

Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993

César Landa*

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.

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

* Presidente 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. Las opiniones vertidas en el presente artículo son realizadas a título personal.

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.

importante influencia sobre el Derecho Constitucional³. En relación con 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 solo en la concreción de las políticas públicas; sino también – y aun más importante – en el de la regulación, control y sanción de los poderes económicos privados, que violan la Constitución y los derechos fundamentales de los administrados.

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 solo 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.

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 este último no sea definido desde una perspectiva exclusivamente económica; sino sobre la base de 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

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 solo el instrumento para lograr otros propósitos. Entrevista a Peter Häberle”. En *lux et Veritas*, N.º 28, julio, Lima, 2004. pp. 384-385.

⁶ Ramón de Paramo, Juan. “Entrevista a H. L. A. Hart”. *Doxa* 5 (1998). p. 359.

⁷ Cfr. Smend, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1968. p. 225-235.

Así también, como señala Lucas Verdú: “La expresión “integración” en alemán *integration*, y su variante *Integrierung*

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, puesto que: “cuando 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 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, pues 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

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).

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).

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 este 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 solo 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 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, 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 modo 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 manera que, las libertades y derechos económicos

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 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.

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 aseguren el bienestar general y, en particular, de las personas menos favorecidas social y económicamente.

- 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 solo para el presente, sino también para las futuras generaciones.

Sobre la importancia de este último elemento cabe señalar, siguiendo a Häberle, que “una 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 solo 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 normativo.¹⁷

- Cultura

En cuarto lugar, el mercado y la

¹⁶ HABERLE, 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. HABERLE, Peter. «El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del derecho y la cultura». Bilbao: Oñati, 1996. p. 143-144.

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 subordine a dichas culturas del proceso económico, más bien que éstas participen directamente de los beneficios sociales de la explotación sostenible de la riqueza natural.

Estas consideraciones evidencian la conexión que existe entre la Constitución y el mercado habida cuenta que en última instancia “la 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 con 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 “la 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

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

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.

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.

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 con el principio de subsidiariedad, el Tribunal Constitucional ha señalado que este 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 solo 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 se produce 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

²³ Cfr. GONZALES 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.

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.- (...) Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. (...)

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

²⁷ Ibídem. fundamento 19.

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 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.

También 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.

No obstante, en la medida que no

²⁸ *Ibidem*. Fundamento 19.

²⁹ *Ibidem*. 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 ASEÑO, 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.

existe el “óptimo de Pareto” o mercado perfecto, donde el equilibrio entre la oferta y la demanda, lleve a satisfacer plenamente 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 solo 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 61^{o33}, 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^o 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 utilización y el poder de disposición de la propiedad no queda en la esfera absoluta de los derechos del titular individual, sino que conciernen asimismo al

³³ Artículo 61^o 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 ASENJO, 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^o 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.

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 2º inciso 16 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la propiedad; el artículo 2º 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 65º de la Constitución de 1993 señala expresamente que “el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado”. 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.

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

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.

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 es 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

finés 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, de igual manera que 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 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

³⁹ Artículo 5° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 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.° 42, Año LII, Enero 2003, pp. 120-126.

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

⁴² *Ibidem*. Fundamento 43.

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. De tal manera, 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 economía se orienta a la protección y el desarrollo no solo 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, sobre la base de principio de solidaridad que se colige del modelo de economía social de mercado.

Adicionalmente, los principios de la

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.

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 solo 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. Por consiguiente, 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.

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

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 Goicochea, Claudia. Control difuso y procedimiento administrativo. Lima: Palestra, 2005; Castillo Córdova, 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? Luces 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.

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: “la 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 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, con mayor razón si ella misma (artículo 38°) impone a todos—y no solo al Poder Judicial—el deber de respetarla, cumplirla y defenderla.”⁴⁹ En consecuencia, tampoco

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 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.° 3741-2004-AA/TC, fundamento 9.

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**

optimización⁵³ 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.

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 solo tiene sentido si con su aplicación no se niega el principio de supremacía jurídica y fuerza normativa

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.° 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. *Ibidem*, p. 86-87.

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

de la Constitución, ni la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

De tal modo, 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 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.° 3741-2004-AA/TC⁵⁵ y de su resolución de aclaración, el Tribunal Constitucional ha establecido 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

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 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 (solo) 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.

tribunales no se limitan a constatar la adecuación de las normas administrativas a las normas legales, ya 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 solo procede cuando se tiene por objeto inaplicar una disposición que contravenga los precedentes vinculantes o la jurisprudencia consti-

tucional emitida por el Tribunal Constitucional de conformidad con los artículo VI in fine⁵⁸ y VII⁵⁹ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

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, “en aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley”.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

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 por las cuales se aparta del precedente.

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

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 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.