

BALDO KRESALJA R.

¿ESTADO MERCADO?



EL PRINCIPIO
DE SUBSIDIARIDAD
EN LA CONSTITUCIÓN
PERUANA

¿ESTADO O MERCADO?

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Baldo Kresalja R.

¿ESTADO O MERCADO?

El principio de subsidiaridad en la Constitución peruana



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

¿Estado o mercado?
El principio de subsidiaridad en la Constitución peruana
Baldo Kresalja R.

© Baldo Kresalja R., 2015

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: octubre de 2015
Tiraje: 700 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-14847
ISBN: 978-612-317-140-7
Registro del Proyecto Editorial: 31501361500878

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

A Rosy, por todo

«Prescindir del resultado de las propias acciones es un acto de irresponsabilidad histórica que equivale al asesinato. La pregunta ‘¿acaso soy yo guardián de mi hermano?’ (Gn 4,9) es la pregunta de un asesino, de alguien que, por haber borrado a su hermano del corazón, lo puede borrar también del mapa impunemente. Pues bien, este atenerse a lo propio ignorando sistemáticamente o, mejor dicho, negando cualquier lazo de responsabilidad entre mi actuación y las consecuencias para los consumidores o la competencia, es un aspecto fundamental en la lógica del mercado tal como se le entiende hoy».

El mundo como mercado, Pedro Trigo

«El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia».

Incurtus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, Peter Häberle

ÍNDICE

Capítulo I. Sobre la dicotomía público-privado	13
Capítulo II. Sobre soberanía y subsidiaridad	23
Capítulo III. La subsidiaridad en la doctrina social de la Iglesia católica	41
Capítulo IV. El principio de subsidiaridad en la Unión Europea y el caso español	69
Capítulo V. El marco constitucional peruano	85
1. Introducción	85
2. La Constitución de 1979 o el tardío Estado del bienestar	86
3. La Constitución de 1993 o el pretencioso Estado subsidiario	104
4. La opinión del Tribunal Constitucional	132
5. Los intentos de reforma	137
6. La supervivencia de la Constitución de 1993	145
Capítulo VI. La aplicación del principio de subsidiaridad y su interpretación administrativa	153
1. Los Decretos Supremos 034-2001-PCM y 011-2002-PCM	153
2. Los informes de INDECOPI a FONAFE	155
3. El D. Leg. 1031	156
4. Las resoluciones 2472-2010/SC1-INDECOPI, 2550-2010/SC1-INDECOPI y 3134-2010/SC1-INDECOPI	157

5. Los fundamentos teóricos y la metodología empleada	160
6. Controversias resultantes	165
7. Apreciación crítica	177
Capítulo VII. Cuatro conexiones específicas del principio de subsidiaridad	181
1. La economía social de mercado	183
2. Los servicios públicos	189
3. La protección de consumidores y usuarios	194
4. El principio de solidaridad	200
Capítulo VIII. Notas conclusivas	221
Bibliografía	233

CAPÍTULO I

SOBRE LA DICOTOMÍA PÚBLICO-PRIVADO

1.

Norberto Bobbio nos informa que, mediante dos fragmentos muy comentados en el *Corpus iuris* (*Instituciones*, I, 1.4; *Digesto*, I, I, 1, 2), que definen con palabras idénticas respectivamente el derecho público y el derecho privado —el primero, *quod ad status rei romanae spectat* (lo que se refiere a la condición del Estado romano); el segundo, *quod ad singulorum utilitatem* (lo que atañe a la utilidad del individuo)—, la pareja de términos público-privado ingresó en la historia del pensamiento político y social de Occidente, y que debido a su uso constante y continuo terminó por volverse una de las ‘grandes dicotomías’ de las que varias disciplinas —no solo la jurídica— se sirven para delimitar, representar y ordenar su campo de investigación (Bobbio, 1996, p. 11). Si bien los dos términos pueden ser definidos independientemente uno de otro, o bien uno solo de ellos es definido mientras el otro lo es de forma negativa, lo cierto es que se condicionan mutuamente y que es más fuerte el término ‘público’, lo que se aprecia, por ejemplo, cuando a menudo lo ‘privado’ es definido como lo ‘no público’.

En el lenguaje jurídico, lo público remite de inmediato al contraste con lo privado y viceversa. Ambos términos se delimitan mutuamente, en el sentido de que la esfera pública llega hasta donde comienza la esfera privada. Así, si se aumenta la esfera pública disminuye la privada, y lo mismo sucede en el caso contrario. La afirmación de la supremacía del derecho público sobre el privado se puede probar mediante el principio de acuerdo con el cual *ius publicum privatorum pactis mutare non potest* ('el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados') (Digesto, 38, 2, 14).

2.

Continúa Bobbio señalando que la relevancia conceptual y clasificatoria —además de axiológica— de la dicotomía público-privado se muestra en el hecho de que ella comprende, o en ella convergen, otras dicotomías tradicionales. Así, se duplican en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: entre iguales y entre desiguales. Y esto es así porque el Estado, donde hay una esfera pública, está caracterizado por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados —que son relaciones entre desiguales—, mientras que en una idealizada sociedad de mercado las relaciones son de coordinación o entre iguales. Dice Bobbio:

[...] con el nacimiento de la economía política, de la que proviene la diferenciación entre relaciones económicas y relaciones políticas, entendidas las relaciones económicas como relaciones fundamentalmente entre desiguales a causa de la división del trabajo, pero formalmente iguales en el mercado, la dicotomía público/privado aparece bajo la forma de distinción entre sociedad política (o de desiguales) y sociedad económica (o de iguales), o desde el punto de vista del sujeto característico de ambas, entre la sociedad del *citoyen* («ciudadano») que mira el interés público y la del *bourgeois* («burgués») que contempla los intereses privados en competencia o colaboración con otros individuos (Bobbio, 1996, p. 16).

Otra distinción históricamente relevante que confluye en la gran dicotomía es la que se refiere a las fuentes del derecho público y del derecho privado: la ley y el contrato. La autoridad impone el derecho público a través de la ley, como norma obligatoria y reforzada por la coacción, mientras que los privados regulan sus relaciones mediante el contrato, independientemente de la reglamentación pública, y su fuerza vinculante reposa en el principio de reciprocidad. Así, pues, en el derecho privado sus institutos fundamentales son la propiedad y el contrato, mientras que la fuerza obligatoria del derecho público deriva de la posibilidad de que en su defensa se ejerza el poder coactivo, que pertenece exclusivamente al soberano o al Estado moderno.

3.

Los términos de la dicotomía público-privado también tienen un significado evaluativo. Seguimos con Bobbio:

[...] como se trata de dos conceptos que en el uso descriptivo común fungen como contradictorios, en el sentido de que en el universo delimitado por ambos un ente no puede ser al mismo tiempo público y privado, y tampoco ni público ni privado, el significado evaluativo del uno tiende a ser opuesto al del otro, en cuanto que cuando es atribuido un significado evaluativo positivo al primero, el segundo adquiere un significado evaluativo negativo, y viceversa. Desde este punto de vista, derivan dos concepciones diferentes de la relación entre público y privado que pueden ser definidas así: la supremacía de lo privado sobre lo público, o la superioridad de lo público sobre lo privado (Bobbio, 1996, p. 22).

Desde el punto de vista de la primacía del derecho privado, poco lo ilustra mejor que la resistencia que el derecho de propiedad opone a la injerencia del poder soberano, y al derecho de este a expropiar otorgando seguridades expresas al propietario. Como sabemos, uno de los bastiones de la concepción liberal del Estado es la inviolabilidad de la propiedad,

lo que pone de manifiesto que la esfera del individuo es autónoma a la esfera del poder público. En este contexto, el «espíritu de comercio» que mueve las energías individuales está destinado a tener supremacía sobre el «espíritu de conquista» del que están poseídos los que ejercen el poder político. Es así que la esfera privada se amplía en detrimento de la pública, no hasta la extinción del Estado sino hasta su reducción al mínimo. Se hace entonces presente la contraposición entre sociedades militares del pasado —donde la esfera pública prevalece sobre la privada—, y las sociedades industriales tal como fueron entendidas al poco tiempo de su surgimiento, en las cuales prevalece la esfera privada.

La primacía de lo público aparece como reacción a la concepción liberal del Estado y a la derrota —aunque no definitiva— del Estado mínimo. Bobbio nos ilustra:

[...] la supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales, y por tanto en la crítica de una de las tesis más comunes del utilitarismo elemental. La primacía de lo público adopta diversas formas de acuerdo con las diversas maneras en que se entiende el ente colectivo —la nación, la clase, la comunidad, el pueblo— en favor del cual el individuo debe renunciar a su autonomía. No es que todas las teorías de la supremacía de lo público sean histórica y políticamente las mismas, pero es común a todas ellas el principio de que el todo es primero que las partes (Bobbio, 1996, p. 28).

Se considera que la totalidad tiene fines que no pueden reducirse a la suma de los fines de los individuos que la componen, y que el bien de la totalidad, una vez alcanzado, se transforma en el bien de sus partes¹.

¹ Sobre este particular, Bobbio agrega lo siguiente: «Dicho de otro modo: el máximo bien de los sujetos no es efecto de la persecución, mediante el esfuerzo personal y el antagonismo, del propio bien por parte de cada cual, sino que es producto de la contribución que cada uno junto con todos los demás da solidariamente al bien común,

La primacía de lo público significa el aumento de la intervención estatal en la regulación coactiva del comportamiento de los individuos y de los grupos, mientras que el Estado retoma el espacio conquistado por la sociedad civil burguesa hasta tratar de absorberlo completamente, pues son juzgadas como épocas de decadencia aquellas en que se manifiesta la supremacía del derecho privado.

4.

Ahora bien, es preciso señalar que la distinción público-privado se duplica en la distinción política-economía, con la consecuencia de que la primacía de lo público es interpretada como la primacía de la política sobre la economía, del orden dirigido sobre el orden espontáneo, y de la intervención en la regulación de la economía como un proceso de «publicitación de lo privado», que es lo que las doctrinas socialistas favorecieron y que los liberales rechazaron como un producto perverso de la sociedad de masas. Sin embargo, tal proceso es acompañado por un fenómeno inverso que se denomina la «privatización de lo público», en el que las relaciones de tipo contractual reaparecen en el nivel superior de las relaciones políticas, sea en las grandes organizaciones sindicales para la formación y renovación de los contratos colectivos, sea en las relaciones entre partidos políticos para la formación de las coaliciones de gobierno.

La vida en una sociedad moderna, constituida como está por grupos organizados, hace que la función del Estado sea en nuestros días la de mediador y la de garante, más que la de ostentador del poder de imperio, de acuerdo con la imagen clásica de la soberanía (Bobbio, 1996, p. 31). Esos procesos contemporáneos de la publicitación de lo privado y la privatización de lo público a que nos hemos referido

de conformidad con las reglas que toda la comunidad o el grupo dirigente que la representa (teórica o prácticamente) se ha dado a través de sus órganos, sean éstos autocráticos o democráticos» (Bobbio, 1996, p. 28).

se compenetran y no son necesariamente incompatibles: el primero refleja el proceso de subordinación de los intereses privados al interés de la colectividad representada por el Estado, y el segundo la reivindicación de los intereses privados. Así,

[...] el Estado puede ser correctamente representado como el lugar donde se desarrollan y componen estos conflictos, para luego descomponerse y recomponerse mediante el instrumento jurídico de un acuerdo continuamente renovado, encarnación moderna de la tradicional figura del contrato social (Bobbio, 1996, p. 32).

Nos recuerda Bidart Campos que en la actualidad se dan múltiples ejemplos en que la iniciativa privada despliega actividades que suelen calificarse como públicas, pues en verdad el derecho público se interrelaciona esfumando mucho las fronteras divisorias que antes se suponían claras y precisas. Esto es fácil de apreciar en actividades económicas que atañen tanto a lo privado como a lo público, como ocurre en la actividad bancaria (Bidart, 1999, p. 117).

5.

Dice Peter Häberle:

Si los derechos fundamentales tienen igual importancia constitutiva, sea para los individuos como para la comunidad; si no están garantizados solamente a favor del individuo; si cumplen una función social, y si forman el presupuesto funcional de la democracia, entonces se sigue de esto que la garantía de los derechos fundamentales y el ejercicio de los mismos están caracterizados por la concurrencia entre intereses públicos e individuales. Los intereses públicos de la comunidad no son, sin embargo, 'un grupo de intereses individuales', lo que correspondería a una interpretación atomizante que coloca al individuo y la comunidad en una relación de medio y de fin, los intereses públicos no resultan de la sumatoria de los intereses individuales. [...] La tutela de la vida, de la libertad

y de la propiedad es, en el ámbito del Estado Social de Derecho, una exigencia legítima sea del individuo como de la comunidad; vale decir que dicha tutela subsiste, ya como interés público, ya como interés privado (Häberle, 1997, p. 74).

Entonces, si con referencia a los derechos fundamentales existe una concurrencia entre intereses públicos y privados, tan pronto sea 'limitada' una libertad constitucional, termina también siendo afectada la comunidad, pues la violación de un derecho fundamental afecta también al interés público y viceversa. La Constitución, dice Häberle, «puede desarrollar su fuerza coordinadora y unificante solo cuando garantice derechos no solo a favor del 'beneficiario', sino también a favor de la generalidad. Solo entonces la Constitución, en cuanto fundada en principios de libertad, tendrá una legitimación» (Häberle, 1997, p. 76).

Hay que tener presente que a los derechos fundamentales se les imponen con frecuencia límites para tutelar intereses públicos y privados. Y ello es así porque todas las normas jurídicas deben garantizar simultáneamente la tutela de intereses públicos y privados, pues el derecho no encuentra su fundamento solo en el individuo y en sus exigencias, o en entidades supraindividuales. Así, por ejemplo, las normas jurídicas que buscan frenar el abuso de una libertad no deben ser consideradas exclusivamente desde el punto de vista del interés de la comunidad, ya que sirven también para el mantenimiento y correcto uso de la libertad del individuo. Por otro lado, la concurrencia entre intereses públicos y privados, que es evidente para el caso de los derechos fundamentales, no existe solo en el derecho público, pues en otros sectores existen normas que de un lado van en favor del individuo y de otro no menoscaban su función de tutela. Tal es el caso, por poner dos ejemplos, del derecho del trabajo y del derecho de la competencia. Por tanto, las restricciones o límites a los derechos fundamentales no solo existen en interés de la comunidad sino también en interés de los titulares mismos de los derechos fundamentales. Por ello, Häberle señala que «si la Constitución debe ser un libro para la educación del ciudadano,

en tal caso lo es también con referencia a las ‘restricciones’ a los derechos de libertad fundados en la ley moral» (Häberle, 1997, p. 83), entendida esta última como las valoraciones de la comunidad a la cual el ciudadano resulta siempre sustancialmente vinculado.

6.

Dicho lo anterior, no podemos desconocer que en la actualidad la tradicional distinción entre lo público y lo privado se ha convertido en algo precario. Debe quedar claro que no nos enfrentamos ante la desaparición de lo público o ante el final de lo privado, sino a una profunda transformación de qué es lo que en nuestros días debe considerarse como público y qué como privado. Son varios los motivos que han llevado a esa transformación. La esfera pública se ha visto modificada por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, por el nacimiento de las megalópolis, lo que tiene significativa influencia, especialmente en los sistemas democráticos. No sabemos a ciencia cierta si esa evolución contribuirá a la adquisición de una cultura cívica común o favorecerá una creciente segmentación y polarización; frente a ello, algunos de los más distinguidos pensadores contemporáneos han venido bregando para redefinir el ideal de la democratización a partir de una esfera pública en la que tengan preeminencia los valores de la dimensión colectiva frente a los intereses particulares, de lo político sobre lo económico, de la comunicación sobre el mercado; en otras palabras, por una vida política presidida por el diálogo y la argumentación (Innerarity, 2006, p. 14).

Preguntarse hoy por el significado de lo público «equivale a indagar en las posibilidades de que la política transmite realmente algo común e integrador y le confiera una forma institucional, desde los gobiernos locales hasta las articulaciones más complejas de la escena mundial» (Innerarity, 2006, p. 14). Y la dificultad reside en que el espacio público no constituye una realidad dada sino una construcción laboriosa y variable, que exige un continuo trabajo de representación y argumentación en una realidad en que la vida política suele estar dominada por

lo inmediato, la inercia administrativa o la desatención hacia lo común. La política es un asunto público y lo público se caracteriza por aquello que es de interés general, el espacio en el que se actualizan críticamente las tradiciones, se ponderan las aspiraciones colectivas, se identifican los problemas y se debaten las soluciones (Innerarity, 2006, p. 15).

La desaparición o el empequeñecimiento de lo público hacen que la política se reduzca a una dominación estratégica o al desarrollo de una técnica instrumental para configurar relaciones sociales, lo que dificulta la vida en común. Este empobrecimiento se manifiesta, por ejemplo, en el tipo de comunicación que forma la llamada ‘opinión pública’, que tiende a banalizar los intereses comunes y los debates, poniendo el acontecimiento por encima del argumento y privilegiando el espectáculo (Vargas Llosa, 2012). Cuando ello ocurre, el espacio público ya no es el proceso en el que se forman las opiniones, sino más limitadamente el lugar en que se hacen públicas (Innerarity, 2006, p. 20).

7.

No cabe duda de que durante los últimos años, y por variadas razones que no es del caso aquí tratar, hay una corriente privatizadora que ha empobrecido el espacio público. Esta erosión del sentido de lo colectivo ha hecho que los individuos sientan que no deben nada a la sociedad, a pesar de exigirle constantemente cosas y servicios. El espacio público ha perdido su eficacia política como lugar de convivencia. Las privatizaciones en el ámbito económico, así como de los servicios asistenciales, son en parte resultado de una visión que privilegia la idea de la ‘utilidad colectiva’ como ‘eficacia económica’. Frente a ello, es preciso examinar formas sustitutorias, definiciones de lo público y lo privado de contenido diferente del tradicional; pero lo público debe quedar siempre como el lugar de descubrimiento de intereses y no de mera negociación, un espacio común de discusión y legitimación, y para lograrlo tienen responsabilidad indudable la conducta y contenidos de los medios masivos de comunicación.

Hay otra circunstancia que es preciso anotar. El mundo de internet y de las nuevas tecnologías parece amenazar nuestra privacidad y autodeterminación, lo que nos obliga a defender lo privado de una manera diferente de como se solía hacer. En internet no hay nada imperecedero: nuestras huellas se registran y quedan como tales, lo que puede dar lugar a manipulación. La multitud de datos, por otro lado, nos permite prever muchas cosas —lo que era antes imposible—, y ello tiene un componente sin duda positivo. Pero la antigua y clara distinción entre lo público y lo privado queda difuminada, pues teníamos una idea de lo privado como aquello que no está al alcance de los demás, distinto de lo social. Sin embargo, ya no es así: esa privacidad no puede reivindicarse en el mundo digital, más aún cuando son numerosísimos los individuos que se sienten ‘compensados’ al entregar sus datos a la red, pues la consideran como una ampliación de la propia persona. Por tanto, la protección de la privacidad descansará menos en el consentimiento individual que en la responsabilidad del usuario. No cabe duda de que la revolución tecnológica en marcha modifica las condiciones o contenidos de lo que podemos considerar público o privado, que tienen por tal razón que volver a ser pensados. Dice bien Innerarity que en la sociedad de las redes es preciso hallar formas nuevas para institucionalizar las relaciones entre lo que es público y lo que es privado (Innerarity, 2014).

Debemos recordar las reflexiones anteriores sobre la dicotomía entre público y privado, pues nos ayudarán en el análisis del principio de subsidiaridad en materia económica que intentaremos en las páginas siguientes.

CAPÍTULO II

SOBRE SOBERANÍA Y SUBSIDIARIDAD

1.

Soberanía y subsidiaridad son dos conceptos presentes en el constitucionalismo moderno. Del primero se dice que es una categoría ‘crepuscular’, pero que se encuentra en la base de las constituciones europeas más sólidas, y que, si bien el segundo no se menciona en casi ninguna Constitución, se trata de una categoría emergente que aparece reiteradamente en diversos tratados internacionales, como el Tratado de la Unión Europea. Este último ha asumido, afirma Herrero de Miñón, con la más enérgica pretensión de validez, el principio de subsidiaridad. Y añade, «subsidiaridad y soberanía son categorías antagónicas» (Herrero de Miñón, 2003, p. 281).

Ese autor nos dice que la soberanía, por una parte, se concreta en un haz de competencias que permite segregaciones y articulaciones de sus componentes, tornándose dúctil. Por otro lado, es una potestad o capacidad de decisión última, aunque no necesariamente incondicionada.

2.

Hagamos un brevísimo recorrido sobre el significado histórico y actual de la soberanía. La concepción política de la soberanía del Estado fue creada por Bodin en los *Seis libros de la República*, publicados en 1576, donde afirmó que el Estado es libre de todo tipo de subordinación frente a cualquier otro poder. Para este autor, la soberanía era «el poder supremo sobre ciudadanos y súbditos, no limitado por leyes». Al declarar que la soberanía era un atributo esencial del gobierno, Bodin buscó poner el fundamento teórico de la independencia del Estado nacional, aunque reconoció que la autoridad que emanaba de las leyes de Dios y de la naturaleza era superior al poder del rey. Poco tiempo después, Hobbes llevó esta posición hasta sus conclusiones lógicas al declarar que los postulados del derecho natural no eran para el soberano sino una guía moral (Bodenheimer, 1964, p. 85).

La concepción jurídica de soberanía consiste en admitir que el Estado tiene necesidad de disponer de un cierto número de poderes o de derechos, como los de legislar, administrar justicia, etcétera. Si bien tanto la concepción política como la jurídica tienen el mismo origen histórico, la jurídica es más explicativa y matizada y permite admitir que la soberanía sea divisible, es decir, que el haz de derechos del poder público puede ser dividido y repartido entre diversos titulares. La concepción jurídica de la soberanía supone una formalización mediante normas jurídicas de nivel constitucional que indican su residencia y los órganos concretos que la ejercen. A simple vista, esa formalización parece incompatible con la esencia política de la soberanía, con su carácter irresistible e imposición suprema. Pero Lucas Verdú ha señalado que no es así, pues ofrece ventajas tales como la clarificación de un concepto político en términos jurídicos positivos, como son la Constitución, las leyes y las instituciones fundamentales (Lucas Verdú, 1977, p. 126).

Tengamos finalmente presente que la soberanía posee dos connotaciones: una interna y otra externa. En la primera, las relaciones de dominación tienen lugar entre los que ostentan el poder, es decir,

entre los que están facultados para expedir normas y hacer que las respeten los ciudadanos; en la segunda, las relaciones de dominación tienen efecto entre un Estado y los demás estados. Ahora bien, estas dos connotaciones deben apreciarse en un contexto en el cual las tareas tradicionales de los estados se desplazan a instancias interestatales y supraestatales. Entonces, la soberanía absoluta de los estados nacionales queda superada y en nuestros días la última palabra en muchos asuntos públicos —pero también privados— parece desplazarse o encontrarse en distintos lugares, ya sea dentro de un territorio o fuera de él, y en ocasiones, por encima de ellos (Brugger, 1988, p. 12).

3.

Si la Constitución es la forma jurídica de la integración política, las herramientas para el mantenimiento de su identidad no son derogables y la soberanía es el principal instrumento que le da sostén, tanto en el orden internacional como en el interno. Nuestra Constitución vigente de 1993 tiene varias referencias al respecto. Así, por ejemplo, es deber primordial del Estado defender la soberanía nacional (artículo 44).

El poder del Estado emana del pueblo (artículo 45) y los ciudadanos tienen derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural, así como a elegir y remover autoridades (artículos 2 y 17). