

ACTIVIDAD ECONOMICA PUBLICA
Y DERECHOS ECONOMICOS PRIVADOS
EN LA CONSTITUCION DE 1979

César Ochoa Cardich

1. *Consideraciones Generales: La Teoría Económica Neoliberal de los Derechos Humanos*

El carácter fundamental que en cada sistema Constitucional ha venido asumiendo el derecho de propiedad obedece a que cada texto constitucional ha tomado posición para garantizarlo, restringirlo y en el caso de algunos textos fundamentales de países socialistas suprimirlo, dependiendo esta opción jurídica de una peculiar visión histórica y del correspondiente perfil ideológico del constituyente.

En anteriores trabajos nos hemos referido a la influencia neoliberal en la Constitución Económica Peruana que cuestionamos precisando matices al sistema económico consagrado en el Título III de la Constitución peruana de 1979. En este sentido, concluimos que debe conceptualizarse como un sistema de economía socializada de mercado –ESM– la correcta interpretación del artículo No. 115 de la Constitución Económica Peruana.

Nuestra interpretación es crítica al enfoque neoliberal sobre el derecho de propiedad y al concepto de Constitución Económica que asumen aquellos juristas de orientación conservadora. Empero, para criticarlo debemos conocer el pensamiento filosófico neoliberal en el que descuellan como patriarcas dos notables pensadores: Friedrich Von Hayek y Karl Popper, cuyas tesis han sido objeto de debate en la cultura anglosajona no así en nuestro medio. Como

sabemos Popper considera que el método filosófico así como el de las ciencias exactas se basa en las contrastaciones o refutaciones de hipótesis teóricas que pueden ser verificadas empíricamente o mediante el pensamiento crítico y racional. En esta dirección, Popper niega que la historia y el desarrollo social pueda ser sujeto de leyes inexorables (1).

Según Popper para que la democracia sea operativa requiere de la primacía de la libertad individual y de una visión empírica que es lo opuesto a una perspectiva ideológica que deriva en el dogmatismo. Pero frente a la postura liberal-progresista de Popper en pro de una sociedad abierta y pluralista nos encontramos con la tesis de Hayek que si bien tiene una inspiración liberal tiene una profunda raigambre conservadora y antidemocrática.

Así, para Hayek, la vigencia de un sistema de libertades depende de la estabilidad de un “orden espontáneo” y de las “normas naturales” que lo garantizan como el respeto a la propiedad privada y a la relación contractual (2).

El “orden espontáneo” de Hayek es el resultado de la concurrencia en las relaciones de individuos con diferentes capacidades y aptitudes, que aportan diversa cantidad de trabajo. El mercado es un intercambio de bienes y servicios dentro de las reglas del “orden espontáneo” sin que pueda calificarse como ilógica o absurda cualquier noción de “justicia” o “injusticia” sobre sus resultados. De modo que el Estado debe abstenerse de modificar estos resultados porque algunos grupos sociales están insatisfechos y no se puede reconocer supuestos “derechos sociales o económicos” que vulneran las leyes del mercado. Por ello, Hayek condena el intervencionismo de los gobiernos que mediante la planificación buscan redistribuir los resultados desnaturalizando el Estado de

(1) POPPER, Karl. *La miseria del historicismo*, Taurus, Madrid 1961.

(2) HAYEK, Friedrich. *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. II, El espejismo de la Justicia social, 1979, p. 71.

derecho liberal con el concepto de “Estado Social”. Allí se inicia el camino de servidumbre (3).

En el terreno jurídico, podríamos decir que la regla de oro del pensamiento hayekiano, es la más absoluta autonomía de la voluntad. Así, en el ámbito de los Derechos Humanos el ciudadano sólo debe tener obligaciones “en la medida en que así lo especificara alguna norma que, además de ser general, estuviera orientada a garantizar la inviolabilidad de las correspondientes esferas individuales” (4).

Para Hayek toda intervención del Estado reconociendo exigencias sociales es arbitraria porque rompe el imperio de la ley, constituyendo de este modo carecer de referencia jurídica los derechos económicos y sociales (5).

Como señala Pérez Luño, las tesis del neoliberalismo conservador se basan en “un planteamiento antinómico de los valores básicos de libertad e igualdad, inclinándose por la subordinación de la segunda a la primera, un enfoque decididamente individualista de los valores éticos y políticos; y una interpretación económica de los derechos humanos tendiente a enfatizar el papel del derecho de propiedad” (6).

Esta fundamentación subjetivista de los Derechos Humanos en el pensamiento neoliberal conservador tiene otro exponente en R. Nozick. Para este autor la sola existencia de los seres humanos como individuos diferenciados y autónomos hace éticamente

(3) HAYEK, Friedrich Von, *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 1978, p. 72 y ss.

(4) HAYEK Friedrich Von, *Derecho, Legislación y Libertad*, cit. Vol. III El orden político de una sociedad libre, 1982, p. 191.

(5) Ibid, p. 193.

(6) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La fundamentación de los Derechos Humanos*. En: *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 35, Sep. Oct. 1983. p. 28.

repudiable restringir los derechos de unos en beneficio de otros. Basado en el individualismo de Locke, considera que los derechos naturales implican el reconocimiento de la "individualidad de las personas" (7). Nozick, como los neoliberales conservadores, afirma y enfatiza en términos absolutos, los derechos de apropiación y el de propiedad y tiene una visión abstracta y simplificada del concepto "libertad".

Como los bienes no caen como maná del cielo, no es posible admitir los criterios de justicia distributiva, a criterio de Nozick (8). Esta concepción de defensa de la individualidad frente al Estado conlleva una desvalorización de éste que queda reducido a un Estado mínimo relegado al cumplimiento de funciones de vigilante nocturno (night-watchman state) limitado a velar por los derechos individuales, imposibilitado de restringirlos en función del interés social o público (9).

Esta concepción individualista-subjetivista que subraya la presencia del derecho de propiedad sobre todos los demás valores sociales, es heredera del pensamiento de Locke, filósofo que es reivindicado expresamente por Hayek y Nozick. En el liberalismo conservador de Locke, la libertad se identifica con el derecho de propiedad de modo que esta filosofía se expresaba políticamente en un Parlamento elegido por los propietarios para que legislativamente puedan asegurarse la posibilidad de aumentar ilimitadamente su propiedad y protegerse contra todo riesgo de que los desposeídos se la priven de forma legal (10).

Pero como señala Kriele esta teoría, base del neoliberalismo conservador, "conduce en última consecuencia a la idea de Cons-

(7) NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Blackwell, Oxford, 1974, p. 32.

(8) Ibid, p. 198.

(9) Ibid, p. 332.

(10) KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 285.

titución en el marco de la economía, mientras que la idea propia del liberalismo era: economía en el marco de la Constitución”(11).

Esta concepción fue la que sirvió para defender la esclavitud en nombre del derecho de propiedad (12) y es reivindicada por la teoría económica neoliberal de los derechos humanos que supe- dita la igualdad a la libertad. A este respecto, cabe citar a Pérez Luño que precisa:

“La libertad sin igualdad desemboca en el elitismo y se traduce en libertad de unos pocos y no libertad de muchos; se trata de libertad –irónicamente denunciada por Anatole France– de los pobres y de los ricos para mendigar, dormir bajo los puentes, o albergarse en el Hotel Ritz” (13).

Como veremos más adelante las restricciones al derecho de propiedad reconocidas por nuestra Constitución Económica nos revelan que el constituyente peruano no optó, en términos absolutos, por la teoría económica neoliberal de los derechos humanos.

2. *La intervención de empresas como límite constitucional al derecho de propiedad*

El artículo 132 de la Constitución Económica peruana faculta al Estado a intervenir la actividad económica con medidas extraordinarias de carácter transitorio en situaciones de “crisis

(11) Ibid, p. 286.

(12) La Suprema Corte de los EE.UU. declaró inconstitucional la ley federal que había abolido la esclavitud en los estados norteos con el argumento de que era incompatible con la enmienda 5ta., según la cual nadie puede ser privado de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal. El demandante había sido privado de su propiedad por una ley federal y no por un “debido proceso legal”. Véase KRIELE, Martín, op. cit., p. 298.

(13) PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique, p. 36.

grave” o “emergencia”. La primera cuestión a dilucidar es si tal disposición constitucional permite la suspensión temporal de los órganos de administración de una empresa determinada o si se trata de una facultad que se reconoce al gobierno de establecer determinadas restricciones al conjunto de la “actividad económica” como controles de precios de productos de necesidad básica. A este respecto, cabría una interpretación restrictiva de los alcances del artículo 132 que estaría inspirada en principios similares a los que fundamentaron el Art. 49º de la Constitución de 1933 que establecía que: “En circunstancias extraordinarias de necesidad social se pueda dictar leyes o autorizar al Poder Ejecutivo para que adopte providencias, tendientes para abaratar las subsistencias”.

Consideramos que tal interpretación restrictiva no es viable dentro de nuestra Constitución Económica en la medida que el artículo 132 está enmarcado dentro del capítulo “De la Empresa” del Título III, de modo que el concepto de intervención de la “actividad económica” incluye a las empresas como unidades económicas cuyos órganos de gestión y administración pueden ser suspendidos e intervenidos con medidas transitorias de carácter extraordinario. Esta acción del Estado restringiendo la libertad de industria y comercio, reconocida en el artículo 131, está legitimada puesto que esta libertad como el derecho de propiedad no son absolutos debiendo su ejercicio resultar legitimado sólo por su función social cuya vigencia puede ser exigida para los principios del Estado social y democrático de derecho que la Constitución consagra tanto en el Preámbulo como en las normas de carácter programático.

En la reciente experiencia constitucional peruana tenemos los casos de los Decretos de Urgencia disponiendo intervenciones de empresas, al amparo del artículo 132 de la Constitución: El Decreto Supremo N° 238-86-EF que dispone la intervención de la empresa Gloria S.A. por 180 días con el pretendido fin de dictar dispositivos “necesarios para resolver la situación monopólica en la que se encuentran las plantas evaporadoras de leche” y el Decreto Supremo N° 158-87-EF que dispuso el nombramiento de Comités de Administración y suspendía las competencias lega-

les de los órganos ordinarios de administración de las empresas bancarias y financieras como acto preparatorio a su pretendida expropiación legislativa.

En ambos casos, las normas aprobadas lo fueron en base al inciso 20) del artículo 211 de la Constitución que es considerada como una suerte de licencia al Poder Ejecutivo para la dación de Decretos de Urgencia (14) así como del referido artículo 132.

En este último caso, se suscita una gran controversia jurídica política puesto que la intervención de las empresas bancarias y financieras fue objeto de acción de amparo, que obtuvo una inmediata medida cautelar ordenando al Gobierno la suspensión del acto reclamado, en aplicación del artículo 31° de la Ley de Habeas Corpus y Amparo. El gobierno cumplió con la orden judicial retirando a los Comités de Administración mientras se debatía y aprobaba la expropiación legislativa del sistema financiero.

La ley que reservó para el Estado la actividad del sistema financiero declaró en su artículo 7° en situación de “emergencia” la actividad reservada, invocando el artículo 132 de la Constitución y dispuso que el Poder Ejecutivo tome la gestión y administración de las empresas dedicadas a la actividad bancaria, financiera y de seguros.

Revisando la legislación comparada debemos precisar que el referido artículo 132 de la Constitución tiene un precedente en el Derecho español: el artículo 128, inciso 2) de la Constitución Española de 1978 que permite que mediante ley se acuerde “la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. Debe resaltarse que en el caso español la intervención de empre-

(14) En este sentido se sitúan en la doctrina peruana: EGUIGUREN PRAELLI, Francisco, *Funciones Legislativas del Poder Ejecutivo en: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cusco, Lima 1987, y PACHECO BARANDIARAN, María del Rosario, *Los decretos de urgencia y un vacío de la Constitución de 1979 en: Thémis*, 2da. época, núm. 6.

sas, con asunción de la gestión y administración por el Estado y con suspensión de dichas atribuciones por los órganos sociales, fue aplicado en el célebre Caso Rumasa mediante Real Decreto Ley 2/1983.

Dicho Decreto de Urgencia no sólo ordenó la intervención sino que dispuso la expropiación sumaria de los bancos y otras sociedades que conformaban el grupo "Rumasa S.A.," siendo impugnado mediante recurso de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional español.

En el caso Rumasa, el abogado del Estado diferenció la técnica interventora de la expropiación en los siguientes términos (15):

"La intervención es aquella medida por la cual se produce una ablación de mayor o menor intensidad de las facultades de gestión, administración o disposición sobre una empresa de titularidad privada; imposición de unos órganos extraordinarios de gestión nombrados por la autoridad con suspensión de funciones de los órganos ordinarios de administración, o bien la simple adjunción de interventores a los órganos de administración ordinaria, de modo que para la validez de acuerdos y actos sea necesario el concurso de la voluntad de aquéllos, pasando por el sometimiento del empresario a las órdenes directivas del interventor (. . .) En principio, la intervención no varía la titularidad privada de la empresa intervenida, aunque tal variación de titularidad puede ser una de las salidas de la intervención. Pero de ahí no infiere una incompatibilidad o imposibilidad de concurso de intervención y expropiación. Por lo mismo que la expropiación puede recaer sobre todo o parte del contenido de un derecho o sobre un objeto que proporciona un haz de derechos limitados y puede ser pensable que la intervención recaiga sobre la parte del contenido expropiado o sirva para lograr de modo inmediato ciertos resultados

(15) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional en: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 32, 1983, Servicios de Estudios, Madrid, España.

prácticos sociales que la expropiación no podía asegurar por sí sola. Ese es el caso del Real Decreto Ley 2/1983”.

Como precisa Ariño (16) dentro del ordenamiento jurídico español la intervención permite adoptar las siguientes medidas tratándose de empresas bancarias: a) acordar en tanto se supera la situación de crisis, la suspensión temporal de los órganos de administración y dirección de la entidad bancaria, nombrándose uno o varios administradores que asuman las atribuciones de aquellos; b) acordar con el mismo carácter provisional la intervención de una entidad por personas designadas por el Banco de España, sin cuyo concurso no tendrán validez los actos y acuerdos de los órganos de gobierno y dirección de la entidad intervenida, que serán nulos de pleno derecho a partir de la fecha en que la intervención se publique en el Boletín Oficial del Estado y se haga la oportuna inscripción en el Registro Mercantil.

A nuestro juicio, debemos precisar que dentro del ordenamiento jurídico peruano la intervención es una institución de Derecho Administrativo, constitucionalizada por el artículo 132 de la Constitución de 1979, constituyendo una restricción a los principios de libre iniciativa privada y al de libertad de industria y comercio, establecidos en los artículos 115 y 131 de la Constitución, así como del derecho de propiedad privada sobre el cual es viable el ejercicio de la libertad de empresa.

La intervención no transfiere propiedad al Estado sino que otorga la potestad de limitar el ejercicio de uno o de varios atributos de ese derecho. Como es lógico, si el Estado es propietario entonces no interviene y si interviene no es propietario.

La expropiación y la intervención son institutos distintos pero no incompatibles. De manera tal que no se requiere de intervenir previamente para expropiar ni tampoco es necesario ex-

(16) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El socialismo y las nacionalizaciones, con un epílogo sobre Rumasa* en: *Cuenta y Razón*, Marz-Abr., 1983, núm. 10, p. 79.

propiar ni pagar una indemnización justipreciada para intervenir, como tampoco debe cumplirse este requisito para ejercitar la posesión provisoria regulada en el artículo 61° del Decreto Legislativo N° 313, Ley General de Expropiación (17).

Una cuestión interesante es determinar si la intervención puede normarse mediante ley o por “medidas extraordinarias de carácter económico y financiero”. Así precisamos que en nuestro concepto, la intervención puede ser dispuesta tanto por leyes, Decretos Legislativos como por “medidas extraordinarias de carácter económico y financiero” siempre y cuando concepuemos a tales “medidas” como Decretos de Urgencia como las considera mayoritariamente la doctrina. De este modo, consideramos que el Ejecutivo peruano sólo puede dictar dichas medidas si se configura el presupuesto fáctico habilitante para la intervención: la situación de “crisis grave o de emergencia” según Rubio y Bernales la “crisis grave” obedece a circunstancias de orden económico y se deriva de razones intrínsecas al sistema económico en tanto que las “emergencias” se refieren a fenómenos extra económicos (18). En nuestro concepto se trata de “conceptos jurídicos indeterminados” sobre los cuales existen dos teorías opuestas a la doctrina administrativista.

Como señalan García de Enterría y Fernández los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados deslindan el ámbito de reali-

(17) El artículo 61 del Dec. Leg. 313 establece que por excepción y cuando las expropiaciones tengan por objeto la ejecución de obras públicas, el funcionamiento de servicios públicos, la remodelación de centros poblados o en situaciones de guerra o calamidad pública el juez que conoce de la causa podrá otorgar la posesión provisoria del bien a expropiarse al beneficiario de la expropiación. Nótese que el expropiante toma posesión del bien pero el expropiado sigue siendo propietario porque su título de dominio no ha sido transferido aún. A este respecto, BILDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. 1, Edit. Bs. As. 1987, p. 344.

(18) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique, *Constitución y Sociedad Política*, Mesa Redonda Editores, Lima, 1983. p. 500-501.

dad al que se refieren de manera precisa. Ejemplo: el derecho de permanencia e inamovilidad de los magistrados judiciales hasta los 70 años, mientras observan conducta propia de su función (Art. 242 de la Constitución). En esta norma hay conceptos precisos y determinados constituidos por el número de años (setenta) pero también hay un concepto jurídico indeterminado: la “conducta propia de la función”. El número de días de un plazo está precisamente determinado en cambio la “conducta propia” alude a una “esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado” (19). Sin embargo se dan o no en la realidad. Así, la conducta es propia o no de la función de magistrado. De igual manera los conceptos de “crisis grave” y “emergencia” se dan o no en la realidad pero son indeterminados jurídicamente.

Si asumimos que nos encontramos con “conceptos jurídicos indeterminados” entonces el Poder Ejecutivo carece de un poder discrecional amplio para valorar libremente aquellas características que configuran el presupuesto fáctico habilitante para dictar el Decreto de Urgencia que disponga la intervención; de este modo la Administración debe realizar un proceso objetivable y por tanto susceptible de fiscalización en el Poder Judicial. Así, la interpretación del “Concepto jurídico indeterminado” va a permitir verificar si existe o no el presupuesto fáctico habilitante para la dación del Decreto de Urgencia.

En cambio a la Administración le resulta más conveniente asumir que se trata de un caso de potestad discrecional de los órganos de dirección política apreciar las circunstancias que habilitan al Poder Ejecutivo para hacer uso de la potestad de dictar Decretos de Urgencia para intervenir empresas. Esta discrecionalidad no es fiscalizable judicialmente puesto que consiste en “una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económi-

(19) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1986, Tomo I, p. 433.

cos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio de la Administración” (20).

Si la declaración del presupuesto de hecho habilitante para la intervención la efectúa el legislador estamos dentro del ámbito del accionar político que obedece frecuentemente a razones extrajurídicas. En estos casos es el debate parlamentario el que garantiza la correcta calificación del presupuesto fáctico, por lo cual cualquier pronunciamiento sobre el particular del Poder Judicial, constituiría una injerencia en las atribuciones legislativas inherentes al Parlamento dentro del sistema de separación de poderes estructurado por la Constitución.

3. *La declaración de la causal de expropiación es una cuestión no judicialable*

La declaratoria de la causal de expropiación constituye una cuestión no judicialable, de manera tal que su calificación —así como de la causal de reserva para el sector público— es una facultad privativa del Poder Legislativo, no pudiendo ser descalificada por el Poder Judicial. La tesis de la no judicialabilidad de la declaratoria de necesidad y utilidad públicas o de interés social fue reconocida en la Asamblea Constituyente de 1978 por los representantes del liberal-conservador Partido Popular Cristiano (21).

