, menos gravosas.

Así, el TC señala que:

“(...) considera que, sin necesidad de adoptar una decisión como la adoptada en el artículo 1 de la norma impugnada, bien pudo el Estado llegar a los mismos objetivos sobre la base de otro tipo de alternativas, por principio, menos gravosas. Tal aseveración resulta plenamente constatable por diversos motivos, entre los que se puede detallar los siguientes: a) la congestión generada por vehículos de transporte como aquellos cuya restricción de importación se ha dispuesto, es resultado, o de la excesiva libertad de acceso al mercado de transporte, o de la falta de control de las reglas que restringen el acceso de vehículos orientados a la finalidad descrita. Se trata, en otros términos, de verificar que las reglas de libre competencia, entendida como libertad de acceso y de participación en el mercado, no están siendo correctamente observadas, pese a existir elementos que permitirían corregir los eventuales excesos; b) por otra parte, el mismo fenómeno de congestión y de la correlativa contaminación que éste genera es producto del aumento desmedido de vehículos promovido por la existencia de incentivos de mercado que, de alguna forma, exigen un control equilibrado que actualmente no se ha venido dando. No es, pues, que no se pueda participar en la actividad de transporte, sino que la regulación aplicable al ejercicio de la misma no termina siendo la más efectiva en función de la cantidad y calidad de los vehículos utilizados y a la protección del medio ambiente y la salud de los usuarios; c) otro de los aspectos que se intenta mejorar es el concerniente a la informalidad; sin embargo, este último requiere de efectivas tareas de fiscalización y sanción por parte de las autoridades competentes, las mismas que, por lo menos durante la época en que se promovió la norma impugnada, no se vinieron realizando en forma efectiva. Más que atacar el problema del tráfico no permitido sobre la base de restricciones en la adquisición de vehículos, era, pues, pertinente reforzar las tareas de fiscalización sobre quienes por tener un vehículo de transporte pretendían ejercer dicha actividad; d) lo mismo puede decirse de la seguridad de los peatones y demás vehículos que circulan por las vías del país, así como de la calidad del servicio que se ha venido prestando y que requiere inevitablemente del establecimiento de reglamentos y normas técnicas, así como del cumplimiento de requisitos o exigencias mínimas en la capacitación o formación del personal encargado de brindar el servicio de transporte; e) finalmente, la supuesta existencia de precios predatorios (perjudiciales) justifica de alguna forma y acorde con los principios de protección al consumidor y el usuario, un cierto control sobre el mercado. Esta tarea por otra parte, correspondía ser realizada por el Indecopi a través de su Comisión de Libre Competencia, sin embargo, y para la época en que fue emitida la norma cuestionada, dicha alternativa tampoco fue tomada en cuenta” (STC 00017-2004-AI, F. J. 7).

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.

Aunque esta norma podría estar basada en la protección del medio ambiente, nosotros consideramos que la norma no solo no era necesaria, sino que podría tener un efecto contrario al querido. En efecto, hay que tomar en cuenta que, aunque los repuestos usados pueden no tener la mejor calidad, si una persona los adquiere es porque son mejores a los que actualmente posee. Ser “mejor” debería incluir también contaminar menos. De esta manera, la política no era sólo innecesaria, sino de una lógica más aparente que real.

V. C) Caso World Cars Import vs Ministerio de Economía y Finanzas (expediente 03610-2008-PA)

Se trata de una demanda de amparo contra el MEF y el MTC solicitando la reposición de su derecho a importar vehículos automotores para el transporte de carga y de pasajeros con motores diesel, sin límite de antigüedad. A tal efecto solicita que se le declaren inaplicables el artículo 1 del D. Leg. 843, cuatro decretos Supremos y dos decretos de urgencia. Fundamenta su pretensión en que las mencionadas normas resultan discriminatorias respecto de quienes no ostentan los recursos económicos para adquirir vehículos con una antigüedad de dos años para los de carga e inferiores a los ocho años para los de transporte de pasajeros; que las mencionadas disposiciones vulneran su derecho a la libertad de contratación y por tanto, su derecho al trabajo. Agrega que es poco serio atribuirle a los vehículos que pretende importar el origen y la causa de los accidentes de tránsito que ocurren en nuestro país, sosteniendo además que no puede ser considerado el más grave agente de contaminación ambiental, pues ello constituye una mera especulación.

En cuanto al aspecto procesal se deja constancia que el recurrente es solo un nombre comercial con el que actúa una persona natural, comerciante o empresario. No es denominación o razón social de una persona jurídica. El nombre comercial no es persona y por tanto no es sujeto de derecho. En otras palabras, el nombre comercial carece de personalidad jurídica. No obstante lo expuesto, que podría ser razón suficiente para desestimar la demanda, el TC va al fondo del asunto y sobre este tema descubre que en autos corre un contrato privado de importación de vehículos fechado año 2000 no obstante, que el Registro Único de Contribuyente que posteriormente acompaña, recién fue emitido en el año 2007 por lo que, la veracidad o fidedignidad del contrato acompañado, es puesto en seria duda.

La ley y los reglamentos cuestionados no prohíben la importación de vehículos; solamente regulan el tipo, clase y antigüedad de los que son posibles de transar e introducir en el país. El Estado tiene el derecho de regular la materia. De otro lado, corresponde a éste la planificación de una política que concilie, a través de la ponderación, las tensiones propias que se suscitan entre la tutela del medio ambiente y el ejercicio de las libertades económicas, y de otro lado, a los particulares, el solida-

rio deber de conservar el medio ambiente, pues *“conseguir bienestar y un nivel de vida digno, es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de éste”*, pues como se sabe *“en el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni puede reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto”*.

En su sentencia, también el TC se refiere a las consecuencias generadas por la importación de vehículos usados, sobre la salud, y principalmente, sobre la vida de la población en el Perú. Una entidad especializada informó que se ha determinado con claridad la relación causa-efecto que existe entre la mayor antigüedad y obsolescencia de los vehículos y la mayor incidencia de accidentes, a saber: (i) de los vehículos de transporte público de pasajeros involucrados en accidentes de tránsito, el 79% registran una antigüedad mayor a 10 años; (ii) tratándose de vehículos privados, el 62% registra una antigüedad mayor a 10 años; (iii) tratándose de vehículo de transporte de carga, el 79% registra una antigüedad mayor a 10 años; y (iv) que la antigüedad máxima de vehículos de servicio público permitida en países como México, es de 10 años; Argentina, 10 años; Chile, 12 años; Colombia, 20 años, es muy inferior a la antigüedad permitida en el Perú, que es de 30 años. Este dato contrasta dramáticamente con la tasa de mortalidad en accidentes de tránsito que exhibe el Perú, de 25 muertos por cada diez mil vehículos, las más alta de la región, pese a que su tasa de motorización es la más pequeña, pues solamente alcanza a 49 vehículos por cada mil habitantes.

V. D) Más de cinco mil ciudadanos vs. El Congreso (expediente 0013-2007-AI).

Se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra un párrafo del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión que establecía que:

“(...). La participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen. (...)”.

La norma estaría basada en la necesidad del Estado de controlar los contenidos divulgados por los medios masivos. El TC concluye que la medida no es idónea ni necesaria para lograr este cometido.

No sería idónea por cuanto nada impide —de acuerdo a nuestra Ley General de Sociedades— que una persona tenga el control de una empresa pese a contar con menos del 50% de acciones¹⁷ (F. J. 30-33).

¹⁷ La Ley General de Sociedades 26887 vigente desde el 1 de Enero de 1998 establece en su artículo 88 que la sociedad puede crear y emitir diversas clases de acciones y que la diferencia puede

No sería necesaria, por otra parte, en la medida en que tanto los nacionales como los extranjeros están sujetos a control estatal, cuando son concesionarios de servicios de difusión masiva (F. J. 28).

Lo importante, para estos efectos, es que el TC no es indiferente ante un trato desigual a inversionistas extranjeros, sino que está dispuesto (obligado) a protegerlos igualmente.

V. E) San Fernando S.A. vs. la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete (expediente 05970-2006-AA).

Se trata de una norma que establece que los granos importados no están sujetos a las exoneraciones tributarias que sí gozan los nacionales. La demanda de amparo no

consistir en los derechos que corresponden a sus titulares. Obvio, las acciones de una determinada clase gozan de los mismos derechos. Así, podemos hablar de derechos económicos, tales como una mejor proporción en el reparto de utilidades, ver art. 39 primer párrafo; o, se preferido para suscribir un porcentaje mayor de acciones en los casos de aumento de capital, ver art. 95 inc. 4., párrafo a); o derechos político-administrativos, como tener derecho a elegir un mayor número de directores, por ejemplo, las acciones de *Fundador*, según estatutos, eligen a cuatro directores y las acciones *Comunes* a tres. Ahora bien, imaginemos que los organizadores y promotores de la empresa suscribieron el 30% del capital, creándose y oportunamente, emitiéndose, para ellos, las acciones de *Fundador*; mientras que para los demás accionistas, que fueron ingresando poco después, se creó y emitió el 70% restante, vía acciones *Comunes*. Ahora bien, al Gerente lo designa, con arreglo al art. 185 de la Ley, el Directorio, salvo que el estatuto haya reservado esa facultad a la Junta General. Es evidente que la política institucional de la empresa bajo ejemplo, la va a tener el directorio (por ser mayoría en el número de directores) y la gerencia general (designado por dicho directorio), a pesar de haber provenido de una minoría en el capital social. Conste, que si bien se ha puesto un ejemplo, con sólo 30% vs. 70%, nada obsta, según ley, para poner de ejemplo, 20% vs. 80%, o 10% vs. 90%, etcétera, siempre y cuando así se haya fijado y convenido en el estatuto que esta incorporado en el Pacto Social o documento constitutivo. Por tanto y según lo expuesto, si lo que pretendía el legislador en el Perú era mantener una mayoría peruana en el capital social de las empresas de radio y televisión para fines de asegurar la conservación de la identidad y valores nacionales en los mensajes por emitir y propalar, el freno del 40% al capital extranjero resultaba a todas luces inútil e infructuoso. El enfoque debió dirigirlo al seno del Directorio, si lo que se deseaba era manejar la política institucional, lo cual, ciertamente, hubiese constituido una intromisión absolutamente inaceptable en el marco de la libertad de empresa, comercio e industria, que el Estado garantiza. Lo que ocurre es que revisando legislación comparada, encontramos que en Chile, según ley, las empresas de radio y televisión debían tener la siguiente proporción en el capital social, 70% nacional versus 30% extranjera; Argentina, 80% nacional versus 20% extranjera, etcétera. Lo que hicimos en el TC fue apostar, entonces, por la reciprocidad, es decir, al inversionista extranjero se le preguntaría, cómo actúa tu país según tu Carta Fundamental o Ley de la materia, para el caso de un inversionista peruano, lo cual aparece como un *test* razonable, y podríamos actuar en conformidad. No olvidemos que el texto del artículo 63 presta apoyo a este esquema: “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas”. Por lo demás, advertimos, que con la tecnología y la globalización de la comunicación, ya no podíamos taponar el sol con un dedo. Esto, estaba bastante claro, aunque de todos modos, siempre era menester y preferible contar con un “seguro nacional”.

era interpuesta por un importador, sino por una empresa que compra dichos granos para alimentar a sus pollos acá. Ésta señala que:

“(…) el trato diferenciado no se sustenta en razones objetivas y proporcionadas, por los siguientes argumentos:

- *La exclusión del beneficio únicamente se restringe al caso de los avicultores que utilicen en su proceso productivo maíz duro importado, pero no a otras actividades de crianza de animales que igualmente lo utilicen.*
- *En el caso de actividades agroindustriales, la ley autoriza que mediante Decreto Supremo se establezcan los porcentajes mínimos de productos e insumos locales que deberán utilizarse para ser beneficiarios de la norma (artículo 2.2 y 2.3), lo que permite que pueda emplearse un porcentaje de insumos o productos importados.*
- *Por querer proteger al agricultor nacional que produce maíz, la ley incurre en la incongruencia de excluir a otro productor del sector agrario, el avicultor nacional, a pesar que la ley en su artículo 2.1 lo involucra como un sector a promover, conforme a los objetivos de la Ley.*
- *La exclusión del beneficio a quien utilice maíz importado, no resulta el medio idóneo para la finalidad promocional, pues para ello existen medidas de protección arancelarias, o similares.*
- *No se ha considerado que, conforme a las cifras oficiales de la Oficina de Información Agraria del Ministerio de Agricultura, la producción nacional de maíz amarillo sólo cubre cerca de la mitad de la demanda interna, lo que obliga, por razones de necesidad, a importar el resto de este producto para atender la producción avícola, como sucede en el caso de la empresa recurrente.*
- *No resulta equitativo que por el hecho de utilizar maíz amarillo duro importado para atender necesidades productivas, ante la insuficiencia de la producción nacional, la empresa recurrente se vea excluida de acogerse al régimen promocional del sector agrario a pesar de ser parte de este”.*

Ante esto, el TC señaló que:

“(…) considera que dicho trato desigual no está debidamente justificado, y ello porque se ha dejado de lado a sujetos o actividades puestas en circunstancias idénticas (sector avícola) de manera irrazonable y desproporcionada. En efecto, no puede considerarse de manera alguna equitativo que por el simple hecho de verse obligada a utilizar en el proceso productivo el “maíz amarillo duro importado” ante la insuficiencia de la producción nacional, tal y como lo acreditan las cifras oficiales de la Asociación Peruana de Avicultura, la demandante se vea excluida de acogerse al régimen promocional del sector agrario, a pesar de que, como se ha hecho referencia ya en el fundamento 20, supra, forma parte del sector agrario.

Por tanto, no existiendo un elemento objetivo que justifique el trato diferenciado, la norma afecta el principio de igualdad y debe ser inaplicada al caso materia de análisis” (F. J. 26-27).

Nuevamente, el TC no avala el “proteccionismo” a expensas de las libertades económicas, sea de nacionales o extranjeros.

8. COMENTARIO FINAL

Si bien no se puede decir que absolutamente toda la jurisprudencia del TC sea uniforme; como hemos podido apreciar, el TC ha tenido, sin duda, un papel activo en la protección de las libertades económicas. De esta manera, nuestro TC puede ser considerado una garantía, más allá del Poder Judicial, de que las inversiones extranjeras en nuestro país reciben y recibirán un trato igualitario. Esto, sin duda, alienta a que haya más confianza y se logren mayores niveles de desarrollo. La inversión extranjera tiene asegurado en nuestro país, vía el Tribunal Constitucional y según la doctrina jurisprudencial y jurisprudencia vinculante desarrollada por él, un trato igualitario.

En resumen y según la Constitución Política la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía de mercado. El Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. El Estado garantiza la libertad de empresa. El Estado promueve a las pequeñas empresas en todas sus modalidades. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de empresa. El Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, solamente autorizado por ley expresa y siempre y cuando exista alto interés público y manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial pública y no pública recibe el mismo tratamiento legal. El Estado facilita y vigila la libre competencia combatiendo el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. 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. Los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos.

El régimen constitucional tributario peruano: una perspectiva jurisprudencial



JORGE LEÓN VÁSQUEZ

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

SUMARIO: 1. Presentación: “¿Constitución impositiva?”. 2. El deber constitucional de contribuir y el principio de solidaridad. 3. Fines extrafiscales de los tributos. 4. El derecho a la intimidad como límite a la potestad fiscalizadora de la administración tributaria. 5. Derecho a la igualdad y beneficios tributarios. 6. La “renta ilícita” en perspectiva constitucional. 7. Algunas consideraciones finales.

Resumen: *En el contexto actual del desarrollo del Derecho constitucional puede decirse que éste ejerce una influencia bastante importante sobre las distintas disciplinas jurídicas, entre ellas el Derecho tributario. Muchos principios e instituciones de esta disciplina jurídica se redimensionan por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales y de los principios de fuerza normativa y supremacía jurídica de la Constitución. En este proceso es decisiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, progresivamente, viene perfilando los contornos jurídicos del Derecho constitucional tributario, a fin de armonizar el ejercicio de la potestad tributaria del Estado con el respeto pleno de los derechos fundamentales de las personas.*

Abstract: *In the current context of the Constitutional Law development it can be said that it exercises a very important influence on the different legal disciplines; the Tax Law is among them. Many principles and institutions of this legal discipline are resized by the irradiation effect of the fundamental rights and of the principles of normative force and legal supremacy of the Constitution. The case law of the Constitutional Court is decisive in this process, which progressively outlines the legal surroundings of the Tax Constitutional Law, in order to harmonize the exercise of the tax authority of the State, fully respecting the fundamental rights of the persons.*

1. PRESENTACIÓN: “¿CONSTITUCIÓN IMPOSITIVA?”

Uno de los capítulos esenciales del Derecho constitucional económico es el régimen constitucional tributario que, en el caso peruano, está definido principalmente en el artículo 74 de la Constitución. Sin embargo, sería un error pensar que esta disposición agota la regulación del régimen constitucional tributario. Forman parte también de él, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 2.5 que se refiere a la reserva tributaria y al secreto bancario; el tercer párrafo del artículo 2.10, referido a los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos; el artículo 19, que alude al régimen tributario de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos; el último párrafo del artículo 32 que prohíbe someter a referéndum las normas de carácter tributario; el artículo 41 que exige a los funcionarios y servidores públicos hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos; el último párrafo del artículo 56 que prevé la aprobación por parte del Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; el último párrafo del artículo 79 prevé que sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país; el segundo párrafo del artículo 97 que reconoce a las comisiones investigadoras del Congreso la facultad para acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; el artículo 118.20 que reconoce la competencia del Poder Ejecutivo para regular las tarifas arancelarias; el artículo 148 que se refiere a que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa; el artículo 193.3 que considera como bienes y rentas de los gobiernos regionales a los tributos creados por ley a su favor; el artículo 196.2 y 3 que considera como bienes y rentas de las municipalidades a los tributos creados por ley a su favor, así como las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por Ordenanzas Municipales, conforme a ley.

No obstante es en el artículo 74 donde se establece el marco constitucional principal de la potestad tributaria del Estado y, al mismo tiempo, fija sus límites constitucionales. La potestad tributaria estatal no es otra cosa que la capacidad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para establecer beneficios tributarios. Esta potestad, en realidad, no está “centralizada” sino que puede ser ejercida también por los gobiernos regionales y locales. Sin embargo, la potestad tributaria no es irrestricta; está sujeta a los principios constitucionales expresos o tácitos que están comprendidos en el artículo 74¹, pero también está limitada por el catálogo de derechos fundamentales que la Constitución también reconoce.

Como todo acto de la administración no se legitima por sí mismo, los actos de la administración tributaria sólo serán válidos si es que el ejercicio de la potestad

1 LANDA, César. “Los principios constitucionales tributarios”. En: *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2006. pp. 203 y ss.

tributaria del Estado se realiza respetando los principios constitucionales de los tributos y sin afectar arbitrariamente los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, los principios constitucionales tributarios, al tiempo que constituyen límites al ejercicio de la potestad tributaria, son también garantías que se pueden oponer frente a esa potestad, sobre todo, cuando el Estado incurre en un exceso de poder. La sanción que la Constitución prevé para el ejercicio arbitrario de la potestad tributaria es bastante drástica. El último párrafo del artículo 74 establece: “no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

A este último párrafo del artículo 74 de la Constitución casi no se le ha dado mayor relevancia o si es que se le ha reconocido cierta importancia es por el contenido sancionatorio de nulidad que comporta. Sin embargo, creo que la importancia de esta previsión está en el hecho de que consagra el *principio de constitucionalidad tributaria*, que significa, para nosotros, básicamente dos cosas: 1) que no es la ley sino la Constitución la que otorga validez constitucional al ejercicio de la potestad tributaria y 2) que la interpretación y aplicación de la legislación tributaria debe hacerse *desde* la Constitución; en otros términos, la administración tiene el deber de realizar una lectura constitucional de las normas tributarias.

El primero es una exigencia del actual Estado constitucional democrático en el cual la ley no es más el elemento fundamente del ordenamiento jurídico (concepción propia del Estado liberal decimonónico). La otrora supremacía de la ley ha dado paso a la supremacía de la Constitución: esto se refleja, por un lado, en el principio constitucional de fuerza normativa de la Constitución y del principio de supremacía jurídica de la misma (artículo 51).

Según el primero, la Constitución no es sólo un documento político, sino también norma jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la ley; de acuerdo con el segundo, todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es *higher law* y obliga por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública.

La potestad tributaria del Estado está sometida, en primer lugar, a la Constitución y, luego, a la ley: de ahí que creo se puede hablar de una *Constitución impositiva* o de la imposición tributaria, que ha tenido un notable desarrollo, sobre todo, debido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que viene perfilando progresivamente el marco constitucional del régimen tributario peruano, como se verá a continuación a partir de algunas sentencias recientes.

2. EL DEBER CONSTITUCIONAL DE CONTRIBUIR Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

La Constitución de 1979 contenía un capítulo específico que regulaba una serie de deberes fundamentales de la persona. Su artículo 77 específicamente señalaba que “[t]odos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”. Similar disposición no aparece expresamente considerada en

la Constitución de 1993, lo que no excluye que el deber de contribuir sea también considerado como un deber constitucional.

Y es que el Estado Constitucional no obvia los principios y derechos básicos como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; por el contrario, pretende conseguir su mayor efectividad, a partir de otorgarles una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías excluyentes, sino dos términos en implicación recíproca. Muchos derechos fundamentales, para su real eficacia, necesitan previamente de una base económica mínima que el Estado debe garantizar para que esos derechos, sobre todo los de contenido económico, no queden en el plano desiderativo.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el Estado Social y Democrático de Derecho se configura sobre la base de dos elementos básicos: 1) La exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y *con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal*; y 2) la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculos para su desarrollo social.

Para el Tribunal, la transformación de las relaciones entre el Estado y las personas, particularmente de la transformación de los roles sujeto privado-sujeto público, ha determinado una mayor asunción de deberes por parte de los ciudadanos, entre ellos el deber constitucional de tributar. La búsqueda de una sociedad más equitativa puede lograrse a partir de que cada ciudadano, de acuerdo a su capacidad contributiva, aporta parte de su riqueza para su redistribución en mejores servicios y cobertura de necesidades estatales. Puede decirse, a nuestro criterio, que existiendo el deber del ciudadano de contribuir, ello lleva aparejada la obligación del Estado de utilizar racionalmente esas contribuciones en atender las necesidades básicas de la población.

Este deber de contribuir tiene que ser sustentado en criterios de equidad porque el gasto social, como dice el propio Tribunal, no puede ser costado únicamente por la tributación de unos pocos, si bien se ha reconocido, como se verá más adelante, también el *principio de solidaridad*. En este caso, la propia búsqueda de la igualdad es la que justifica la intervención en el valor libertad del ciudadano a través del tributo, o más concretamente en su derecho a la propiedad, pero ello sólo será constitucionalmente válido en la medida que ese deber de contribuir no se torne confiscatorio; pero, además, cuando los ingresos recaudados sean destinados efectivamente para financiar el gasto público de servicios necesarios para la población y que la provisión de esos servicios refleje una redistribución social de la riqueza.

Sobre el principio de solidaridad el Tribunal Constitucional ha señalado que éste se encuentra consagrado, implícitamente, en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado social de Derecho (artículo 43 de la Constitución). Se trata, ha dicho, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas

personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado². La solidaridad permite, entonces, admitir una mayor flexibilidad y adaptación de la figura impositiva a las necesidades sociales, en el entendido de que nuestro Estado Constitucional no actúa ajeno a la sociedad, sino que la incorpora, la envuelve y la concientiza en el cumplimiento de deberes. En el Estado social el ciudadano no tiene sólo ya el deber de pagar sus tributos sino que asume deberes de colaboración con la administración, los cuales se convierten en verdaderas obligaciones jurídicas. Lo trascendente en este punto, de acuerdo con el Tribunal, es la siguiente transformación: se pasa de un deber de contribuir basado fundamentalmente en la capacidad contributiva, a un deber de contribuir basado en el principio de solidaridad.

3. FINES EXTRAFISCALES DE LOS TRIBUTOS³

Sobre la cuestión de si la potestad tributaria puede utilizarse para fines distintos al recaudatorio existe hoy un debate interesante en la doctrina. Se dice que cuando un tributo se orienta primordialmente a un fin distinto del recaudatorio estaremos frente a un tributo extrafiscal⁴. Es una cuestión sobre la cual el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado. Para éste, si bien la función esencial de la potestad tributaria es la recaudación (pero no entendida como un fin en sí mismo sino como un medio de financiamiento del gasto público) excepcionalmente puede ser utilizado con una finalidad extrafiscal. En general, la cuestión que se plantea en el debate sobre la admisión de la extrafiscalidad de los impuestos, es determinar hasta dónde ella es permisible conforme a los parámetros de nuestra Constitución.

Particularmente considero que esta extrafiscalidad se legitima, sobre todo, cuando lo que se persigue es la realización de otros bienes constitucionales: el derecho al medio ambiente⁵, a la salud o el derecho a la igualdad, por ejemplo. Puede afirmarse, por ello, que el sistema fiscal no es ni puede ser ajeno a la consecución de otras finalidades que tienen raigambre constitucional, al punto que es factible que se le considere como un instrumento más de transformación social, de corrección de desequilibrios económicos, sociales y culturales, e incluso ambientales⁶.

Un caso típico de impuesto que, además de su función recaudadora, solía servir al Estado para cumplir una finalidad extrafiscal es aquel en el cual el Tribunal ha señalado que las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por

2 STC 0004-2004-AI, acumulados, FJ 9.

3 STC 06626-2006-PA/TC

4 YEDRA MARTUL-ORTEGA, Perfecto. "Los fines extrafiscales del impuesto". En: AMATUCCI, Andrea (director). *Tratado de Derecho tributario. El Derecho tributario y sus fuentes*. T. I. Bogotá: Temis, 2001, p. 358.

5 PERRONE CAPANO, Raffaele. "La imposición y el ambiente". En: AMATUCCI, Andrea (director). *Tratado de Derecho tributario. El Derecho tributario y sus fuentes*. T. I. Bogotá: Temis, 2001, pp. 421 y ss.

6 Al respecto, RÍOS GRANADOS, Gabriela. *Tributación ambiental: la contribución por gasto*. México D.F.: UNAM, 2007, p. 50.

el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido no incentivar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas⁷. Ello en razón a en que el ocio que promueve el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera como consecuencia de los juegos de apuesta que pueden generar adicción —ludopatía— con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia.

Puede considerarse este caso como uno de los primeros en el cuales el Tribunal Constitucional optó por considerar acorde a Derecho, desde el punto de vista constitucional, la finalidad extrafiscal de un tributo. Pero debe advertirse que esta aceptación tiene un carácter excepcional. El uso de la tributación para desalentar actividades que el legislador considera nocivas para la sociedad se ve compensada con la necesidad de proteger, como ya se dijo, otros bienes constitucionales. De ahí que los tributos cumplen también una función constitucional vinculada con los valores superiores de justicia y solidaridad⁸.

4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE A LA POTESTAD FISCALIZADORA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA⁹

Resumen del caso. El señor Fernando Vásquez Wong presentó una demanda de amparo contra la administración tributaria, con la finalidad de que se declare inaplicables parte de un requerimiento tributario. Consideraba que dicho requerimiento vulneraba su derecho fundamental a la intimidad, pues la administración tributaria le solicitó que detalle sus gastos personales, identifique dichos gastos con cargos o egresos en sus cuentas bancarias, manifieste con carácter de declaración jurada si en los ejercicios tributarios bajo revisión realizó viajes al extranjero, solo o acompañado, debiendo identificar a la persona con la que viajó, fecha de salida y retorno, motivos del viaje y el monto gastado por cada vez que viajó. La administración tributaria, asimismo, le solicitó que proporcione documentación sustentatoria de los consumos personales y familiares en alimentación, vestido, mantenimiento de casa de habitación y vehículos, servicios públicos, educación, diversión, recreación, entre otros. Las instancias judiciales inferiores negaron la tutela del derecho que el señor Vásquez consideraba vulnerado.

Análisis y comentario. El artículo 74 de la Constitución peruana establece que el Estado al ejercer la potestad tributaria debe respetar los derechos fundamentales. A partir de esta previsión constitucional, el Tribunal Constitucional en múltiple jurisprudencia ha reiterado su posición de que el respeto de los derechos fundamentales constituye un factor de legitimación de la propia potestad tributaria y, al mismo tiempo, se erigen como límites al mismo. Particularmente ha señalado que los principios

7 STC 009 – 2001-AI/TC, FJ 2.

8 LANDA, César. *Jurisprudencia y doctrina constitucional tributaria*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales-Gaceta Jurídica-UNMSM, 2006, p. 6.

9 STC 04168-2006-PA/TC.

constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad del Estado¹⁰.

La vinculación de la administración tributaria del Estado peruano a los derechos fundamentales no es distinta a la de otros entes públicos. El deber especial de protección de la administración frente a tales derechos no sólo es una concretización del carácter fundamental de éstos, sino que también constituyen el reflejo de que la administración tributaria no está al margen, ni mucho menos, de respetar los derechos fundamentales de las personas. La potestad fiscalizadora de la administración tributaria, con miras a la recaudación fiscal, tiene un carácter discrecional según el Código Tributario (artículo 62). Esta discrecionalidad exige, inclusive en mayor medida, una más fuerte vinculación de la administración tributaria a los derechos fundamentales. La discrecionalidad administrativa sin límites corre el riesgo de convertirse en arbitrariedad.

Es cierto que existe el deber de la administración tributaria, para fines de la recaudación fiscal, de reducir a su mínima expresión los casos de evasión tributaria, que teóricamente al menos no debe darse en la medida que existe también el deber constitucional de tributar. El amplio margen de discrecionalidad para realizar el procedimiento de fiscalización no le autoriza a ella llevar a cabo la fiscalización tributaria desvinculada de los derechos fundamentales. Pero de ahí no se deriva que la administración tributaria tenga una suerte de *privilegium fisci* frente a los derechos fundamentales¹¹.

No es suficiente, como alegó la administración tributaria, el hecho que las exigencias planteadas al demandante se hallaban sustentadas en los artículos 62.1 y 87.5 y 6 del Código Tributario. Ello por la sencilla razón de que en el Estado constitucional contemporáneo no es la ley sino la Constitución la que legitima los actos de la administración tributaria. La ley puede ser inconstitucional y una ley inconstitucional no sirve como parámetro de legitimación de los actos de la administración; menos en la relación de ésta con los derechos fundamentales. Los actos de la administración tributaria gozan de una presunción de constitucionalidad, pero es una presunción relativa (*iuris tantum*).

