

# Principios rectores de la Constitución Económica

Victorhugo Montoya Chávez\*

Sólo puede tener sentido la Constitución -en especial la Constitución Económica-, si ésta se encuentra asentada sobre principios que proclaman el protagonismo de la justicia y la prioridad de la persona respecto del Estado, la libertad y la democracia, aunque sin desconocer a éstos. En este esquema, la Norma Fundamental marca contenidos -y contenidos concretos- en sus reglas, principios y valores, por lo que plasma el conflicto social de intereses describiendo procedimientos para reglarlos.

En conclusión, la Constitución no sólo posee normas jurídicas sino también contiene normas netamente políticas, las mismas que se presentan como principios, aparte, claro está, de los valores o del contenido de los Preámbulos constitucionales. Con ellos, el intérprete debe relacionar la comprensión de un derecho fundamental con los preceptos superiores que rigen el modelo constitucional adoptado, como es el caso para el tema económico de la Economía Social de Mercado. La escala axiológica que abraza es el ámbito en el cual se realizan las actividades interpretativas. Tomando en cuenta un marco como el mostrado, es interesante presentar a continuación algunas de las principales manifestaciones que han tenido los principios en el desarrollo jurisprudencial nacional, máxime el desarrollo alcanzado en determinados derechos e instituciones del Derecho Constitucional Económico.

Etimológicamente, 'principio' proviene de la palabra *principium*, la cual podía significar tanto 'cabeza de una serie' -tiene su origen en *princeps*, *principis*, príncipe-, y que motiva que los principios en el ámbito jurídico sean las primeras normas del ordenamiento, como 'origen permanente o punto fundamental de partida de algo' -tiene su origen en *principii*-, razón por la cual los principios en el Derecho serán las normas básicas del sistema jurídico, punto de donde surgen de modo permanente las demás. El doble matiz que presenta deberá conducir cualquier entendimiento de cómo debe entenderse cada principio dentro de un cuerpo normativo tan especial y grácil como es la Constitución, máxime si su aplicación y utilización aseguran una correcta comprensión de las normas de derechos fundamentales.

Entonces, no es vano señalar que una Constitución se exhibe como "un conjunto de

valores, principios y reglas, es el eje principal que asegura la unidad del ordenamiento jurídico dado que representa la decisión política y jurídica por excelencia y el fundamento central del sistema constitucional en su conjunto" (fundamento 4 de la STC 020-2003-AI/TC). Es decir, necesariamente requiere de guías para su funcionamiento, y es ahí precisamente donde se inserta la necesidad de descubrir los principios que lo rigen. Así, los principios que se encuentran consagrados en la Constitución son manifestación positiva de los principios básicos del Derecho Constitucional, a partir de lo cual podrá concluirse que en parte son naturales y en parte positivos. En tal sentido, cualquier decisión constitucional "debe tener como soporte los principios fundamentales que inspiran la interpretación de los derechos fundamentales comprometidos" (fundamento 45 de la ST 0050-2004-AI/TC y otros). Con su carácter filosófico y jurídico, estos principios poseen el carácter de fundamentales, taxativos, universales, tópicos, axiológicos. Se puede decir que un principio opera en el momento anterior al que el constituyente va a promulgar las normas de la Constitución, ya que allí debe observar los principios, inspirarse en ellos para poder positivizar sobre la base de ellos mismos. Lo importante de este punto es ver cómo estos se compatibilizan con lo que se ha venido a denominar la Constitución Económica.

Sólo puede tener sentido el Constitucionalismo si éste se encuentra asentado sobre unos principios que proclaman el protagonismo de la justicia y la prioridad de la persona respecto del Estado, la libertad y la democracia, no sin desconocer a estos. En este esquema, la Constitución marca contenidos -y contenidos concretos- en sus reglas, principios y valores, por lo que plasma el conflicto social de intereses describiendo procedimientos para reglarlos. En conclusión, la Constitución no sólo posee normas jurídicas sino también contiene normas netamente políticas, las mismas que se presentan como principios, aparte, claro está, de los valores o del contenido de los Preámbulos constitucionales. Con ellos, el intérprete debe relacionar la comprensión de un derecho fundamental con los preceptos superiores que rigen la Norma Constitucional. Esta escala axiológica se debe tomar como el marco en el cual se realizan las actividades interpretativas.

\* Abogado por la PUCP, con estudios de postgrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España) y en el Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo, Francia). Asesor del Tribunal Constitucional. Profesor de pregrado y maestría de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la UPC y del Postítulo de Derechos Fundamentales en la PUCP.