(21) BUENDIA, Armando, sostuvo: “Cuando está contenido en una ley no existe problema porque el debate previo a la promulgación de la ley establece la realidad de las causales que se invocan pero cuando no existe Congreso sino un gobierno de facto entonces se trata de una decisión unilateral sumamente peligrosa, porque una vez dictado el procedimiento queda limitado a una decisión de valores, no hay forma de discutir la procedencia desde el punto de vista de la necesidad, utilidad pública o interés social” (Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, T.V.I. cit., p. 481). Este procedimiento administrativo previo, basado en el sistema francés se admitía en el Proyecto de la Comisión Principal, pero fue desechado pues cuando la causal es declarada por el Congreso no hay lugar a contradicción alguna, como precisó con buen criterio el constituyente e ideólogo del PPC, ALAYZA GRUNDY, Ernesto (*Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*, cit. p. 484).

En la doctrina y la jurisprudencia comparada ha prevalecido la tesis de la no judiciabilidad de la declaratoria de la causal de expropiación fundada en el hecho de que se trata de un acto político que corresponde calificar al Poder Legislativo, toda vez que se quebrantaría el principio de separación de poderes estableciéndose un “gobierno de los jueces”.

Así, el tratadista argentino Bidart Campos señala que el principio de la no judiciabilidad de la causal admite reservas en el caso de que sea manifiestamente arbitraria. Por tanto, la calificación de utilidad pública por ley siempre es, en su concepto, “judicialmente revisable, pero sólo es descalificable judicialmente cuando es arbitraria” (22).

En nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano de control de la Constitución, ha tenido que formular pronunciamientos explícitos en favor de la tesis de la no judiciabilidad de la declaratoria de la causal de expropiación marcando jurisprudencia constitucional sobre el particular en dos importantes fallos:

a) En el caso “Armida de Noriega Morales c/ Supremo Gobier-

(22) BIDART CAMPOS, Germán, op. ult. cit., p. 340. Este autor cita el caso “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” que expresa la mejor elaboración jurisprudencial en torno a la tesis de la judiciabilidad de la causal de expropiación desarrollada por la jurisprudencia argentina, que es resumida en los siguientes puntos: 1) que la atribución congresal para calificar la utilidad pública no puede entenderse como derogatoria de los principios constitucionales de los cuales el Poder Legislativo no puede apartarse; 2) que es elemental la atribución de la judicatura de revisar las leyes en los casos que se traen a su decisión para determinar si guardan o no conformidad con la Constitución, y que debe inaplicarlas si son incompatibles con ella; 3) que por tanto, aunque no hay línea precisa que delimite la utilidad pública de lo que no lo es, corresponde definirla al juicio del Congreso, sin embargo cuando esta calificación exceda manifiestamente los límites de su atribución constitucional los jueces están en el deber de proteger el derecho de propiedad vulnerado (véase dicho fallo en: *Constitución y poder político*, T. 1, MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana. Ed. Astrea Buenos Aires, 1987, pp. 28 y siguientes).

no” declaró sin lugar la casación, haciendo suya la tesis de la judiciabilidad al sostener que declarada la causal de expropiación no procede que el propietario se oponga a ésta sino únicamente que se discuta el monto de la valorización y la forma de pago, porque la acción de amparo en estos casos oculta un recurso de oposición a una expropiación:

“La Constitución en su artículo ciento dieciocho, párrafo segundo, declara que la propiedad inmanente de las tierras, aguas y otros recursos naturales pertenecen al Estado, resultando de este principio jurídico y demás disposiciones constitucionales citadas que declarada la necesidad y utilidad de una expropiación no cabe que el propietario se oponga a ella, sino únicamente discuta el monto de la valorización y la forma de pago, (. . .) En realidad lo que se pretende ejercitar el actor bajo el nombre de acción de amparo es un recurso de oposición a una expropiación (. . .) que no está permitido por la ley, según se pretende de las disposiciones constitucionales y legales citadas, ni lo admite la legislación comparada ni la doctrina sobre la materia” (23).

Hubo un voto singular por la casación del Dr. Manuel Aguirre Roca en el cual distinguió entre “lesión” y “afectación” del derecho de propiedad, señalando con acertado criterio que toda expropiación “afecta” el derecho de propiedad no necesariamente lo “lesiona” como muchas veces se ha confundido en nuestro medio. Aguirre Roca en su voto singular considera que no es suficiente para declarar que no ha habido lesión citar el artículo 125 de la Constitución —que regula la expropiación— y otras normas especiales, puesto que el Art. 3° de la Ley de Habeas Corpus y Amparo establece que las acciones de garantía proceden aun en el caso de que el actor reclame de actos basados en normas legales que resulten incompatibles con la Constitución.