Con esto no se quiere decir que los derechos fundamentales sean absolutos. Es posición jurisprudencial uniforme del Tribunal sostener que estos derechos admiten límites en la medida que se conciben como derechos relativos. Pero esa relatividad no autoriza cualquier tipo de injerencia o intervención principalmente en la esfera de su núcleo esencial, sino aquella que sea razonable y proporcional. El Tribunal Constitucional reconoce ciertamente la facultad de la administración tributaria (artículo 62, Código Tributario) para exigir la “presentación de informes y análisis relacionados con hechos imponible, exhibición de documentos y correspondencia comercial rela-

10 STC 0042-2005-AI/TC, FJ 7.

11 SANTAMARÍA PASTOR, Juan. “Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”. En: REDC, Año 5, N.º 15, septiembre-diciembre, Madrid, 1985, pp. 159 y ss.

cionada con hechos que determinen tributación, en la forma y condiciones solicitadas (...)”. Mientras que en el artículo 87 se detallan las obligaciones de los administrados, siendo éstas, entre otras, la de presentar y exhibir las declaraciones, informes, libros de actas registros y libros contables y demás documentos relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, así como permitir el ejercicio de control por parte de la administración tributaria.

Ahora bien, la cuestión central era determinar si tenía respaldo constitucional los requerimientos efectuados por la administración tributaria que el demandante consideraba excesivo. Una de las sistematizaciones dogmáticas más importantes que se han elaborado en la dogmática constitucional sobre el derecho a la intimidad es el que distingue: la *Intimsphäre* (que comprende la esfera de lo secreto y se vulnera cuando se llega al conocimiento de hechos o noticias que deben permanecer ignoradas, o cuando se comunican tales hechos o noticias), la *Privatsphäre* (que equivale a nuestra noción de lo íntimo y protege el ámbito de la vida personal y familiar que se desea mantener a salvo de la injerencia ajena o/y de la publicidad; y, finalmente, la *Individualsphäre*, que se refiere a todo aquello que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona (el honor, el nombre, la imagen...)”¹².

El derecho a la intimidad, según el Tribunal Constitucional implica la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución. De esta manera, no sólo se hace hincapié en un ámbito negativo de su configuración, sino también en el positivo¹³. Parte del contenido del derecho a la intimidad es el que se manifiesta a través de la denominada intimidad económica. Según ésta se consideran objeto de protección constitucional aquellos aspectos económicos privados que atañen a las personas. No se protege las cuestiones económicas *per se*, sino la relación de éstas con quien es titular del derecho fundamental a la intimidad en un sentido amplio¹⁴. El secreto bancario y la reserva tributaria constituyen sólo parte del objeto de protección de la intimidad económica. Precisamente, el cuestionamiento del demandante a la facultad de fiscalización de la administración tributaria radicaba en que dicha facultad resultaba invasiva de su derecho a la intimidad.

Es pertinente precisar que la facultad de fiscalización es inherente a la potestad tributaria que la Constitución le reconoce al Estado. Pero esa facultad, o mejor su ejercicio, no debe transgredir la esfera de protección del derecho a la intimidad económica. La administración tributaria puede solicitar en definitiva la información tributaria del contribuyente. En ningún caso, sin embargo, puede solicitar datos que no

12 HUBMANN, H. Citado por PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 8.ª edición, 2003, p. 328.

13 STC 6712-2005-HC/TC, FJ 38.

14 JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés. “Comisiones de investigación, intimidad e información tributaria”. En REDC, Año 20, N.º 60, septiembre-diciembre, Madrid 2000, p. 53

sean conducentes o idóneos a su potestad fiscalizadora: por ejemplo, para identificar un supuesto de desbalance patrimonial o ya para identificar un supuesto de evasión tributaria. Inclusive en este supuesto, la administración tributaria debe adoptar las medidas necesarias a fin de que la información obtenida no se torne accesible a terceros. Resultaba desproporcionado, pues, que la administración tributaria requiera al administrado identificar a la persona con la que viajó porque, a juicio del Tribunal no aportaba, datos relevantes para determinar un probable desbalance patrimonial del actor. No existía una finalidad de relevancia tributaria evidente.

5. DERECHO A LA IGUALDAD Y BENEFICIOS TRIBUTARIOS¹⁵

Resumen del caso. San Fernando S.A. presentó una demanda de amparo contra la administración tributaria. Consideraba vulnerados su derecho fundamental a la igualdad tributaria, el principio de reserva de administración y jerarquía de los tratados. Según su alegato, se le debía inaplicar, el artículo 2.2.4 de la Ley N.º 27360, a fin de que pudiera acceder a los beneficios tributarios establecidos por la mencionada norma correspondientes al período fiscal 2002-2005. Dicho artículo disponía que los beneficios establecidos por dicha ley no serán aplicables a aquellas actividades avícolas donde se utilice maíz amarillo duro importado. Bajo este supuesto, se consideraba discriminada porque al no ser suficiente la producción nacional de maíz amarillo duro, la demandante se veía en la necesidad de comprar el producto importado; con lo cual se ponía al margen del supuesto del beneficio tributario.

Además sostenía que en el supuesto que el numeral de la norma mencionada tuviera por finalidad fomentar un aspecto específico de la agricultura nacional (los cultivos de maíz amarillo duro), el legislador habría utilizado un mecanismo inadecuado, dado que dicha finalidad debió ser perseguida mediante un arancel, conforme sostiene la doctrina; además de que la norma en cuestión deviene en inconstitucional puesto que establece un arancel mediante una ley, excluyendo al Poder Ejecutivo de ejercer dicha competencia exclusiva.

A ello se sumó el argumento de que la norma también es inconstitucional por contravenir lo establecido por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio — GATT —, aprobado por Resolución Legislativa N.º 26407, cuyo numeral 1 del artículo III de la Parte II establece que los estados se comprometen a no utilizar los tributos u otras cargas que afecten la venta de los productos importados de manera que se proteja la producción nacional y que, por tanto, debido a que el numeral 2.4 del artículo 2 de la Ley N.º 27360 permite que los consumidores de maíz amarillo duro nacional sean beneficiados, entre otras cosas, con una menor tasa impositiva por Impuesto a la Renta en relación con los consumidores de maíz amarillo duro importado, se estaría desalentando el consumo del producto importado, por lo cual tal norma es contraria al GATT y, en consecuencia, es inconstitucional.

15 STC 5970-2006-AA/TC.

Análisis y comentario del caso. En múltiples sentencias¹⁶ el Tribunal Constitucional ha afirmado que los beneficios tributarios no constituyen derechos fundamentales del contribuyente, pues en realidad se trata de regímenes tributarios especiales, cuyo estatuto jurídico distinto determina que su violación o amenaza de violación deba encontrar tutela a través de la jurisdicción ordinaria, y no en sede constitucional. Ciertamente, el artículo 74 de la Constitución no alude a los beneficios tributarios en general, sino que se limita a señalar que las exoneraciones tributarias deben ser establecidas mediante leyes —se entiende en sentido formal— o a través de decretos legislativos. Sin embargo, del hecho que la Constitución mencione el régimen jurídico que debe seguirse para el establecimiento de dichas exoneraciones, de ahí no se deriva que los mismos tengan la naturaleza propia de los derechos fundamentales.