Tomando en cuenta un marco como el mostrado, es interesante presentar a continuación algunas de las principales manifestaciones que han tenido los principios en el desarrollo jurisprudencial nacional, máxime el desarrollo alcanzado en determinados derechos e instituciones del Derecho Constitucional, especialmente del Derecho Constitucional Económico.

Pero los principios no siempre están expuestos de manera clara en la Constitución, por lo que habrá de recurrir al concepto de positividad para descubrir una doble categoría de los mismos. Por positividad se habrá de entender el atributo especial por el cual ciertas normas son promulgadas por una autoridad y dotadas de coercibilidad. Serán explícitos los principios cuando se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución. Los principios surgen como una triple necesidad del derecho objetivo: abarcar la mayor parte de la realidad; exista una compatibilidad entre las normas; y, que todas ellas tiendan al mismo fin. Es por esto, que el constituyente al entrever dichas exigencias, ha hecho una expresa manifestación de los principios para que sacien estas exigencias del ordenamiento con lo cual se evidencia el origen positivo de los principios. Parece ser que explícitamente, el constituyente nacional consideró la existencia de cinco principios básicos, dado el carácter encauzador que tienen para el ordenamiento: la defensa de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), al ser destacado como fin supremo de la sociedad y del Estado; el respeto de la dignidad de la persona humana (artículos 1 y 3 de la Constitución); la soberanía del pueblo (artículo 3 de la Constitución), al autoproclamarse como principio; el Estado democrático de derecho (artículo 3 de la Constitución); y, la forma republicana de gobierno (artículo 3 de la Constitución).

Serán implícitos si son creados a través de la interpretación constitucional, básicamente desarrollado por el Tribunal Constitucional, en tanto aparece como intérprete supremo de la Constitución (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Entonces, los principios que rigen una Constitución no solamente son los que se presentan de manera manifiesta sino que además de ellos pueden agregarse otros encontrados según un estudio completo de la misma y que podrán irse descubriendo de acuerdo a las necesidades que la realidad va creando y conforme lo posibilita la Norma Fundamental. Justamente, en este órgano estatal se ha venido a establecer la existencia de sentencias de especie o de principio. A diferencia de las primeras que se refieren a la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto, las sentencias de principio "son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes" (fundamento 2.b de la STC 0004-2004-CC/TC). A ella se retornará

más adelante cuando se expliquen algunos tipos de principios.

Con su triple función creativa, interpretativa e integradora, cada uno de los principios buscará elaborar, comprender y suplir las normas constitucionales, sobre todo en un nivel interpretativo. En el ámbito creativo, trastoca y actualiza los elementos básicos de toda Constitución, en tanto aparecen como fuente formal y material por excelencia del ordenamiento, desplegando pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogatoria de las normas. En el ámbito interpretativo, los principios sirven para comprender las normas a la luz del ordenamiento constitucional, en especial cuando, en sus enunciados, se muestran oscuras, ambiguas e inclusive contradictorias, más aún si tomamos en consideración que los derechos fundamentales poseen un grado de apertura digno de resaltar. En el ámbito integrador, se encargan de llenar los vacíos o lagunas de las fuentes formales del derecho objetivo, función que tiene como fundamento la imposibilidad del constituyente de prever todos los detalles de los hechos y situaciones de la vida social y jurídica que podrían estar reflejados en los derechos fundamentales.

La importancia de reconocer la existencia de principios en una Constitución fluye de la idea de considerar a ésta como el marco general de convivencia del Estado, hecho que motiva ser lo suficientemente flexible para que permita las distintas posibilidades políticas dentro de los parámetros democráticos. Esto viene a significar, en la teoría de Dworkin, que debe presentarse como un complejo de principios -políticos y en forma de directrices- que justifique el esquema de gobierno, siendo enriquecida con la filosofía política y detalles institucionales.

Por ello se ha venido a sostener que "las Constituciones modernas se fundan en un conjunto de principios y de reglas cuyos contenidos delimitan, con mayor o menor precisión, el marco en el que se debe resolver cualquier tipo de controversias relativas a los límites a los derechos fundamentales. Es por ello que se requiere, por definición, de un elevado grado de estabilidad y previsibilidad jurídica para permitir que las sociedades puedan alcanzar sus objetivos más valiosos, entre los que se cuenta el de organizar la convivencia humana de un modo adecuado y eficiente" (fundamento 16 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros). Esta nueva concepción de la Constitución debe tomarse en el sentido de 'política arquitectónica', al redefinirla como instrumento de gobierno, al efectivizarla, al graduar las competencias del Estado y armonizarlas con los particulares y al darse respuestas jurídicas sistemáticas, las cuales habrán de flexibilizar el régimen programado por la Constitución y lo tornen exitoso, tal como lo llega a precisar Sagüés.

De otro lado, en el ámbito de los derechos fundamentales, se ha propuesto una teoría como la multifuncional en la cual los derechos participan de la

variedad de funciones encargadas a la Constitución, pluralidad de la cual el resto de posturas sólo acoge alguna (esto es muy claro en la teoría del ejercicio democrático). En este planteamiento debemos acoger como válidos todos los cometidos constitucionales puesto que en caso de asumir solamente uno de ellos, estaremos pecando de restrictivos. No olvidemos los principios básicos que rigen nuestra Constitución: si bien existen los “de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (artículo 3 de la Constitución), también los hay el de la dignidad humana y la defensa de la persona humana (artículo 1 y 3 de la Constitución). Por lo tanto, no todos los derechos tienen un mismo fin: existen diversidad de cometidos para cumplir dentro de la Constitución. Más allá de estos aspectos materiales, sólo corresponde en las siguientes líneas repasar un poco acerca de los principios que marcan elementos trascendentes de la incolumidad de la Constitución a partir del reconocimiento de instituciones básicas que dotan de eficacia formal a la misma.

La base de todo se encuentra en la *soberanía constitucional*. Se ha venido a señalar, refiriéndose al poder, que “quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45 de la Constitución), lo cual motiva que se reconozca que el Tribunal Constitucional “se encuentra plenamente sometido a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución. Este es, justamente, el principio jurídico de la soberanía constitucional” (fundamento 2 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros). Es así como debe propiciar en un máximo sentido que la Norma Fundamental sea cumplida en toda su plenitud y dimensión. Por ello, se considera que lo que se debe intentar es la tutela de la constitucionalidad de los actos y las normas en un Estado social y democrático de derecho, más aún si este órgano “se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica” (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), razón por la cual la Constitución “actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*” (fundamento 3 de la STC 0001-2002-AI/TC). Es decir, un sistema es estable solamente “si mantiene conformidad con el desarrollo de los principios constitucionales, o requerirá una adaptación, si ésta no vulnera la esencia constitucional sobre la que se fundamenta formalmente la comunidad política” (fundamento 21 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros).

Pero en conjunción con la soberanía constitucional se encuentra algunos principios específicos que guían todo el sistema jurídico, y lógicamente también el ámbito económico. Dentro de ellos se pueden encontrar a la seguridad jurídica, la efectividad normativa y la progresividad, lo cual también guían a la Constitución Económica.

El clásico principio implícito de la Constitución de la *seguridad jurídica* goza una protección especial dentro del ordenamiento, pues según el Tribunal Constitucional, éste “forma parte consubstancial del

Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”, motivo por lo cual “no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la ‘predecible’ reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal” (STC 0016-2002-AI/TC). En el ámbito registral, también el Tribunal Constitucional ha considerado pertinente insistir en el principio de seguridad jurídica (STC 0004-2004-CC/TC). Se ha considerado además que existen diversas normas que demuestran, en cierta forma, mandatos que involucran seguridad jurídica. Así, en la Constitución se ha llegado a señalar que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe” (artículo 2.24.a de la Constitución), que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley” (artículo 2.24.d de la Constitución) o que “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos judiciales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación” (artículo 139.3 de la Constitución). Disposiciones de este tipo vienen a consolidar el reconocimiento del principio de seguridad jurídica, el mismo que cumple un rol trascendente para que la certeza y convicción transiten libremente por el sendero del Derecho y el Estado democrático existente en el país.

Sobre la base del principio de conservación de ley, que a entender del Tribunal Constitucional, “exige al juez constitucional ‘salvar’, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado” (STC 0004-2004-CC/TC), se puede determinar la existencia de otro más como el de legalidad normativa, confluencia de ambos que permiten sostener que el Estado democrático de derecho convive con la eficacia de las normas infraconstitucionales dictadas al amparo de la Constitución. Éste es el principio de *efectividad normativa*. Claramente se ha admitido la existencia de un principio de legalidad procesal, el mismo que aparte de su reconocimiento constitucional (C, 2.24.d), goza de uno supranacional (artículo 8.1 de



la Convención Americana de Derechos Humanos), y “constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático” (fundamento 3 de la STC 2192-2004-AA /TC). Es más, este principio “exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones” (STC 0010-2002-AI/TC). Asimismo se ha utilizado este principio en el ámbito presupuestario, cuando se señaló que “implica que sólo mediante un dispositivo de dicho rango se puede aprobar o autorizar la captación de los ingresos fiscales y efectuar los gastos de la misma naturaleza. Por consiguiente, sin la previa existencia de una Ley de Presupuesto, es jurídicamente imposible proceder a la ejecución presupuestal” (fundamento 9.1 de la STC 0004-2004-CC/TC). Sobre la base del principio de legalidad se han concebido otro grupo de principios que guían la efectividad normativa existente en la Constitución, sobre todo, relacionándola con las reglas sancionadoras del Derecho. Así, “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador” (fundamento 8 de la STC 2050-2002-AA/TC). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha avanzado a realizar algunas precisiones sobre estos subprincipios, señalando que la tipicidad o taxatividad “constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal” (fundamento 5 de la STC 2192-2004-AA /TC). De otro lado, se ha señalado que el plazo razonable “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido” (fundamento 15 de la STC 4124-2004-HC/TC).

Específicamente relacionado con la efectividad de los derechos sociales -y también económicos-, se habrá de reconocer la existencia del principio de *progresividad*, tal como lo ha ido desarrollando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, como

parte de su Observación General N° 3. Este principio implica que, dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular el ejercicio de dichos derechos, se encuentra vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, supuestos que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos. En el caso concreto pensionario, donde fue reconocido ex profesamente este principio, se ha señalado que éste es uno “netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual la reforma cuestionada, que impacta sobre un grupo de pensionistas no representativos cuantitativamente en materia de seguridad social, no es inconstitucional *per se*. Si la reducción objetiva y proporcional de las pensiones de la minoría se ha previsto en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo con el principio de dignidad humana de la mayoría, el principio de progresividad no estará afectado. Por ello, no se vulnera tal principio cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común. No se puede beneficiar a un grupo minoritario de pensionistas en detrimento de la mayoría de ellos” (fundamento 49 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros).

Como parte del Constitucionalismo Económico, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la Economía y de la tutela de los agentes que participan de la actividad económica. En esta perspectiva es que la empresa privada -y también los particulares-, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial protección desde el punto de vista de la Economía social de mercado, aunque también adquiere una notable responsabilidad frente al Estado.

En el Estado social y democrático de derecho, el crecimiento económico no puede ni debe estar reñido con el derecho a la plenitud de la vida humana. Pero para que ello se dé de manera tangible habrá de brindarse los mecanismos necesarios para que todo el accionar empresarial pueda darse en un contexto de libertad y de respeto de la dignidad, bajo el umbral de principios rectores de su actuación, tal como se pasa a analizar.

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



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

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

Pero lo que el Tribunal Constitucional no ha estado dispuesto a aceptar es que, bajo el apotegma de la libre iniciativa privada puedan resguardarse actuaciones contrarias al Derecho. Así se pudo observar en un grupo de demandas planteadas con el fin de permitir la actuación vía amparo de las empresas de casinos y tragamonedas, con la respectiva inaplicación de los dispositivos legales

que lo impedían (Ley 27153, Ley que regula la explotación de los juegos de casinos y tragamonedas; Ley 27796). Aparte de basarse en que ya había declarado la constitucionalidad de las normas (STC 0009-2001-AI/TC) que buscaban impugnarse a través de un control difuso (en contra, artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el Tribunal Constitucional razonó que “sobre la presunta afectación del derecho a la iniciativa privada y a la igualdad ante la ley, las disposiciones contenidas en dicha norma no obligan ni impiden que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar; lo único que hace es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que en ejercicio de su libre iniciativa privada desean intervenir en esta actividad” (fundamento 7 de la STC 4644-2006-PA/TC; fundamento 5 de la STC 1964-2006-PA/TC; fundamento 7 de la STC 4336-2005-PA/TC, entre otros).

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

Ahora bien, que exista igualdad ante la ley -además, en la ley y en la aplicación de la ley- no impide la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite: la existencia de distintas situaciones de hecho -y la relevancia de la diferenciación-; la acreditación de una finalidad específica; la existencia de razonabilidad



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

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

Un caso más interesante aún llegó recientemente al Tribunal. Lo preocupante fue la respuesta de la judicatura ante el problema constitucional planteado, pues aparte de ser una sentencia muy mal estructurada -¡no contaba con un fallo colegiado ni un mandato específico!-, lo resuelto en el fondo a través de los fundamentos de voto en mayoría es, por decir lo menos, cuestionable. Una empresa de transportes terrestre solicitó incumplir con los fraccionamientos arancelarios concedidos por la SUNAT por la importación de veinticuatro vehículos de ómnibus nuevos (sobre la base del Decreto Supremo 105-2000-EF), realizados en el 2003

y que debía continuar por varios años más, toda vez que existía desde el año 2005 un nuevo régimen legal aduanero de importación de aeronaves (Ley 28583) y de naves marítimas (Ley 28525) que implica la suspensión de pago de totalidad de derechos arancelarios por el plazo de cinco años para estos tipos específicos de transporte. Estas normas habrían dejado en situación de desventaja a empresas como la accionante -transporte terrestre de pasajeros por carretera de ómnibus- por no aplicarse a éstas una exoneración tributaria que sí beneficia a aquéllas.

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

No tan exacto al anterior es el razonamiento del Tribunal Constitucional en un caso de características similares, pero cuyo mandato final fue distinto. Una empresa planteó un amparo solicitando la inaplicación de una norma que señalaba que ciertos beneficios tributarios no eran aplicables a aquellas actividades avícolas donde se utilice maíz amarillo duro importado. También se invocó la violación del principio-derecho de igualdad. Cuando resuelve, tras validar la idoneidad del uso



de un proceso de control concreto para evaluar la constitucionalidad de la concesión de beneficios tributarios, para finalmente también decantarse por aseverar la existencia de discriminación existente en la norma: se detectó “el error de legislador al dejar de lado posibles supuestos normativos como el caso de la empresa hoy demandante, situación que en un primer momento fue prevista y evitada temporalmente” (STC 5970-2006-PA/TC, 21). Y si bien sentencias de este tipo están en el límite de lo permitido, pues en sí mismas no están creando una exoneración, lo cuestionable a su emisión es la contingencia que su fundamentación sea utilizada posteriormente en casos como el expuesto *supra*, sin ningún tipo de razonabilidad ni racionalidad.

Muy relacionado con el principio anterior, se presenta un principio según el cual las condiciones para la inversión extranjera y nacional deben estar sujetas a condiciones similares, por no decir iguales (artículo 63 de la Constitución). Una norma como la presentada es sugestiva y marca un hito en el tratamiento y el respeto para los capitales de inversión provenientes de un país distinto al nuestro.

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

Quizás el punto más cuestionable de esta sentencia se encuentra en cómo fue reconocido el valor de la reciprocidad en el tratamiento igualitario de la inversión. Redefiniendo el mandato constitucional, según el cual si otro país u otros países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, para defenderse, adoptar medidas análogas

(artículo 63 de la Constitución), el Tribunal juzga que para tutelar sus intereses como país soberano, el país debe demandar reciprocidad económica de los países exportadores de capital. Es decir, a través una interpretación de este tipo -más cercana a mutación-, la reciprocidad pasiva se pasa a una activa, elucidación que ha llegado a ser cuestionada en vista que de esta forma se dificulta en cierta forma el movimiento de capitales, en un sentido de integración económica aunque siendo sincero considero que para que exista realmente este libre desplazamiento es necesario que todos los Estados tengan la misma disposición de apertura y así no hacer una relación asimétrica de intercambio de capitales.

Dentro de la Economía social de mercado, la participación de los grupos económicos debe ser realizada en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En este contexto, fluye el principio de la responsabilidad social de la empresa, concepto que surge de la existencia de un ‘Estado social de mercado’, e íntimamente relacionado con la solidaridad que debe emerger en el ejercicio responsable empresarial. Al entrar en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos y el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para la vida humana, no hay otra opción que preferirse la segunda.

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

Fue cuestionada en su constitucionalidad la legislación que introducía al ordenamiento





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

Pero el mercado no es el único que actúa en Economía. El Estado solamente está autorizado para intervenir cuando el mercado funciona de manera imperfecta o si resulta necesario contrarrestar efectos externos provenientes de la producción o del consumo, como lo ha hecho cuando compra dólares, a través del Banco Central de Reserva, cuando existe una baja del valor del nuevo sol en el mercado cambiario, pues uno de los fines principales de dicho órgano constitucional es preservar la estabilidad monetaria (artículo 84 de la Constitución). El Estado también está facultado para equilibrar la Economía, corrigiendo la distribución de los ingresos resultantes de las actividades económicas, a fin de respetar la reputada justicia social subyacente, como forma de la imposición de su *ius imperium* y también a través de su actuación administrativa.

Provee de bienes y servicios públicos indispensables para los ciudadanos, actuando en los campos en que la iniciativa privada es insuficiente o, a lo sumo, para complementarla cuando ésta es limitada. En definitiva, el Estado tiene un papel primordial que cumplir en la Economía social de mercado, regulando y estableciendo controles para regular cuando corresponde (artículo 59 de la Constitución). Aunque su actuación bajo el signo de subsidiariedad no puede ni debe significar

inacción, interviene. De eso no hay duda. Pero lo hace básicamente cuando es estrictamente necesario, y no más. No está facultado para interferir arbitraria e injustificadamente en ella (fundamento 2 del fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda de la STC 2210-2007-PA/TC). La supuesta discrecionalidad que pudiera arrogarse ha sido limitada tanto por la propia Constitución que delimita el ámbito en que puede darse tal actuación, como por la jurisprudencia constitucional que se ha ido emitiendo. En tal línea, se han planteado ciertos principios que guían la intervención estatal como parte de la Constitución Económica.

La subsidiariedad del Estado, al igual que la solidaridad, es consecuencia ineludible de la libertad y dignidad del ser humano. Al aparecer como un principio rector que justifica la injerencia del Estado en el plano económico, su vigencia veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa; en consecuencia, la intervención estatal en la economía debe restringirse exclusivamente a aquellos campos en los que la iniciativa privada sea insuficiente o, a lo sumo, para complementar ésta. Constituye un límite al poder estatal y la concreción del respeto de las libertades económicas. Implica “de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado” (fundamento 8 de la STC 7320-2005-PA/TC), presentándose esta subsidiariedad en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios (fundamento 8 de la STC 0018-2003-AI/TC). Sobre esta base, en la actualidad, en nuestro país funciona el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - Fonafe, que es la encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado (Ley 27170, Ley del Fonafe).

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





el alcance o extensión de sus actividades, sino en su eficiencia en el cumplimiento de los cometidos que le son esenciales. El Estado subsidiario es, en esencia, el Estado de Justicia.

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

Cuando uno analiza el modelo previsional seguido por el país, se puede dar cuenta que en realidad coexisten el Sistema Privado de Pensiones y el Sistema Público de Pensiones -el mixto no se ha implementado- (artículo 11 de la Constitución). A partir del pedido de un grupo de personas para desafiliarse, es decir para pasar del privado al público, el Tribunal Constitucional resolvió a través de un proceso de amparo, que era admisible el retorno en tres supuestos específicos, como eran la titularidad no ejercida, la asimetría informativa y las labores riesgosas. Dentro del examen realizado se buscó aclarar la relación existente entre el Estado y las Administradoras de Fondos de Pensiones - AFP, considerando que aquél, en tanto garante de los derechos fundamentales de la persona (artículo 44 de la Constitución; STC 0858-2003-AA/TC), asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del libre acceso a la prestación pensionaria, y una de las fórmulas es la de la supervisión de la actuación del SPP, además de la actuación directa. A colación de ello, se deja sentado que "la gestión a cargo del Estado de la prestación pensionaria no está sujeta al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, en el sentido del segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución. En efecto, con independencia de que la prestación de la pensión -por su *telos* o finalidad- no constituya una actividad empresarial, es claro que, de una interpretación sistemática de la Norma Fundamental, además se desprende que el margen de discrecionalidad legislativa no autoriza a que se pueda prever un régimen legal según el cual el Estado quede completamente desvinculado de

su prestación directa, y ello es válido" (fundamento 20.b de la STC 1776-2004-AA/TC). A partir de un examen de este tipo, queda claro que el principio de subsidiariedad no siempre implica una actuación conjunta de las entidades públicas y privadas en un mismo sector de la Economía, sino que operaría sólo en caso de deficiencia o ausencia de las segundas.

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

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

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



de ella, el régimen laboral aplicado se flexibilizaba, manifestando que la duración de los contratos dependía de la actividad por desarrollar, pudiendo establecerse jornadas de trabajo acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores, siempre que el número de horas trabajadas durante el plazo del contrato no excediera en promedio los límites máximos previstos en la misma ley. Se cuestionó la norma en su constitucionalidad alegando que vulneraba la igualdad de trato, desconociéndose que en la relación laboral, los trabajadores constituyen la parte más débil. El Tribunal, al conjugar el principio materia de análisis con la normatividad internacional (Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) consideró que el tratamiento diferenciado desplegado legislativamente estaba justificado por la naturaleza del trabajo realizado en el sector agrario. Así, tomándose en cuenta las especiales características del sector agrario y del mercado de trabajo que a él competen, quedaron “evidenciadas las especiales circunstancias que ameritarían un tratamiento diferenciado para los trabajadores inmersos en el mercado laboral del sector agrario; política legislativa que se ha seguido no sólo en el Perú, sino además en otros países de la región” (fundamento 69 de la STC 0027-2006-PI/TC). Más allá que el Tribunal Constitucional convalidó la constitucionalidad de la norma a través de la utilización de un juicio de igualdad, considero que la fundamentación esgrimida no es del todo sólida, al remitirse con simpleza a la singularidad de la actividad que se realiza en el mundo rural.

La promoción en esta área de la Economía, tal como lo señala la propia Norma Fundamental, es necesaria, tal como lo demuestra la carencia y/o insuficiencia de activos públicos complementarios y mal funcionamiento de mercados de insumos, servicios y productos agrícolas para la rentabilidad agropecuaria; las condiciones de pobreza en que viven los productores agrarios; la débil y centralizada capacidad de gestión del sector público y organizaciones de productores poco desarrollados -incluidos los problemas de titulación-; o, el uso y manejo inadecuado de los recursos naturales y medio ambiente que pone en peligro su sostenibilidad. Pero la pregunta que subyace a este razonamiento y que parece no haber sido respondida del todo bien por el Tribunal es sobre la relación intrínseca existente entre la medida impuesta y el fin constitucional que busca conseguirse con ella. ¿Se está promoviendo en realidad un empleo digno en el campo agrícola? He ahí una de las principales falencias de tal sentencia. Pero lo que es claro, es que siempre existe un interés estatal de promoción y orientación. Es más, ya antes se había señalado con relación al derecho al desarrollo agrario y su apoyo por parte del Estado de manera preferente (artículo 88 de la Constitución), que, entre otras cosas, éste debería prestar asistencia técnica y crediticia y establecer los planes y políticas en materia agraria, tanto en el ámbito nacional como

regional y local (fundamento 9 de la STC 4670-2005-PA/TC).

Pero no solamente se requiere una orientación de las actividades económicas necesarias para el desarrollo real del país, sino también, en algunos casos, es imprescindible una intervención vigilante y controladora por parte del Estado. Las políticas públicas que se realicen como expresión de obligaciones concretas para garantizar los derechos de las personas importa que tanto el Estado como la comunidad, a través de un deber de solidaridad, por lo que el individuo, lejos de una visión paternalista de aquél, debe intentar conseguir aquellos bienes que le permitan el goce efectivo de sus derechos económicos (fundamentos 16, 22 y 24 de la STC 2016-2004-AA/TC). Pero no lo puede hacer de cualquier manera. Es ahí donde justamente el Estado debe estar atento que dichas actividades sean coherentes con el fin específico del Constitución Económica: la tutela de la dignidad humana.

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

En este punto, quizás resulta atrayente analizar cómo el Tribunal Constitucional ha pretendido fiscalizar la importación de cierto tipo de bienes, tomando en cuenta los valores constitucionales y derechos fundamentales en juego. En primer término, hubo una sentencia que fue complementada por una posterior; luego, se ha evacuado una tercera que rompe en cierta forma con el criterio antes adoptado. (i) A través de una inconstitucionalidad se cuestionó la suspensión de importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor de tres mil kilos, motores, partes, piezas y repuestos usados para uso automotor (artículo 1 del Decreto de Urgencia 140-2001). Más allá de los errores formales del Ejecutivo para emitir el decreto de urgencia objetado, el TC consideró que “optar por una fórmula tan inmediateista y restrictiva como suspender la importación de vehículos usados, así como la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados, representa, a juicio de



este Colegiado, un proceder injustificado que no se compadece con el *test* de proporcionalidad que supuestamente debe cumplir la norma cuestionada en función de los fines que persigue” (fundamento 8 de la STC 0017-2004-AI/TC). (ii) De otro lado, a través de un amparo, se solicitaba la inaplicación de una nueva norma que prohibía la importación de motores, repuestos, partes y piezas usadas para vehículos automotores (Decreto Supremo 017-2005-MTC), por desconocer la sentencia antes citada. Al responder este cuestionamiento, el TC mantiene su línea jurisprudencial, declarando la incompatibilidad constitucional de la norma sujeta a control (STC 1576-2007-PA/TC). (iii) Frente a tales decisiones, recientemente se ha variado la posición cuando ha analizado la importación de vehículos automotores para el transporte de carga de las categorías N1, N2 y N3, y de pasajeros de las categorías M1, M2 y M3, con motores Diesel, sin límite de antigüedad.

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

Como parte del mentado control, también se encuentra CONASEV para analizar las cuestiones relativas a mercado de valores. Justamente un caso se refiere a una controversia relativa a su accionar, pues había solicitado Información Financiera Consolidada Auditada Anual y Estados Financieros Intermedios Consolidados trimestrales, (Oficio

2294-2001-EF/94.11, Oficio 4858-2001-EF/94.11 y Resolución del Tribunal Administrativo de CONASEV 020-2002-EF/94.12) a una empresa que, sin participar en bolsa, era accionista mayoritaria de otra empresa que sí cotizaba acciones de inversión, según el Registro Público del Mercado de Valores. La empresa cuya auditoría se solicitaba recurrió a la justicia constitucional a fin de que se eviten estas acciones perjudiciales a su actividad comercial. Luego de reforzar el concepto de privacidad económica y darle un contenido constitucional, el TC declaró infundada la demanda en vista que la accionante “no ha cuestionado el ser titular de más del 90% de las acciones comunes con derecho a voto de Inca Tops S.A., por lo que tomamos este hecho por cierto, pudiéndose válidamente concluir que la demandante es matriz de Inca Tops S.A. Es decir, es necesario conocer información relevante de Carabaya I&F S.A. para que el público se vea favorecido y el mercado bursátil pueda actuar correctamente” (fundamento 11 del fundamento de voto del magistrado Landa Arroyo en la STC 0072-2004-AA/TC). El énfasis en la transparencia en el mercado parece ser rescatable de una sentencia como ésta, más aún si la solicitud realizada fue considerada como razonable.

Al Estado le corresponde no sólo supervisar el correcto desenvolvimiento de la Economía, sino que habrá de intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público parecen haberse olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario (artículo 65 de la Constitución) es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado, y es así como surge la función reguladora que debe cumplir. El control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica son consideradas como conductas a ser asumidas por los organismos reguladores, ya sea mediante acciones *ex ante* -regulaciones previas-, como *ex post* -sanciones disuasivas para el infractor como para los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano- (fundamento 44 de la STC 0008-2003-AI/TC; en la misma línea, fundamento 8 de la STC 1963-2006-PA/TC). No se puede negar que los organismos reguladores deben hacer del usuario y consumidores un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar económico.

Sin embargo, muchas veces la población cree y siente que los órganos reguladores no están defendiendo apropiadamente sus derechos. El mismo



Tribunal Constitucional precisa que son ampliamente conocidas las distintas denuncias existentes respecto a los continuos abusos cuyas víctimas son los usuarios de servicios públicos otorgados en concesión a diversas entidades privadas. Por eso, en un caso, exhortó al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, a efectos de que asuman las medidas necesarias para que un ente regulador asuma un efectivo control de las actividades que puedan ser atentatorias de la libre competencia en el mercado y que repercutan negativamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios, además de hacer extensivo tal pedido a organismos como Osinerg, Ositran, Osiptel y SUNASS (fundamento 41 de la STC 0005-2003-AI/TC). En tal sentido, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que estas entidades funcionen y actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico. También es destacable en este punto, pese a que su actuación es ex post, la participación de un organismo como el Indecopi.

Pero lo real de todo esto es que en el sistema económico nacional, como parte de la actividad estatal, se ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado (Ley 27332). A dichos organismos compete la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, como parte de sus correspondientes ámbitos sectoriales, y la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, si los oferentes de servicios contraviniesen las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete" (fundamento 41 de la STC 0008-2003-AI/TC). Así, el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión. Y es a través de ellos como el Estado cumple su función reguladora en el país. De otro lado, este principio impulsa a conseguir un correcto desenvolvimiento del mercado, lo cual también implica la aplicación de las sanciones a las empresas que ofrecen servicios al público deficientemente (fundamento 5 del fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda de la STC

2210-2007-PA/TC), tal como se puede ver en un caso que llegara al TC.

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

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