- b) En la sentencia del caso “Angela Catherine Ciccía-Gabillo

(23) Véase dicho fallo publicado en “El Peruano” de 1.3.84.

c/ Supremo Gobierno” queda reafirmada la tendencia jurisprudencial sentada por el Tribunal de Garantías Constitucionales de bloquear que por la vía del amparo se discuta la necesidad y utilidad públicas o el interés social. La sentencia parte de la siguiente tesis:

“Que el ejercicio de ese derecho por el Estado (la expropiación) no significa, no puede significar de ningún modo, una violación del derecho de propiedad y ni siquiera un cuestionamiento de éste, puesto que es la propia Constitución la que lo instituye, dado que la necesidad y utilidad públicas o el interés social, están por encima del meramente personal o privado y, en los casos de expropiación, por imperativo legal, sólo es discutible el monto del valor o justiprecio propuesto. . . Que si no fuera ésta la interpretación jurídico-constitucional de toda expropiación autorizada por el Estado, de conformidad con la norma básica enunciada, muy fácil sería impedirle en su cumplimiento y efectos; se haría así primar los intereses privados, si contra ella se permitiera hacer valer una acción de garantía como la interpuesta; que una interpretación distinta a la que se acaba de señalar, sería en esencia y forma atentar contra la supremacía de la Constitución y abrir un cauce legal a reclamos y contenciones susceptibles de tratarse en ámbitos legales distintos al de dichas acciones de garantía. . .” (24).

4. *Las reservas al sector público como límite constitucional a la libre iniciativa privada*

Otro de los principales límites constitucionales a la libertad de empresa es la reserva de actividades al Sector Público, reconocida constitucionalmente en el artículo 114 del texto fundamental de 1979. La reserva al sector público puede ser un instituto al que recurra el Estado para intervenir en la actividad económica productiva o de servicios siempre que se acuerde por ley y en el

(24) Publicado en “El Peruano” el 25.02.86.

debate parlamentario se verifique la presencia de los presupuestos definidos en el Art. 114 de la Constitución Económica: las causas de “interés social” y “seguridad nacional”. Sobre la primera ya he sido explícito en trabajos anteriores, en cuanto a la segunda obedece a razones militares, por ejemplo: industrias de armamentos, comunicaciones telefónicas y telegráficas.

Se ha considerado que la técnica de la reserva pública es de carácter no ideológico, puesto que el constituyente peruano ha desechado el concepto de “nacionalización” que se caracterizaría por su naturaleza ideológica y política. En nuestro criterio consideramos que el concepto de “nacionalización” no es ideológico sino jurídico puesto que está reconocido en el art. 34 de la Constitución Francesa de 1958 y en el Preámbulo de la Constitución de 1946. En nuestro medio, se incorporó en el artículo 44 de la Constitución de 1970 que establecía que el Estado podrá nacionalizar los “transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular”. Más recientemente la Ley Fundamental de Bonn de 1949 reconoce expresamente la potestad pública de socialización de la tierra, del suelo, de las riquezas naturales y de los medios de producción (art. 15). En este sentido, los sectores jurídicos y políticos conservadores han sido muy reacios a aceptar el concepto de “nacionalización” que habiendo sido reconocido en las Constituciones de 1920 y 1933, ha sido eliminado en la Constitución de 1979, optándose por el aséptico concepto de “reserva al sector público” que pese a todo, su “realidad subyacente apunta a un fenómeno jurídico o paralelo a las nacionalizaciones” (25).

Como precisa Bassols la reserva no apunta a la titularidad del derecho (ello implicaría necesariamente una expropiación) sino a

(25) BASSOLS, Martín, *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 174-75. Así, para este autor la nacionalización implica “la transferencia en favor de la colectividad —representada o personificada en la Nación— de sectores de actividad o bienes económicos privados que pasan a ser objeto de propiedad pública o publicados y, eventualmente, gestionados por entes públicos con la finalidad de excluirlos, por razones de interés público, de la gestión privada capitalista”.

la legitimación para el ejercicio del derecho de propiedad y de libre empresa. Por lo tanto implica la prohibición o la pérdida de la legitimidad para el ejercicio del derecho de empresa en un determinado sector económico o campo de la actividad económica (26).

Cuando la reserva se dirige sobre actividades que venían siendo explotadas por la iniciativa privada, entonces legitima la adopción de diversidad de medidas de reestructuración jurídica de la actividad reservada que no conlleva necesariamente la expropiación de sus bienes y titularidades: conversión del libre ejercicio de la empresa en concesionarios; constitución forzosa de una sociedad mixta, intervención de la empresa, adopción de modalidades específicas de administración o transferencias voluntarias de las empresas (27).

En nuestro medio se ha venido discutiendo si el establecimiento por ley de una reserva para el sector público vulnera los principios de economía de mercado y pluralismo económico reconocidos en la “Constitución Económica”. Consideramos que esta discusión ha sido motivada por consideraciones ideológicas y políticas mas que propiamente jurídicas. El argumento de que el monopolio estatal y las reservas para el sector público vulneran principios constitucionales carece de sentido lógico jurídico por que tal inferencia impediría cualquier aplicación práctica del artículo 114 de la Constitución, en la medida que la reserva para el Estado de una actividad productiva o de servicios configura una exclusión de la titularidad privada y de su ejercicio en el área reservada.

De otra parte, no resulta aplicable invocar contra el monopolio público el artículo 133 de la Constitución que prohíbe en forma genérica los monopolios. Esta norma se está refiriendo a los monopolios privados, puesto que el texto constitucional debe interpretarse de manera sistemática o integral excluyendo de este modo las interpretaciones contradictorias entre sí.

(26) *Ibid*, p. 177.

(27) *Loc. cit.*

Asimismo, debe subrayarse que el monopolio público es reconocido por el Derecho Constitucional occidental a tal punto que tenemos que considerar como antecedentes de nuestro artículo 114 a las normas en materia de reservas para el sector público de la Constitución Italiana de 1947 y de la Constitución Española de 1978. Así, el artículo 43 de la Constitución Italiana establece que: “La Ley podrá con finalidades de interés general reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entes públicos o a comunidades de trabajadores o usuarios determinadas empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio y que tengan interés general predominante”.

En esta misma dirección, la Constitución española en su artículo 128 establece que el Sector Público puede reservarse “recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”. El italiano Predieri explica el concepto de reserva pública de la Constitución Italiana en términos concluyentes: “Nada excluye que en cualquier campo, el poder público, puede ser propietario y empresario en posición de competencia, además de estar en situación de monopolio legal o titular de actividades reservadas en función del artículo 43° cost.” (28).

Resumiendo, el concepto de reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios, no contradice ni niega el principio de pluralismo económico, reconocido en el artículo 112 de la Constitución, pues tal pluralismo está referido al conjunto del sistema económico y no implica que debe regir con todos los sectores que lo conforman (29). Así, determinadas actividades pueden ser propiedad exclusiva del Estado, sin por ello eliminar el pluralismo de un sistema de economía mixta.

(28) PREDIERI, Alberto, *Régimen Económico y Social de la Constitución Italiana* en la obra colectiva: *Constitución y Economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 26.

(29) GARCIA BELAUNDE, Domingo, *Constitución y Sistema Financiero*, en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Núm. 25, 1987, p. 11.

Otro concepto erróneamente manejado para calificar de inconstitucional al monopolio público es el principio de libre iniciativa privada reconocido, dentro de un sistema de “economía social de mercado”, en el artículo 115 de la Constitución económica peruana. Debe anotarse que tanto la potestad de reserva para el sector público como el principio de economía de mercado se encuentran recogidos en la Constitución Española de 1978 y de ésta han sido tomados como precedentes en la Constitución Peruana de 1979.

La aparente contradicción corrobora nuestra tesis en el sentido que la “Constitución Económica” peruana establece un sistema de economía socializada de mercado. Este sistema, tal como en la experiencia, española no es fruto de un consenso sino de la ausencia de un consenso verdadero en esa materia (30).

La cuestión en la práctica es más compleja que en el terreno teórico o principista, porque tiene que definirse a partir de qué momento, cuantitativa o cualitativamente, el crecimiento del sector público desvirtúa o enerva el concepto de “economía social de mercado”.

Como señala Rebollo (31) en este terreno no valen las apreciaciones apriorísticas sino que la solución dependerá de cada caso y de cada situación, teniendo en cuenta que la Constitución es un marco flexible, abierto y con una estructura dinámica, correspondiendo al Tribunal de Garantías Constitucionales un significativo papel al momento de resolver conflictos que en esencia son políticos, aunque resueltos conforme a una metodología ajena al modo de decisión política.

(30) DE JUAN ASENJO, Oscar, *La Constitución económica española. Iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 50.

(31) REBOLLO, Luis Martín, *De nuevo sobre el Servicio Público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, en: *Revista de Administración Pública*, nums. 100-102, 1983, p. 2518.

Un aspecto conexo al tema de la actividad económica pública y al de las reservas del sector público es el concepto de servicio público. Así, el citado artículo 43° de la Constitución Italiana contempla como presupuesto material legítimamente para la reserva al sector público el interés general predominante en empresas que templa como presupuesto material legítimo para la reserva al sector público, el interés general predominante en empresas que exploten servicios públicos. De otro lado, la Constitución Peruana de 1979 en su artículo 113° reconoce la iniciativa empresarial pública para prestar servicios públicos. Sobre el concepto de “servicio público” debemos subrayar el criterio de Alessi, que señala que el concepto de servicio público “constituye uno de los más imprecisos dentro del Derecho Público, pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del mismo” (32).

De la revisión del Derecho Constitucional Comparado, debemos mencionar el caso mexicano acerca de la reforma constitucional de noviembre de 1982, que elevó a rango constitucional la calidad de servicio público de la actividad bancaria, aunque anteriormente las leyes mexicanas calificaban a dicha actividad como servicio público al sujetarlo en su ejercicio a concesión por parte del gobierno federal, aun cuando permitían que éste lo concesionaría a empresas privadas bajo un régimen de regulación y control (33).

Asimismo, un antecedente que es preciso tener en cuenta fue la nacionalización francesa del sistema bancario y de las compañías financieras dispuesta por el gobierno socialista de François Mitterrand y su correspondiente marco constitucional. El debate constitucional se centró en la interpretación del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 que forma parte de la Constitución fran-

(32) ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, p. 364.

(33) BORJA MARTINEZ, Francisco, *Régimen Jurídico de la Banca*; en: *La Constitución Mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*. Ed. Porrúa, México, 1985, p. 320.

cesa de 1958, el cual establece que: “Toda empresa cuya explotación adquiera el carácter de servicio público debe convertirse en propiedad de la colectividad”. En base a este principio constitucional se fundamentó la constitucionalidad de las nacionalizaciones francesas por el Consejo Constitucional en 1982 (34). De subrayarse el concepto asumido por el Consejo Constitucional al precisar la ausencia de “error manifiesto” en la decisión del legislador. Así, determinó que:

“Considerando que la apreciación realizada por el legislador sobre la necesidad de las nacionalizaciones decididas por ley sometida al examen del Consejo Constitucional no podría, salvo error manifiesto, ser recusada por éste dado que no está establecido que las transferencias de bienes y empresas que se realizan restrinjan el campo de la propiedad privada y de la libertad de empresa hasta el punto de violar las disposiciones anteriormente citadas de la Declaración de 1789”.

Lo cual no es obstáculo para el proceso de *dénationalisation* impulsado por la mayoría parlamentaria conservadora en 1986, puesto que no estableciendo expresamente la Constitución que el sistema financiero deba ser considerado servicio público, el Consejo Constitucional estimó que no había inconstitucionalidad al desnacionalizarlo.

A MODO DE CONCLUSION

Como consideraciones finales debemos reiterar nuestro punto de vista sostenido en anteriores trabajos sobre constitucionalismo económico que subrayan la textura abierta de la “Constitución Económica” peruana, siguiendo la huella de los modelos europeos. Lejos estamos de una interpretación del sistema económico en un sentido excluyente para aproximarla a una determinada concepción ideológica, como pretende el neoliberalismo conservador, con-

(34) Véase la resolución del Consejo Constitucional Francés en: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1982-10, Servicios de Estudios, Madrid, España.

gelando el texto constitucional a la medida de una pretendida voluntad del constituyente supuestamente identificada con dicha concepción. Tal intepretación deslegitimaría el modelo económico constitucionalizado pues impediría supuestamente desarrollar diversas alternativas programáticas de acuerdo a los cambios que se produzcan en un régimen de Estado social y democrático de derecho.

A tal posición excluyente que se acoge a una presunta interpretación auténtica de la “Constitución económica” le ha hecho el juego cierta crítica de izquierda, que erróneamente niega el carácter de textura flexible del Derecho Constitucional y que ha desarrollado una tesis opuesta a considerar que la Constitución es un marco flexible, un “modelo abierto” y con una estructura dinámica como coincide en precisar hoy la generalidad de la doctrina constitucional moderna.

El nuevo constitucionalismo económico o es fruto de un compromiso político o en algunos casos de la ausencia de un consenso auténtico derivado del pluralismo ideológico. Para sorpresa de muchos neoliberales conservadores, el nuevo constitucionalismo económico reconoce expresamente las facultades de nacionalización y socialización como potestades del Estado Social, así como incorpora una vasta gama de derechos económicos sociales y culturales como prestaciones y exigencias socio-económicas que debe asumir el Estado progresivamente con la prohibición de legislar en sentido contrario a éstas.

De este modo, los avances sociales reclamados por los progresistas están reconocidos en el Derecho Constitucional Económico contemporáneo limitando los derechos económicos privados de propiedad y de libre iniciativa, aunque en la actualidad la tendencia programática de diversos gobiernos es a una menor injerencia del intervencionismo estatal y a una mayor libertad del mercado tanto en Europa Occidental como en países del Este Europeo. Sin embargo, debe remarcarse que en dichos países se ha logrado un alto grado de desarrollo con erradicación de la extrema pobreza lo que dista mucho de la realidad de los países latinoamericanos.

Asimismo, debe precisarse que la restricción al derecho de propiedad no debe apuntar a la concepción de propiedad ni a la de mercado en sí misma, sino a su monopolización y disfrute por minorías que la concentran con la consecuente distribución regresiva del ingreso. De manera que pueden existir puntos de coincidencia entre un socialismo democrático y una economía de mercado sustentada por un neoliberalismo progresista y pluralista que preconice la difusión de la propiedad.

En conclusión, reafirmamos nuestra posición crítica del neoliberalismo conservador y de su interpretación de un supuesto modelo rígido y estático del sistema económico constitucional, y subrayamos que la normatividad de carácter económico está constituida por cláusulas abiertas cuyo contenido deberá ser matizado por el legislador e interpretado, en su caso, por el Tribunal de Garantías Constitucionales, dejando a un lado aquellas posturas que pretenden que determinados programas económicos partidarios puedan presentarse como interpretaciones auténticas de la “Constitución económica”, o como el modelo económico constitucionalizado.