Si ello es así entonces, en principio, cualquier demanda de amparo que tenga como finalidad el reconocimiento de un específico beneficio tributario debe ser declarada improcedente. No todo derecho puede ser objeto de tutela mediante el proceso constitucional de amparo, sino sólo aquellos que tienen un sustento constitucional directo, de acuerdo con el artículo 38 del Código Procesal Constitucional. Es más, como señala el artículo 5.1 del mencionado Código, inclusive no todo ámbito del derecho fundamental entra en la esfera de protección vía amparo, sino únicamente el que se refiere al contenido constitucional protegido del derecho presuntamente violado. Los beneficios tributarios, al no tener la categoría de derechos fundamentales, no pueden, *prima facie*, ser objeto de protección mediante este proceso constitucional.

Es coherente con este argumento, las reglas fijadas por el Tribunal Constitucional en la sentencia en comentario. Para el caso de los beneficios tributarios, el proceso de amparo resulta improcedente cuando lo que se pretende es: (1) que se interprete de manera favorable a la parte recurrente un haz de normas legales, a efectos de determinar si le corresponde una exoneración, 2) que se interprete un convenio de estabilidad tributaria en concordancia con diversas normas legales, a efectos de determinar que a la parte recurrente le corresponde una exoneración; y 3) que se revoque, vía el proceso constitucional de amparo, la decisión política de dejar sin efecto una exoneración —cuya naturaleza es la de un beneficio excepcional— y, de este modo, perennizar el beneficio a favor de un contribuyente determinado.

El común denominador en estos supuestos es el de solicitar vía amparo el reconocimiento de un beneficio tributario de origen legal, cuya titularidad inclusive puede encontrarse en duda o, de suyo, declarar vía el proceso de amparo la continuidad de una exoneración dejada sin efecto por quien la otorgó.

Lo dicho hasta aquí, sin embargo, debe ser matizado con otro supuesto. Si bien la posibilidad de acogerse a un beneficio tributario, en sentido estricto, no constituye un derecho fundamental, la denegatoria del acceso al mismo por la aplicación de una norma que vulnera derechos y principios constitucionales (principalmente los con-

16 STC 3143-2006-AA/TC, STC 0325-2003-AA/TC, STC 0415-2002-AA/TC, STC 0499-2002-AA/TC, entre otras.

sagrados en el artículo 74 de la Constitución) sí constituye materia revisable dentro de un proceso constitucional de amparo. Pero en este caso no es tanto por el acceso mismo al beneficio tributario, sino más bien porque dicho acceso se basa en una norma que eventualmente puede resultar lesiva de los derechos fundamentales. En este supuesto, el juez del amparo no sólo tiene el deber de cuidar que no se desnaturalice el objeto fundamental de este proceso (tutelar derechos fundamentales o de sustento constitucional directo o el contenido protegido de los mismos), sino también el de cuidar de no invadir competencias y prerrogativas que son exclusivas de quienes, por mandato constitucional, están facultados para ejercer la potestad tributaria¹⁷.

Precisamente, el caso resuelto por el Tribunal Constitucional se acerca a este supuesto con el matiz ya señalado. Es decir, se trata de un caso que está referido ciertamente al acceso a un beneficio tributario específico, pero en el cual se atribuye, a la disposición legal que la prevé, incurrir en un supuesto de discriminación que está proscrita por el artículo 2.2 de la Constitución que recoge la cláusula de igualdad. Lo que se alega, pues, es un presunto trato discriminatorio en el otorgamiento de un beneficio tributario, con la consecuente vulneración del derecho a la igualdad en materia tributaria de la empresa demandante.

El Tribunal precisó la controversia en estos términos: “en este caso, no se discute la extensión de un beneficio legal derogado, tampoco se pretende que el juez del amparo interprete normas legales para concluir que a la recurrente le corresponde gozar de un beneficio tributario; sino más bien se busca que el juez constitucional evalúe la norma legal que otorgó el beneficio en cuestión y determine si en dicho proceso el Legislador respetó el principio de igualdad ante la ley en materia tributaria”. Al tener relación la controversia constitucional con la violación del principio-derecho a la igualdad, a propósito de un beneficio tributario, se estima pertinente para su resolución el proceso constitucional de amparo, más aún si no se requería una actuación probatoria compleja.

La igualdad, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha tenido un tratamiento desde una triple perspectiva: como *valor superior*, como *principio constitucional* y como *derecho fundamental*. La diferencia entre estos radica en que el valor constitucional tiene un mayor grado de abstracción, por cuanto son metanormas o decisiones fundamentales del poder constituyente; al punto que no es reconocible un Estado constitucional y democrático que no tenga como uno de sus valores superiores a la igualdad. El principio constitucional tiene un grado de abstracción mucho menor que el valor superior porque se constituye en un límite concreto a la actuación de los poderes públicos, pero también al de los poderes privados. En tanto derecho fundamental, la igualdad supone ya actuaciones mucho más concretas: negativas (de no ser afectada) y positivas (debe garantizarse su realización) por parte del Estado principalmente; y quien considere que se afecta su derecho fundamental a la igualdad puede recurrir al proceso de amparo para su reparación.

17 STC 10138-2005-PI/TC.

Siendo así, la controversia que el Tribunal debía resolver era si se había violado el derecho a la igualdad en materia tributaria de la empresa demandante. El derecho a la igualdad se concretiza en sus dimensiones: como igualdad *ante* la ley y como igualdad *en* la aplicación de la ley. La igualdad ante la ley se materializa cuando una norma legal debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la misma situación jurídica descrita en el supuesto de hecho de la norma; mientras que la igualdad en la aplicación de la ley implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

En la Constitución peruana (artículo 2.2) no sólo se ha consagrado el derecho a la igualdad en sus dos dimensiones ya señaladas, sino que además ha previsto cláusulas específicas de no discriminación: nadie puede ser discriminado por su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Pero debe tenerse presente que no todo trato diferenciado, necesariamente, constituye una discriminación. La diferenciación que se sustenta en criterios objetivos y razonables no vulnera el derecho a la igualdad. Pero cuando la diferenciación se realiza irrazonablemente, con criterios subjetivos y que, además, no está justificada, entonces estamos ante un supuesto de discriminación no tolerada por la Constitución¹⁸.

Quizá una de las cuestiones más relevantes del presente caso sea aquella consideración del Tribunal que hace referencia al hecho de que la búsqueda de una sociedad más equitativa (plasmada en el artículo 44 de la Constitución) puede lograrse a través de la tributación, pues a través de ella cada ciudadano, respondiendo a su capacidad contributiva, aporta parte de su riqueza para ser redistribuida en mejores servicios; de ahí que quienes ostentan la potestad tributaria, deban exigir al ciudadano a contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos sin distinción ni privilegios.

Así, el principio-derecho a la igualdad en materia tributaria se realizaría siempre que cada uno tribute de acuerdo a su capacidad contributiva y no se establezcan arbitrariamente tratamientos tributarios discriminatorios. Ciertamente el sector de la doctrina entiende que la igualdad en materia tributaria debe ser entendida en dos sentidos: 1) en sentido jurídico: como paridad de posiciones, excluyendo los privilegios de clase, de raza y de religión, de modo que los contribuyentes se encuentren en iguales circunstancias y puestos ante un mismo régimen fiscal; 2) en sentido económico: la obligación de contribuir a las cargas públicas en igual medida, en relación con la capacidad contributiva de cada uno¹⁹.

El régimen tributario en el Perú forma parte de lo que se denomina la Constitución económica o del régimen económico. Siendo así, la igualdad implica una

18 STC 0048-2004-PI/TC

19 UCKMAR, Víctor. *Principios comunes del Derecho constitucional tributario*. Bogotá: Temis, 2002, p. 59.

evaluación, de acuerdo con el Tribunal, en dos niveles: a) desde la faz positiva, se debe verificar si el legislador o el llamado a ejercer la potestad tributaria incluyó dentro del supuesto de hecho a sujetos con la misma capacidad contributiva; b) desde la faz negativa, corresponde determinar si en la exclusión de tributación se dejó de lado a sujetos o actividades puestas en circunstancias idénticas de manera irrazonable y desproporcionada. Sobre el primero se ha dicho que la igualdad, en materia tributaria, tiene estrecha relación con el principio de capacidad contributiva a efectos de que la carga tributaria sea directamente proporcional a la capacidad económica de los concretos particulares que se ven afectados por el tributo²⁰.

En cuanto a lo segundo cabe decir que del principio de igualdad tributaria se deriva, como regla jurídica, que todas las personas deben cumplir con el deber constitucional de tributar. Los beneficios tributarios son excepcionales y temporales. La excepcionalidad debe sustentarse, como es obvio, en criterios que sean a la vez objetivos y razonables; mientras que la temporalidad supone que los beneficios tributarios no pueden ser establecidos *sine die*, sino que deben estar sujetos a periodos específicos y determinados: lo excepcional no puede convertirse, pues, en ordinario.

A tenor de lo afirmado, el Tribunal ha señalado que “los beneficios tributarios responden a políticas y objetivos concretos que justifican que se otorgue un trato *excepcional* a determinadas actividades o personas que normalmente estuvieran sujetas a tributar, (...) el acto por el cual se otorga un beneficio tributario no es ni puede ser enteramente discrecional por cuanto podría devenir en arbitrario, sino que debe realizarse no sólo en observancia de los demás principios constitucionales tributarios, sino que también debe ser necesario, idóneo y proporcional. Lo contrario supondría llevar a supuestos de desigualdad injustificada cuando no de discriminación, lo cual, de acuerdo con nuestra Constitución (artículo 2, inciso 2) está proscrito”²¹.

Ahora bien, en el caso específico la Ley N.º 27360, “Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario” tenía como objetivo declarar de interés prioritario la inversión y desarrollo del sector agrario. Para ello, consideró entre sus beneficiarios al rubro “cultivo o crianza”. Es decir, la ley, primigeniamente comprendía entre los sectores a los que debía favorecerse, al avícola, lo cual incluía a la empresa demandante. Sin embargo, debe considerarse que en el numeral 2.4 la ley disponía que era beneficiario de la norma, “solamente la actividad avícola que no utilice maíz amarillo duro importado en su proceso productivo”. La demandante cuestionó la constitucionalidad del artículo 2.2.4 de la Ley 27360 porque consideró que el trato diferenciado no se sustentaba en razones objetivas y proporcionadas.

Los argumentos esgrimidos para realizar esta afirmación fueron las siguientes: a) la exclusión del beneficio únicamente se restringe al caso de los avicultores que utilicen en su proceso productivo maíz duro importado, pero no a otras actividades de crianza de animales que igualmente lo utilicen; b) en el caso de actividades agroindus-

20 STC 0001-2004-AI/TC y STC 0002-2004-AI/TC.

21 STC 0042-2004-AI/TC, FJ 14.

triales, la ley autoriza que mediante Decreto Supremo se establezcan los porcentajes mínimos de productos e insumos locales que deberán utilizarse para ser beneficiarios de la norma (artículo 2.2 y 2.3), lo que permite que pueda emplearse un porcentaje de insumos o productos importados; c) por querer proteger al agricultor nacional que produce maíz, la ley incurre en la incongruencia de excluir a otro productor del sector agrario, el avicultor nacional, a pesar que la ley en su artículo 2.1 lo involucra como un sector a promover, conforme a los objetivos de la Ley; d) la exclusión del beneficio a quien utilice maíz importado, no resulta el medio idóneo para la finalidad promocional, pues para ello existen medidas de protección arancelarias o similares; e) no se consideró que, conforme a las cifras oficiales de la Oficina de Información Agraria del Ministerio de Agricultura, la producción nacional de maíz amarillo sólo cubre cerca de la mitad de la demanda interna, lo que obliga, por razones de necesidad, a importar el resto de este producto para atender la producción avícola, como sucede en el caso de la empresa recurrente; f) no resulta equitativo que por el hecho de utilizar maíz amarillo duro importado para atender necesidades productivas, ante la insuficiencia de la producción nacional, la empresa recurrente se vea excluida de acogerse al régimen promocional del sector agrario a pesar de ser parte de este.

Lo que se advierte tanto de la norma como de los argumentos de la demandante es que existía un tratamiento diferenciado, a través de un beneficio tributario, que era cuestionada en su constitucionalidad por afectar el derecho fundamental a la igualdad. En otros términos se trataba de establecer si, cuando la norma antes señalada, establecía un trato diferenciado en función de la procedencia del maíz amarillo duro que utilizan las empresas avícolas en el desarrollo de sus actividades, constituía una diferenciación en sentido estricto o una discriminación. En efecto, tal disposición establecía que sólo las avícolas que utilicen el producto nacional gozarán de los beneficios aplicados al Impuesto a la Renta y a las contribuciones de carácter laboral previstas por la Ley N.º 27360, no siendo aplicables tales beneficios a las empresas avícolas que utilicen o consuman el producto importado. Para el Tribunal era claro la existencia de distintos supuestos de hecho: una diferenciación entre avícolas consumidoras del maíz amarillo duro nacional (*tertium comparationis*) y avícolas consumidoras del maíz amarillo duro importado.

El Tribunal consideró que dicho trato diferenciado no estaba debidamente justificado porque la norma cuestionada había dejado de lado a sujetos o actividades que se encontraban en la misma situación, como el sector agrícola; lo que resultaba irrazonable y desproporcionado. Uno de los argumentos más interesantes que planteó el demandante y que fue acogido por el Tribunal era que la producción nacional de maíz amarillo sólo cubría menos de la mitad de la demanda interna, lo que obligaba a la demandante, por razones de necesidad, a importar el resto de este producto para atender su producción avícola. Resultaba irrazonable, ante este supuesto, que se excluyera a la demandante del supuesto de la norma para acceder al beneficio tributario porque era una situación objetiva que no dependía de ella. Al no existir un elemento objetivo que justificara el trato diferenciado (discriminatorio), la norma afectaba el principio-derecho a la igualdad, por lo que debía ser inaplicada a la demandante.

6. LA “RENTA ILÍCITA” EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL²²

Resumen del caso. A los demandantes, Nicolás de bari Hermoza Ríos y su cónyuge, se les encontró US\$ 20'550,000.00 en el Banco Privado Edmond de Roschild Sociedad Anónima y en el Banco UBS AG Bank de Lugano, en Ginebra, República de Suiza. Fueron procesados y sentenciados, por ello, por los delitos de peculado y cohecho pasivo propio, básicamente. La administración tributaria, por su parte, decidió acotarles el impuesto respectivo por el monto antes mencionado. Ante ello interpusieron una demanda de amparo a fin de que, en resumidas cuentas, se deje sin efecto dichos cobros. Los demandantes argumentaron que en el proceso penal se determinó que el dinero depositado en las cuentas bancarias de Suiza era propiedad del Estado, por lo que dicho dinero no formaba parte del patrimonio de los demandantes. De ahí que no resultaba aplicable el artículo 52 de la Ley de Impuesto a la Renta porque para que opere la presunción legal de incremento patrimonial no justificado se exigía imputar el bien a una persona por ser su titular.

Análisis y comentario del caso. La cuestión central controvertida estaba referida a la interpretación del artículo 52 de la Ley del Impuesto a la Renta que ha realizado la administración tributaria. De acuerdo con este artículo “*se presume de pleno derecho que los incrementos patrimoniales cuyo origen no puede ser justificado por el contribuyente o responsable constituyen renta neta no declarados por éstos*”; además señala que dichos incrementos patrimoniales “*no pueden sustentarse con utilidades derivadas de actividades ilícitas*”.

El Tribunal Constitucional para desestimar la demanda afirma, de entrada, que para el artículo 52 no era relevante el origen —lícito o ilícito— del incremento patrimonial. Antes de analizar los argumentos del Tribunal conviene señalar que para algunos autores “ni el principio de capacidad contributiva, ni el de igualdad, ni otras reglas o principios de raigambre constitucional como el de *nemo tenetur se impsum accusare*, o el *non bis in idem*; como tampoco otros no constitucionalizados: como el *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, ni el de tolerancia jurídica, sirven para sostener una postura defendible que rechace de plano la posibilidad de tributación de los actos ilícitos”²³.

Uno de los primeros argumentos que señala el Tribunal es que de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución no es función de la administración tributaria, ni tiene facultades para ello, determinar la procedencia lícita o ilícita de una renta específica²⁴. Este argumento es válido en la medida que, en un Estado constitucional, que se or-

²² STC 04985-2007-PA/TC.

²³ GALARZA, César. *La tributación de los actos ilícitos*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 51; una posición más matizada puede verse en HERRERA MOLINA, Pedro. *Fiscalidad de los actos ilícitos. La antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria*. Madrid: Ministerio de Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales, 2003, pp. 57 y ss.

²⁴ Al respecto, SÁNCHEZ ROJAS, Oscar. “Olea non peculia (el dinero no huele). ¿Puede un acto ilícito generar renta imponible?”. En su obra, *Tributación y postmodernidad. Nuevas tendencias y aspectos críticos*. Lima: Pre-Textos Legales Ediciones, 2007, pp. 127-144.

ganiza sobre el principio de división del poder (entendido más contemporáneamente como control y colaboración) (artículo 43 de la Constitución), la competencia para pronunciarse sobre las conductas ilícitas la tiene el Poder Judicial, mas no la administración tributaria. De lo contrario resultaría materialmente imposible exigir a la administración tributaria, avaluar y determinar previamente, el título jurídico que da lugar al incremento patrimonial.

La irrelevancia de la ilicitud a efectos del artículo 52 ya mencionado también se sustenta en el hecho que la potestad impositiva del Estado en general y en el impuesto a la renta, en particular, grava hechos o actividades económicas, quedando fuera de ellas las conductas de las personas. Una consideración contraria terminaría estableciendo una precedente negativo de quiebra del principio-derecho a la igualdad porque quien quisiera eximirse del pago de sus obligaciones tributarias bastaría que alegue el origen ilícito de sus rentas para quedar, por este sólo hecho, fuera del supuesto de imposición tributaria. Se llegaría al absurdo de incentivar el incumplimiento del deber constitucional de tributar al que nos hemos referido anteriormente.

Ya el Tribunal Fiscal se había pronunciado al respecto, punto de vista con el cual el Tribunal Constitucional ha coincidido: “(...) resulta impertinente el argumento del recurrente según el cual no procede la aplicación de la mencionada presunción, en tanto la Administración tuvo conocimiento del origen ilícito del dinero (...); toda vez que, como se ha indicado, no cabe la justificación del incremento patrimonial detectado a aquél con el resultado de actividades ilícitas como pretende hacerlo el recurrente, careciendo de relevancia a avocarse a discutir si el impuesto a la renta grava las rentas provenientes de actividades ilegales, toda vez que operada la presunción bajo análisis, lo cual ocurre ante la falta de justificación del incremento patrimonial establecido, se presume de pleno derecho que las rentas que habría generado éste constituyen renta gravable (...)”²⁵.

El criterio acogido por el Tribunal Constitucional es que, de acuerdo con el artículo 52 de la Ley del Impuesto a la Renta, lo relevante es que la administración tributaria determine si el administrado ha tenido un incremento patrimonial injustificado y, de ser así, que aquél no pretenda justificar dicho incremento sobre la base de actividades económicas ilícitas. Se pone como ejemplo el caso de que no se podría justificar el incremento patrimonial con utilidades provenientes del tráfico ilícito de drogas. En el caso específico, se había demostrado que los demandantes tuvieron un incremento patrimonial que no pudieron justificar, por lo que la administración tributaria, sobre *base presunta*, tenía la facultad de determinar, de oficio, el impuesto a la renta.

De otro lado, ha quedado establecido por el Tribunal que, en el caso de los demandantes, la determinación del impuesto a la renta que realizó la administración tributaria no constituye una doble sanción porque resulta obvio que la determinación del impuesto a la renta no tienen carácter punitivo, es decir, no constituye una sanción

25 Cfr. al respecto, RTF 07300-2-2003, RTF 07335-4-2003 y RTF 01692-4-2006.

penal; lo que no podría ser considerado como tal, más aún si no es función de la administración tributaria el de imponer penas. El Tribunal Constitucional estimó finalmente que no podía concluirse que la administración tributaria haya vulnerado el principio de legalidad tributaria, tampoco el derecho a no ser procesado y sancionado dos veces por el mismo hecho; motivo por el cual rechazó la demanda de amparo²⁶.

7. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

En el contexto actual del desarrollo del Derecho constitucional puede decirse que éste ejerce una influencia bastante importante sobre las distintas disciplinas jurídicas, como el Derecho tributario, que hasta no hace mucho su análisis y estudio sólo eran enfocados desde un punto de vista muy reduccionista, es decir, desde la propia disciplina jurídica tributaria. Sin embargo, hoy puede apreciarse que muchos principios, como por ejemplo el de legalidad, tienen que someterse a la Constitución en la medida que no pueden ser contrarios a ella.

El *efecto de irradiación* de los derechos fundamentales y de los principios de fuerza normativa y supremacía jurídica de la Constitución condicionan tanto el contenido que se quiera dar hoy a las diferentes instituciones del Derecho tributario, como también a la interpretación de las normas legales tributarias. Precisa realizarse, pues, una interpretación de las normas tributarias *conforme* con la Constitución. Este proceso de “constitucionalización” del Derecho tributario es posible de ser apreciado desde la jurisprudencia constitucional, entendida ésta no de manera estática sino como actividad jurisdiccional que hace latir vida a las distintas disposiciones constitucionales que regulan el régimen tributario peruano.

Se van perfilando así, progresivamente y vía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los contornos constitucionales de, por ejemplo, la función constitucional de los tributos, el deber constitucional de tributar, los derechos fundamentales como límites a la potestad tributaria, entre otros. Ello puede, en definitiva, contribuir a sentar las bases de un nuevo Derecho tributario en el Perú, visto desde el prisma de los derechos fundamentales y de la Constitución, en el cual la administración tributaria se vincula, ciertamente a la ley, pero si y solo si dicha ley es constitucional²⁷. El Derecho tributario es, en este sentido, también Derecho constitucional concretizado.

26 Una valoración positiva de la sentencia con algunas breves referencias al Derecho comparado puede verse en SOTELO CASTALLEDA, Eduardo. “Ingresos provenientes de actividades ilícitas e imposición tributaria”. En *Enfoque Derecho, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 7, N.º 76, septiembre, 2008, p. 4

27 EVANS DE LA CUADRA, Enrique y EVANS DE LA CUADRA, Eugenio. *Los tributos ante la Constitución*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 58.

Los autores

PETER HÄBERLE (Alemania)

Catedrático *Honoris Causa* - (Emérito) de la Universidad de Bayreuth (Alemania). Director del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Europea de la misma universidad.

CÉSAR LANDA ARROYO

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesor de pregrado y maestría de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la UPC y del Postítulo de Derechos Fundamentales en la PUCP.

RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor Principal de Derecho Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima y en la Universidad San Martín de Porres.

JORGE LEÓN VÁSQUEZ

Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Docente del Postítulo en Derechos Fundamentales y del Postítulo en Derecho Procesal Constitucional en la PUCP. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

*Se terminó de imprimir, en los talleres
de **Grández Gráficos** S.A.C.
el mes de noviembre de 2008,
por encargo de Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.:(511)531-4658*