



Constitución Económica Peruana bajo la lupa, una mirada crítica en torno a las *iniciativas legislativas que intentaron -pero no lograron- promover la regulación de precios de medicamentos* ante el contexto de la COVID-19¹

Telma Basurto

Resumen:

La coyuntura actual ha colocado en debate si la Constitución Económica Peruana habilita la intervención estatal en el mercado de medicamentos como solución ante el problema público del alza de precios de productos farmacéuticos durante el contexto de la Covid. En ese sentido, se analiza las iniciativas legislativas que plantearon diversas alternativas de solución, entre ellas, la regulación de precios de medicamentos; no obstante, se concluye que factores de diseño institucional limitaron que tal alternativa fuera acogida.

Palabras claves:

Constitución Económica, principio de subsidiariedad, democracia liberal, precios, medicamentos, diseño institucional, iniciativas legislativas y capacidad estatal.

Abstract:

The current situation has placed in debate if the Peruvian Economic Constitution enables the state intervention in the medicine market as a solution to the public problem of the increase of prices of pharmaceutical products in the context of the Covid. In this sense, the legislative initiatives that proposed various alternatives for solution are analyzed, among them, the regulation of medicine prices; however, it is concluded that institutional design factors limited the acceptance of such alternative.

Key words:

Economic Constitution, subsidiarity principle, liberal democracy, prices, medicines, institutional design, legislative initiatives and state capacity

I. INTRODUCCIÓN

La *Paradoja Peruana* relata cómo el Perú pese a que fue uno de los primeros países que adoptó medidas radicales de contención frente a la pandemia, se encuentra en la misma situación del resto de países latinoamericanos que no reaccionaron a tiempo. Lógicamente se esperaba que la rápida reacción del Ejecutivo debió colocarnos en una situación más ventajosa; sin embargo, los resultados nos muestran que haber decretado la inmovilización social obligatoria 10 días después del paciente cero solo contribuyó a atenuar el impacto de la pandemia.

Un reportaje de la BBC escrito por (Pighi, 2020) planteó razones por las cuales se habla de la “paradoja peruana” estas son: el alto nivel de informalidad peruana, alrededor del 71% de la población

activa peruana vive de la economía informal; carencia de logística, solo el 21% de hogares pobres cuentan con una refrigeradora; las aglomeraciones en los mercados, no hay recursos para comprar provisiones que alcancen largos periodos; aglomeraciones en los bancos, solo el 38.1% de la población peruana poseen cuentas bancarias; y, los hacinamientos en casas, el 11.8% de hogares pobres en nuestro país no tienen más de una habitación para poder realizar el distanciamiento social entre los miembros del hogar.

No obstante, durante los años 2002–2013 nuestra economía fue catalogada como “milagro económico peruano” una suerte de receta libertaria que habría mejorado la vida de miles de ciudadanos, lo cual no deja de ser cierto; sin embargo, persisten deudas históricas como la cobertura universal a los servicios públicos, acceso a una

1 Telma Lucía Basurto Basurto. Bachillera en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. telma.basurto@unmsm.edu.pe. Estudiante de sexto ciclo de Ciencia Política y Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú. tbasurto@pucp.edu.pe. Lima, Perú.

vivienda digna, además de la pendiente formalización laboral y empresarial. Por tanto, no resulta extraño que este “crecimiento económico” no se haya traducido en “desarrollo económico” menos aún que se haya cuestionado el modelo económico como una de las causas que profundizan las brechas sociales conforme indicó el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Así, nos encontramos frente a problemas estructurales no recientes como la existencia de informalidad, exclusión financiera, hacinamiento, carencia de enseres del hogar, que en suma limitaron e impidieron el cumplimiento a cabalidad de las políticas públicas diseñadas y formuladas por el Gobierno. De ahí que, apelando a la teoría de la división de poder de (Mann, 1984), podemos sostener que, si bien el Ejecutivo ejerce *poder despótico*, sus medidas no serán eficaces por más osadas y técnicamente correctas sean mientras no cuente con *poder infraestructural* para llevarlas a cabo, más aún si la construcción del poder infraestructural es un proyecto de largo aliento, ergo no depende de un solo gobierno.

Sin embargo, cuando nos referimos a la ausencia de poder infraestructural como límite a la acción estatal inevitablemente hacemos hincapié en el diseño institucional que la consolida, ya que se trata de un arco organizativo difícilmente variable a través del tiempo; prueba de ello son las declaraciones del Ejecutivo frente a las propuestas legislativas que buscan solucionar el problema público de alza indiscriminada de precios de medicamentos durante el contexto de la Covid, señalando que no hay evidencia empírica que demuestre fallas normativas; en la misma línea, el Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI) reiteró que está prohibido fijar o intervenir precios en el mercado puesto que afectaría la libre competencia e iría en contra de preceptos constitucionales. Ambas declaraciones poseen una base común, esto es, invocan normas constitucionales económicas que residen en la Constitución Política de 1993 (Constitución), por tanto, conviene analizarlas para identificar su influencia en el diseño institucional que deviene en la actuación de la capacidad estatal peruana.

Ante ello, resulta necesario “desempaquetar” –al Estado– en sus diversos componentes y relaciones, situándolo en contexto histórico, político y social como arena política (Centeno, 2017). En ese entender, centraremos nuestros esfuerzos en aproximarnos a cómo el Gobierno despliega su capacidad estatal en el sector salud para afrontar la Covid a partir del indicador propuesto por (Fukuyama, 2004) *elaboración y ejecución de políticas públicas*, en tanto, las políticas públicas emprendidas por el Gobierno durante este contexto reflejan la forma en que ha decidido abordar el problema público.

Para tal efecto, tomaremos la noción de *políticas públicas* de (Subirat et al., 2007) que la define como “un conjunto de acciones y decisiones llevadas a cabo por diversos actores con la finalidad de resolver un problema definido políticamente como público”; donde las diversas iniciativas legislativas presentadas además de las opiniones del Colegio Médico del Perú y la Comunidad Académica, constituyen acciones que representan alternativas de solución ante el problema público de alza de precios de medicamentos.

II. INICIATIVAS LEGISLATIVAS EN TORNO AL PROBLEMA PÚBLICO DE ALZA DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS ANTE EL CONTEXTO DE LA COVID

A raíz de la pandemia, la población peruana ha reducido considerablemente sus ingresos debido a la paralización de actividades económicas, reducción de remuneraciones, aplicación de suspensiones laborales y pérdidas de empleos. Estas condiciones dificultan que muchas familias cuenten con los medios suficientes para afrontar la pandemia. No obstante, (Fairlie, 2020) señala que, pese a la crisis sanitaria y económica desatada, se ha gestado un alza injustificada de precios ante la presunta escasez de los productos farmacéuticos que tratarían las afecciones de la Covid.

Tales acontecimientos propiciaron una ola de cuestionamientos hacia las cadenas farmacéuticas, además de la necesidad urgente de que el Gobierno diseñe y formule políticas públicas que tengan por objeto lograr que la población pueda acceder a medicamentos a precios razonables, en especial, los estratos más vulnerables.

Sobre el particular, el Colegio Médico Farmacéutico indicó a (Gestión, 2020) que “los precios de los medicamentos que sirven para tratar los síntomas del coronavirus, como el paracetamol, azitromicina y la hidroxiclороquina son injustificadamente altos, y que algunos empresarios se están aprovechando del dolor y el miedo de los ciudadanos” generado por esta coyuntura; sugiriendo que ante este escenario el Estado puede regular los precios de medicamentos.

Así frente a este problema público se presentaron diversas iniciativas legislativas por parte del Congreso de la República, Ejecutivo, Fiscalía de la Nación y Defensoría del Pueblo ensayando posibles medidas para superarlo. Antes de analizar los Proyectos de Ley², conviene precisar que cuando se menciona la incorporación del delito de “acaparamiento” y modificación de los delitos de “especulación” y “adulteración” de bienes, productos o servicios durante el estado de emergencia, se refieren también a los medicamentos.

El 15.05.20 el **Frente Amplio-FA** presentó dos (2) Proyectos de Ley N° 5211–2020–CR y N° 5222–2020, que se resumen en: (i) otorgar función regulatoria de la Autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (ANM) pueda regular los precios de medicamentos de primera necesidad, así como productos para la salud y, en tiempos de crisis, fijar un monto máximo para su venta a consumidores; (ii) añadir como función del INDECOPI la supervisión del cumplimiento de venta de medicamentos dentro de los precios permitidos durante estados de emergencia; (iii) incorporar el delito de acaparamiento (artículo 233), modificar el delito de especulación (artículo 234) y adulteración (artículo 235) de bienes y servicios de primera necesidad durante el estado de emergencia en el Código Penal; y, (iv) delegar al Ejecutivo la elaboración de una relación de bienes y servicios de primera necesidad ante declaratorias de emergencia. Asimismo, en la Exposición de Motivos el FA subraya que son necesarias la promulgación de los referidos proyectos legislativos debido a que “las cadenas de farmacias monopólicas han aprovechado la pandemia como una oportunidad de negocio

2 Para mayor detalle revisar el Anexo N° 01 “Cuadro resumen de Proyectos de Ley en torno al mercado de medicamentos”.

estableciendo precios abusivos”, mostrando que en nuestro país “la salud es una mercancía”.

Igualmente, **Acción Popular-AP** presentó seis (6) Proyectos de Ley N° 4861-2020, N° 4920-2020, N° 5239-2020, N° 5256-2020, N° 5303-2020 y N° 5308-2020 durante el periodo 18.03.20 al 20.05.20 que se resumen en: (i) restituir el delito de acaparamiento añadiendo como tipo la “alteración y concertación de precios en estado de emergencia” (artículo 233), modificar el delito de especulación añadiendo un tipo especial referido a “especulación en productos farmacéuticos”(artículo 234), incorporar agravante al delito de adulteración (artículo 236) cuando se realice en tiempos de calamidad pública, en el Código Penal; (ii) requerir al Ejecutivo la elaboración de una relación de bienes y servicios esenciales con sus respectivos precios; y, (iii) plantear una reforma constitucional, para modificar el artículo 137 “estado de emergencia” de la Constitución que tenga por objeto restringir o suspender la libre competencia reconocida en el artículo 61° de nuestra Carta Política.

En línea similar al Frente Amplio, **Alianza para el Progreso-APP** presentó el 18.05.20 dos (2) Proyectos de Ley N° 5211-2020 y N° 5222-2020; que en resumen proponen: (i) restituir el precio de medicamentos durante la emergencia nacional, (ii) otorgar función regulatoria a la Autoridad Nacional de Salud (ANS), (iii) encargar a la ANM realizar las acciones de control sobre precios de medicamentos; e (iv) incorporar el delito de acaparamiento (artículo 233) y especulación (artículo 234) especificando la nominación “medicamentos e insumos médicos durante el estado de emergencia” en el Código Penal. Asimismo, de la lectura de su Exposición de Motivos se advierte que APP argumenta la necesidad de acoger tales iniciativas legislativas “dada la existencia de concentración de mercados farmacéuticos por parte del grupo económico Intercorp que perjudicaría el ingreso de nuevos competidores en el mercado”.

Por su parte, el **Frente Popular Agrícola Fia del Perú-FREPAP** presentó dos (2) Proyectos de Ley N° 5231-2020 y N° 5282-2020 durante el periodo 16.05.20 al 19.05.20, los cuales se resumen en: (i) modificar el delito de especulación (artículo 234) especificando el tipo “pesos y medidas” e incorporar el delito de acaparamiento (artículo 233) de precios de bienes y servicios durante estado de emergencia en el Código Penal; (ii) obligar a las farmacias a ofrecer medicinas genéricas para el tratamiento de la Covid garantizando su disponibilidad inmediata y oportuna bajo sanción administrativa; (iii) encomendar al Ejecutivo la elaboración de una relación de bienes y servicios de primera necesidad con sus respectivos precios de referencia.

Escuetamente **Fuerza Popular-FP** presentó durante el 15.05.20 al 20.05.20 dos (2) Proyectos de Ley N° 5318-202 y N° 5223-2020 que contiene únicamente propone cambios en el Código Penal, tales como, modificar el delito de especulación (artículo 234), restituir el delito de acaparamiento (artículo 233) y consignar agravantes a la comisión de delitos de orden económico en tiempos de pandemia en el Código Penal.

De otro lado, **Somos Perú-SP** presentó el 19.05.20 un (1) Proyecto de Ley N° 5281-2020 que propone la regulación de precios de medicamentos en período de emergencia sanitaria; para lo cual, añade la función regulatoria a la ANS. Asimismo, modifica el delito

especulación (artículo 233) del Código Penal e incorpora una función adicional al INDECOPI referida a fiscalizar el control de precios de medicamentos regulados por la autoridad competente en periodos de emergencia sanitaria. En ese sentido, declara al Ministerio de Salud y al INDECOPI como responsables de la reglamentación en la materia.

En la misma línea, **Unión por el Perú-UP** presentó durante el 20.05.20 al 25.05.20 dos (2) Proyectos de Ley N° 5293-2020 y N° 5346-2020 que en resumen tienen por objeto: (i) modificar el delito de especulación (artículo 233) del Código Penal; (ii) requerir un Informe Técnico emitido por el INDECOPI que sirva de sustento para la investigación preparatoria; (iii) añadiendo función regulatoria a la ANS para el comercio de medicamentos durante la emergencia sanitaria; y, (iv) otorgar al INDECOPI el rol de órgano supervisor de los precios toques de medicamentos.

Similarmente **Podemos Perú-PP** presentó el 27.05.20 un (1) Proyecto de Ley N° 5362-2020 que tiene como objeto: (i) otorgar funciones de supervisión y fiscalización al INDECOPI para proteger al consumidor contra el abuso de poder económico, la especulación y el acaparamiento.

En la tribuna jurisdiccional, la **Fiscal de la Nación** presentó también un (1) Proyecto de Ley N° 05288-2020 que busca reincorporar en el Código Penal el delito de acaparamiento (artículo 233), actualmente derogado; asimismo, propone modificar el delito de especulación (artículo 234), ya que su actual redacción resulta inoperativa en el Código Penal. Igualmente, la **Defensoría del Pueblo** presentó un (1) Proyecto de Ley N° 5336-2020 que busca regular el delito de acaparamiento (artículo 233) y especulación (artículo 234) en situación de emergencia sanitaria en el Código Penal; argumentando que se han registrado sendas denuncias sobre precios inaccesibles en el mercado de productos sanitarios y medicamentos, pues, “debido al hacinamiento en hospitales, las personas que recurren a la consulta privada se ven en la necesidad de comprar medicamentos a precios exorbitantes”.

Contrario a lo esbozado el **INDECOPI** subrayó que ninguna institución pública “puede intervenir en la fijación de precios en el mercado, ni siquiera en situación de pandemia, ya que vivimos en una economía de libre mercado” (Gestión, 2020). No obstante, ante el persistente malestar de la ciudadanía publicó una nota de prensa asegurando que dentro del marco de sus competencias se encuentra fiscalizando la publicidad engañosa y lucha contra la concertación de precios (Indecopi, 2020).

Ante las diversas opciones de técnicas jurídicas propuestas para hacer frente al problema público “alza de precios de medicamentos” que afectan en mayor medida a las poblaciones vulnerables, el **Legislativo** decidió unificar los citados Proyectos de Ley en un solo cuerpo normativo mediante la “Ley N° 31040 que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración” (Ley N° 31040), norma que condensa las propuestas del Legislativo, de la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía de la Nación, siendo debatida y aprobada en el Pleno del Congreso el 03.06.20; no obstante, cuando fue remitida al **Ejecutivo** para su promulgación, esta fue observada en fecha 02.07.20 arguyendo mediante Oficio N° 103-2020-PR, que:



“En un Estado Social y Democrático de Derecho, toda intervención, restricción o limitación de un derecho debe estar amparado por las garantías constitucionales no hacerlo conlleva una infracción directa de nuestro orden constitucional (...) aun cuando una conducta lesiva y reprochable socialmente se presentará a diario, los sujetos que la cometen solo podrán ser sancionados o procesados por ello si el Estado previamente dicta una Ley que así lo especifique de manera expresa e inequívoca (...). Sin embargo, en el delito de abuso de poder económico se debe precisar que la “competencia” o “libre competencia” es la base fundamental de nuestro sistema constitucional de economía social de mercado; en tanto, los artículos 58 y 60 de la Constitución establecen que la iniciativa privada es libre siendo el rol del Estado en materia económica subsidiario, por tanto, entre optar por normas administrativas o penales, ante estos casos de distorsiones del mercado resulta conveniente la invocación de normas administrativa para lo cual existe la Ley de Represión de Competencia Desleal cuya aplicación depende del INDECOPI además de que no se ha logrado tener evidencia empírica real y objetiva, que demuestre que las medidas administrativas que protegen el libre mercado hayan fallado como para justificar la intromisión del Derecho Penal (...) Respecto a los delitos de acaparamiento y especulación es menester subrayar que conforme la redacción propuesta se tratan de normas indeterminadas y vacías que vulneran el principio de tipicidad y legalidad que exige el Derecho Sancionador, además de contener contradicciones insalvables en cuanto a modificarlas en el Código Penal e incorporándolas en el Código de Protección y Defensa al Consumidor (...). Sobre el mandato de elaboración del listado dirigido a una autoridad administrativa con “precios oficiales” de hacerse de manera general y para todo supuesto atentaría contra la economía social de mercado (...). Propone que el debate de iniciativas legislativas también son una oportunidad para fortalecer las funciones del

INDECOPI en lo referido a sus competencias para proteger a los consumidores, vigilando la información del mercado durante el estado de emergencia establecido por el Presidente”.
(resaltado nuestro)

Sin embargo, aún habiendo remitido el Ejecutivo sus observaciones a la autógrafa, el Legislativo decidió aprobar el dictamen en insistencia del referido proyecto promulgándose la Ley N° 31040 el 29.08.20 de conformidad con el artículo 108 de la Constitución³.

Anivel punitivo, la Ley N° 31040 modifica el Código Penal disponiendo: (i) incorporación de los delitos de “abuso de poder económico” (artículo 232) con 2 a 6 años de cárcel, y el “acaparamiento” (artículo 233) con 4 a 6 años de cárcel; (ii) modificación de los delitos de “especulación” (artículo 234) que se extiende al tipo “especulación y alteración de pesos y medidas” con 2 a 6 años y la “adulteración” (artículo 235) con 1 a 3 años de cárcel; y, (iii) derogar el agravante común del delito de “adulteración”. Cabe precisar que solo los artículos 234 y 235 contienen agravantes de ser cometidos en tiempos de emergencia sanitaria.

A nivel administrativo, la Ley N° 31040 modifica el Código de Protección y Defensa del Consumidor disponiendo: (i) añadir a la redacción del literal c) del artículo 1 la protección de los derechos de los consumidores ante denuncias por “especulación o acaparamiento en situación de emergencia”, siendo desde entonces el INDECOPI competente para atender ese tipo de denuncias; (ii) incorporar literales adicionales a los artículos “3” a “3-A.- Prohibición de acaparar o especular en situación de emergencia”, y “97” a “97-A.- Derechos de los consumidores en situación de emergencia” al ser acciones ilícitas que alteran el orden económico y ponen en riesgo la vida o salud de los consumidores; y (iii) encomendar la elaboración del listado de bienes y servicios esenciales a la autoridad administrativa correspondiente.

³ Constitución Política: Artículo 108.- Promulgación de las Leyes

La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso

III. BALANCE EN TORNO A LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS A PROPÓSITO DE LA NOCIÓN DE ESTADO SUBSIDIARIO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA

Al respecto, se advierte que la Ley N° 31048 no encomienda expresamente al Ejecutivo la elaboración del listado de bienes y servicios esenciales, tampoco hace mención alguna a la posibilidad de regular o fijar de precios, menos aún añade la función regulatoria a la ANS o la ANM, ni delega al INDECOPI la realización de un Informe Técnico que identifique la comisión de delitos económicos para ser remitido a la Fiscalía. Ninguna de estas propuestas legislativas fue acogida en la citada Ley. Más bien, se advierte que el Legislativo optó entonces por la salida punitiva “modificar el Código Penal” y administrativa “modificar el Código de Protección al Consumidor” que como hemos desarrollado fueron la alternativa común de las diversas bancadas, la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo para hacer frente al problema público de alza de medicamentos en tiempos de pandemia; dejando de lado la alternativa de una reforma constitucional del derecho a la “libre competencia” contenido en el capítulo económico de la Constitución, tal como lo habría propuesto APP.

Bajo esa misma lógica, llama la atención que no se haya recogido la postura “reguladora de precios de medicamentos” que implicaba una intervención estatal en el mercado, pese a que esta fue propuesta por el FA, PP, SP, APP, y AP, estas son, cinco (5) de las seis (6) bancadas que presentaron iniciativas legislativas. Resulta interesante subrayar además que un elemento común en la Exposición de Motivos de estas propuestas legislativas es que, a excepción de FP, el resto de bancadas cuestionan el orden constitucional económico.

De ahí que, cuando el Ejecutivo observó la autógrafa mediante Oficio N° 103-2020-PR se advirtió que las propuestas del Legislativo y el Ejecutivo distan en cuanto a la forma de resolver el problema público del alza de precios de medicamentos, ya que mientras el Legislativo inicialmente planteó la necesidad de establecer una lista de precios referenciales u oficiales que sea respetada por los productores, fabricantes u proveedores para que evitar las distorsiones evidenciadas en el mercado, e inclusive planteando la necesidad de otorgar facultades regulatorias al INDECOPI, ANN o ANS, estas propuestas se interpretaron como una intromisión directa del Estado en el mercado; siendo tildadas por el Ejecutivo como “inviabiles”, al considerar que, tales iniciativas atentan el “derecho a la “libre competencia”, base fundamental de nuestro sistema constitucional económico; en tanto, la Constitución establece que la iniciativa privada es libre (artículo 58) siendo el rol del Estado en materia económica subsidiario (artículo 60)”. Por consiguiente, se aprecia que entre las razones por las que no fue posible acoger las alternativas que promovían la regulación



de precios de medicamentos se invoca una cuestión de “diseño institucional”⁴, que redujo el marco de acción del legislativo a medidas punitivas y administrativas dejando de lado las opciones “regulatorias” conforme se advierte de la Ley N° 31048.

La tensión suscitada entre ambas posturas ha colocado como debate de fondo cuán idóneo es el modelo económico consagrado en la Constitución para afrontar las diversas crisis económicas suscitadas por la Covid. Recordemos que el capítulo económico de la Constitución 1993 habilitó el proceso de liberalización del mercado en un contexto nada favorable para nuestro país durante la década de los 80” e inicios de los 90”⁵. Para lograr tal cometido, se restringió los supuestos en los cuáles podría invocarse la intervención estatal en el mercado, elevando –consecuentemente– a rango constitucional el principio de subsidiariedad.

Al respecto, el principio de subsidiariedad reside en la idea de que una sociedad, una organización o una institución de orden superior a otra no debe interferir en la actividad de esta última, inferior a ella, solo debe sostenerla en caso de necesidad, coordinando su acción con la de otros en aras a la consecución del bien común (Frosini, 2002), lógica que es aplicable en la relación Estado y Mercado. No obstante, lograr un consenso entre los alcances y límites entre tal interrelación es un debate que de por sí demanda repasar los fundamentos ideológicos de una u otra postura política.

En tanto, el principio de subsidiariedad económica, se encuentra consagrado en nuestra Constitución, es posible afirmar que, ya existe una asunción política respecto a cuál es la relación óptima que debe existir entre Estado y Mercado, en la actualidad. Tal como describe (Kresalja, 2010) “los defensores de este principio consideran que facilita la aparición de un contexto favorable a la libertad, a la creatividad y a la participación, y que constituye una condición indispensable para la plena realización cívica, tanto en su dimensión individual como colectiva, equivalente al principio de inspiración liberal de “tanta libertad como sea posible, tanto Estado como sea necesario””. A partir de estas premisas se infiere que el principio de subsidiariedad económica se enmarca dentro del modelo de Democracia Liberal, en tanto, la libertad es considerada fuente de limitación jurídica del Estado.

En ese orden de ideas, es menester subrayar además que el tipo de democracia como diseño institucional determina también el rol del Estado en la economía; pues, mientras en una democracia liberal se prioriza la actuación del mercado frente a las desigualdades sociales; en una socialdemocracia se busca conciliar ambos aspectos (Roberts, 2008). El Ejecutivo al observar la autógrafa de la Ley N° 31040 argumentando que “el derecho a la libre competencia es la base fundamental del sistema económico peruano” y que no existe

4 “Diseño institucional” comprende tanto a la regulación constitucional como al tipo de democracia peruana.

5 Es importante, subrayar el contexto histórico en que se incorpora el principio de subsidiariedad económica en el Perú, tal es, la crisis hiperinflacionaria heredada del primer gobierno de García, que justificó y legitimó su aparición; teniendo como respuesta por parte de Fujimori la liberalización de mercados como política pública nacional.



“evidencia empírica real y objetiva, que demuestre que las medidas administrativas que protegen el libre mercado hayan fallado” aún inclusive en un contexto dramático como la pandemia, reafirma la existencia de una democracia liberal en el Perú. Así, se advierte que el diseño institucional que refleja la Constitución Económica Peruana limita la intervención estatal en el mercado justificando su intrusión siempre que priorice o fomente la actuación del mercado, secundando la tarea de reducción de desigualdades y expansión de derechos sociales.

Por su parte, la Comunidad Académica tiende a interpretar contradictoriamente el sentido de la Constitución Económica, en tanto, mientras existen académicos como (Grández, 2020) que sugiere “la Constitución sí permite la intervención del Estado en el mercado cuando se trata de defender derechos básicos, como la salud y la vida”, en virtud a una interpretación sistemática de la Constitución. Desarrolla tal postura, indicando –también– que en el marco de la Constitución le está permitido al legislador intervenir en el mercado fijando precios referenciales o estableciendo competencias con este propósito, tipificando el delito como el de especulación, pues:

*(...) no debe olvidarse que el elemento clave del delito de especulación es precisamente, el sacar ventaja económica de un estado de calamidad o emergencia, alterando los precios habituales de productos de primera necesidad (...) la Constitución para que “diga” algo más específico requiere ser consultada en su integridad y de cara a las angustias humanas de cada tiempo. La Constitución exige, por ejemplo, que el Estado y la comunidad se organicen de modo tal que la “defensa de la persona humana y su dignidad” prevalezcan siempre como “fin supremo” (art.1). La Constitución también, precisamente en el capítulo económico, encarga al Estado la defensa del “interés de los consumidores y usuarios”, y le exige que vele “en particular, por la salud y la seguridad de la población” (art. 65). Asimismo, **debe ser interpretada para que en todo contexto prevalezcan los derechos y la dignidad humana por sobre cualquier estructura que la sociedad hubiera construido para su propia existencia. El mercado es una construcción, un medio, que en el marco de la Constitución debe también ser regulado y controlado por el Estado. El mercado no siempre está libre y por eso el artículo 61 establece que el Estado: “vigila la libre competencia.***

Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”. Si esto es así, a fortiori, el Estado debe ponerle límite a la especulación y el acaparamiento, dos formas explícitas de abuso y aprovechamiento económico de una situación de calamidad humana”. (resaltado nuestro)

También existen otros académicos que muestran una postura contraria sobre la viabilidad de las propuestas legislativas como el profesor (Stucchi, 2020) que sostiene:

*“En el Perú, **nuestra Constitución establece un sistema de economía social de mercado, en el que la iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratar –incluyendo el derecho a determinar precios– están garantizados como principio. Es cierto: ningún derecho es absoluto y todo derecho puede ser restringido. Sin embargo, para restringir estos derechos, como cualquier derecho fundamental, debe superarse un test de proporcionalidad. No obstante, el proyecto de ley no supera el test ya que en: (i) Identificación del problema: no presenta fuentes adecuadas para acreditar el problema que pretende solucionar (...); (ii) utilidad de la medida: no existe un correcto análisis costo beneficio, tampoco se ha identificado a los grupos sociales que podrían perjudicarse con esta medida (...); y, (iii) evaluación de alternativas: debería incentivarse la entrada al mercado de nuevos competidores (...). Por tanto, se trata de una medida innecesaria y nociva para el país (...).”** (resaltado nuestro)*

Por consiguiente, se advierte que no solo a nivel político sino tampoco a nivel académico, los alcances y límites de la intervención del Estado en materia económica no es un asunto que genere consensos, máxime cuando la noción de Estado Subsidiario se encuentra tan internalizada en nuestra cultura política y jurídica. Señala (Landa, 2017) que esto se debe a que “el principio de subsidiariedad se plantea en términos más bien de orden negativo, al mencionarse que opera en situaciones en las que ocurre una falla del mercado”, cuando esta también opera en su vertiente positiva debiendo interpretarse sistemáticamente con otras fórmulas legislativas sectoriales, tal es el caso del artículo II del Título Preliminar de la Ley General de Salud N° 26842, que declara a “la protección de la salud de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla”.



Estados Desarrollistas Asiáticos son un buen ejemplo de cómo bajo la dirección del Estado se fomenta la participación privada en el desarrollo nacional en un marco competitivo y transparente. De ahí que (Evans, 1996) describa la *autonomía enraizada* como condición necesaria para comulgar intereses privados y públicos, no como un ideal sino como una necesidad para construir un Estado con capacidad, *en sociedad* como expresa (Migdal, 1994).

Sin embargo, en el Caso Peruano se advierte que existe un antagonismo entre intereses privados y públicos que aún no superamos, ello se muestra en nuestro diseño institucional compuesto por las reglas de juego que establece la Constitución Económica y la radicalización de los preceptos económicos de la Democracia Liberal; diseño que naturalizó que pese a décadas de crecimiento económico no se haya emprendido medidas que apuntaran al fortalecimiento del sistema de salud.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Las diversas propuestas legislativas presentadas por las citadas bancadas congresales reflejan la preocupación de la ciudadanía respecto a la necesidad de salvaguardar su derecho a acceder a medicamentos a precios razonables. Para garantizar su cobertura resultaba importante resolver el problema público de alza de precios de medicamentos que impide su real ejercicio, para lo cual, se ensayaron diversas fórmulas jurídicas. Así, si bien, la población saludó la promulgación de la Ley N° 31040 que reprime la especulación, acaparamiento, abuso de poder económico y adulteración; por convertirse en prácticas cotidianas durante el contexto de la Covid, afectando en especial, a los sectores más vulnerables.

De otro lado, la proliferación de estas propuestas también nos lleva a repensar la forma en cómo se aborda la noción de Estado Subsidiario a propósito de la consagración del principio de subsidiariedad, el mismo que debe ser entendido desde un enfoque dinámico, esto es, no sólo celebrando la limitación de la actuación estatal (vertiente negativa) sino también promoviendo e invocando su actuación cuando sea necesaria (vertiente positiva), reivindicando el cariz humanista que fundamenta su origen en las encíclicas papales.

Igualmente, resulta importante subrayar las distintas interpretaciones que efectúa el Legislativo, Ejecutivo, Comunidad Académica, y ciudadanía en torno al régimen económico de la Constitución, lecturas que denotan una lógica antagónica entre intereses públicos y privados que –en principio– no debe existir entre el Estado y Mercado. Tensión que gráfica el choque entre la oposición de grupos sociales de poder económico, estos son, las cadenas farmacéuticas frente al alcance de objetivos oficiales del gobierno, tal es, el acceso a medicamentos a un precio razonable, denostando el concepto de *autonomía* estatal propuesto por (Skocpol, 2007).

Al respecto, consideramos que no se trata de antagonizar lo privado de lo público, ya que tal como describe (Doner, 2005) los

De ahí que, entre las causas que explicaría la “paradoja peruana”, se advierte una gran influencia de las reglas que demarcan el diseño institucional, las mismas que continúan limitando el proceso de implementación de políticas públicas económicas, tales como las iniciativas legislativas que intentaron –pero no lograron– promover la regulación de precios de medicamentos ante el contexto de la Covid. Cabe subrayar, que tal diseño institucional acompaña también otras medidas económicas emprendidas por el Ejecutivo en las que tampoco ha logrado los objetivos esperados visibilizando la baja capacidad estatal peruana para gestionar contextos de emergencia sanitaria.

En esa línea, conviene destacar que la baja capacidad estatal para gestionar óptimamente el sistema de salud peruano evidenciada en este contexto, constituye tan solo la punta del iceberg de problemas estructurales que han permanecido relegados en nuestra lánguida historia republicana. La ausencia de capacidad estatal no solo peruana sino latinoamericana ha sido estudiada por (Centeno, 2009) partiendo de la *independencia colonial* y de la importancia del Estado para el desarrollo del mercado, por su parte (Kurtz, 2013) y (Mahoney, 2001) coinciden en que si bien la *path dependence* condiciona los países latinoamericanos, estos lograron rasgos de heterogeneidad en capacidad estatal y sistema político gracias a sus reacciones ante diversas coyunturas críticas apoyándose en las élites e implementación de proyectos liberales. Por su parte, (Urteaga, 2017) coincide en que nuestra herencia colonial influye más no determina la capacidad estatal, precisando que no siempre es incompatible con intereses particulares.

En suma, en un país tan desigual como el nuestro, resulta necesario reducir las brechas sociales apelando a una articulación de intereses privados y públicos por parte del Estado bajo el principio de transparencia, rendición de cuentas y fortalecimiento a la ciudadanía. Igualmente, la necesidad de emprender un proceso de construcción estatal fecundo que manifieste el compromiso de todos los sectores que componen la sociedad, que incluye a las élites económicas respecto al tipo de Estado Peruano a construirse (Portocarrero, 1983; Ganoza y Stiglich, 2016) se erige como tarea impostergable.





BIBLIOGRAFÍA

- Centeno, M., Kohli, A., Yashar, D., y Mistree, D. (2017). *States in the developing world*. Cambridge: New York.
- Congreso de la República. **Proyecto de ley, Período Parlamentario 2016 - 2021**. Recuperado de <http://www.congreso.gob.pe/pley-2016-2021>
- Doner, R., Bryan K., y Dan Slater. (2005). Systemic Vulnerability and the Origins of Developmental States: Northeast and Southeast Asia in Comparative Perspective. *International Organization*, 59 (2): 327-361. doi: 10.1017 / S0020818305050113
- Evans, P. (1996). *El estado como problema y como solución*. Desarrollo Económico 35 (140): 529-563.
- Fairlie, A. (21 de mayo de 2020). Frenar alza de precios de medicamentos para Covid-19 y garantizar su acceso. *LaMula.pe*. Recuperado de <https://alanfairlie.lamula.pe/2020/05/21/frenar-alza-de-precios-de-medicamentos-para-COVID-19-y-garantizar-su-acceso/alanfairlie/>
- Frosini, T. (2002). *Subsidiariedad y Constitución*. Dialnet, 297-315.
- Fukuyama, F. (2004). *La construcción del Estado: Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona: Ediciones B.
- Ganoza, C. y Stiglich A. (2015). *El Perú está calato. El falso milagro de la economía peruana y las trampas que amenazan nuestro progreso*. Lima: Planeta, pp. 81-144.
- Redacción Gestión. (15 de mayo de 2020). Indecopi afirma que no tiene facultades para regular precios de medicamentos en farmacias. *Gestión*, recuperado de <https://gestion.pe/economia/coronavirus-peru-indecopi-afirma-que-no-tiene-facultades-para-regular-precios-de-medicamentos-en-farmacias-COVID-19-nndc-noticia/>
- Redacción Gestión. (16 de mayo de 2020). Colegio Químico Farmacéutico de Lima pide al Gobierno regulación de precios de medicamentos. *Gestión*, recuperado de <https://gestion.pe/peru/colegio-quimico-farmacaceutico-de-lima-pide-al-gobierno-regulacion-de-precios-de-medicamentos-noticia/>
- Grández, P. (19 de mayo de 2020). La Constitución económica en cuarentena. *La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/2020/05/19/la-constitucion-economica-en-cuarentena/>
- Indecopi. (15 de mayo de 2020). El Indecopi verifica que farmacias y boticas informen sobre los precios de medicamentos, fiscaliza la publicidad engañosa y lucha contra concertación de precios. *Indecopi*. Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-verifica-que-farmacias-y-boticas-informen-sobre-los-precios-de-medicamentos-fiscaliza-la-publicidad-enganosa-y-lucha-contra-concertacion-d>
- INEI. (2020). *Informe técnico, situación del mercado laboral en Lima Metropolitana*. Lima: INEI.
- Kresalja, B. (2010). *El Principio de Subsidiariedad en materia económica. Análisis de las Constituciones Peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra.
- Kurtz, M. (2013). *Latin American State Building in Comparative Perspective: Social Foundations of Institutional Order*. New York: Cambridge University Press.
- Landa, C. (2016). *El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú*. FORSETI, Revista de Derecho, 146-158.
- Mahoney, J. (2001). *The legacies of liberalism: Path Dependence and Political Regimes in Central America*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Mann, M. (1984). *The Autonomous Power of the State: its Origins, Mechanisms, and Results*. *European Journal of Sociology/Archives*, 25 (2), 185-213.
- Migdal, J., Kohli A., and Shue V. (1994). *State Power and Social Forces: Struggles and Accommodation*. Cambridge M.A.: Cambridge University Press.
- O'Donnell, G. (1993). *Acerca del Estado, democratización y algunos problemas conceptuales: una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas*. *Desarrollo Económico* 33 (130): 163-184.
- Pighi, P. (20 de mayo de 2020). Cuarentena en Perú: 5 factores que explican por qué las medidas de confinamiento no impiden que sea el segundo país de América Latina con más casos de COVID-19. *BBC New Mundo*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52748764>
- Portocarrero, G. (1983). *De Bustamante a Odría. El fracaso del Frente Democrático Nacional, 1945-1950*. Lima: Mosca Azul, pp.61-102.
- Roberts, K. (2008). ¿Es posible una socialdemocracia en América Latina?. *Revista Nueva Sociedad* 217.
- Scott, J. (1998). *Seeing Like a State*. New Haven: Yale University Press.
- Acuña, C. (2007). El Estado regresa al primer plano: estrategia de análisis en la investigación actual. En Skocpol, T. (ed.). *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: retomando el debate de ayer para fortalecer el actual*. Buenos Aires: Jefatura de Gabinete de Ministros.
- Stucchi, P. (19 de mayo de 2020). ¿Es necesaria una regulación de precios sobre medicinas y otros productos para el cuidado de la salud?. *Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2020/05/es-necesaria-una-regulacion-de-precios-sobre-medicinas-y-otros-productos-para-el-cuidado-de-la-salud.html/>
- Subirats, J., Knoepfel, P, Larrue C. y Varonne, F. (2008). *Decisiones Públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- Urteaga, M. (2017). *La Desigual Capacidad del Estado en América Latina, Política y Gobierno XXIV* (2): 435-457.

ANEXO N° 01
CUADRO RESUMEN DE PROYECTOS DE LEY EN TORNO AL MERCADO DE MEDICAMENTOS

N	Agrupación política	Fecha	Presenta	Proyecto de Ley	N°	Temática
1	Acción Popular	18/03/20	Carmen Omonte	Ley que prohíbe la especulación de precios y el acaparamiento en época de emergencia sanitaria coronavirus y desastres naturales.	4861-2020	Especulación
2	Acción Popular	26/03/20	Paul García	Ley que modifica el artículo 234 del Código Penal sancionando con pena privativa de libertad al productor, fabricante o comerciante que pone en venta productos o mercaderías de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente.	04920-2020	Especulación
3	Frente Amplio	15/05/20	Absalón Montoya	Ley que establece la regulación de precios de medicamentos y productos necesarios para la protección de la salud en estado de emergencia sanitaria.	5211-2020	Regulación
4	Frente Amplio	15/05/20	José Ancalle	Ley que sanciona el acaparamiento, especulación y adulteración de bienes y servicios de primera necesidad durante el estado de emergencia.	5222-2020	Acaparamiento y especulación
5	Fuerza Popular	15/05/20	Marcos Pichilingue	Proyecto de Ley que modifica los artículos 234 y 236 del Decreto Legislativo 635- Código Penal Peruano.	5223-2020	Especulación
6	Frente Popular Agrícola Fia del Perú	16/05/20	María Retamozo	Ley que incorpora el delito de acaparamiento y prestación de servicios con costos desproporcionados en estado de emergencia y modifica el delito de especulación en actos de comercio en el Código Penal.	5231-2020	Acaparamiento y especulación
7	Acción Popular	18/05/20	Mónica Saavedra	Ley que incorpora el artículo 233 al Código Penal creando el delito de alteración y concertación de precios en estado de emergencia.	5239-2020	Alteración y concertación de precios
8	Acción Popular	18/05/20	Luis Hurtado	Ley que sanciona el acaparamiento y especulación de bienes y/o servicios durante la declaratoria de estado de emergencia nacional.	05256-2020	Acaparamiento y especulación
9	Alianza por el Progreso	18/05/20	Mario Quispe	Ley que sanciona el acaparamiento y especulación en medicamentos e insumos médicos durante el Estado de Emergencia y Época de Crisis Sanitaria.	05260-2020	Acaparamiento y especulación
10	Alianza por el Progreso	18/05/20	Luis Valdez	Ley que regula el precios de los medicamentos ante la emergencia nacional contra el COVID-19.	05237-2020	Regulación
11	Somos Perú	19/05/20	Betto Barrinuevo	Ley de regulación de precios de medicamentos en período de emergencia sanitaria.	05281-2020	Regulación
12	Frente Popular Agrícola Fia del Perú	19/05/20	Nelly Huamani	Ley que prohíbe y sanciona la especulación de precios y acaparamiento de bienes y servicios durante un estado de excepción.	5282-2020	Acaparamiento y especulación
13	Fiscalía de la Nación	20/05/20	Zoraida Avalos	Ley que modifica el Código Penal para sancionar conductas especulativas sobre bienes y servicios de urgencia para la vida y la salud de las personas	05288-2020	Especulación
14	Unión por el Perú	20/05/20	Hipólito Chaiña	Ley que establece la regulación del comercio de medicamentos durante estados de emergencia sanitaria.	5293-2020	Regulación
15	Acción Popular	20/05/20	Paul García	Ley que incorpora el artículo 234-A al Código Penal, con la finalidad de sancionar al productor, fabricante o comerciante que durante la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional incremente el precio de los productos farmacéuticos, declarados necesarios para la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades o pandemias.	05303-2020	Especulación
16	Acción Popular	20/05/20	Rosario Paredes	Ley de reforma Constitucional sobre el abuso de la libre competencia para evitar especulación y acaparamiento de productos en tiempos de pandemia o catástrofe natural y proyecto de Ley de desarrollo Constitucional.	5308-2020	Acaparamiento, especulación y abuso de libre competencia
17	Fuerza Popular	20/05/20	Edward Zarate	Proyecto de Ley que restituye con modificación el Artículo 233° y modifica los artículos 234° y 235° del Código Penal, a fin de sancionar los delitos de acaparamiento, especulación y adulteración en estado de emergencia.	5318-2020	Acaparamiento, especulación y adulteración de costos
18	Defensoría del Pueblo	22/05/20	Walter Merino	Ley que regula las conductas de "Acaparamiento" y "Especulación" en situación de emergencia	05336-2020	Acaparamiento y especulación
19	Unión por el Perú	25/05/20	Jim Mamani	Ley que modifica el delito de especulación y dicta medidas para su procesamiento y prevención.	05346-2020	Especulación
20	Podemos Perú	27/05/20	José Luna	Ley de protección penal del consumidor contra el abuso de poder económico, la especulación y el acaparamiento.	05362-2020	Abuso de poder económico, especulación y acaparamiento

Fuente: (Congreso de la República, 2020) - Elaboración: Propia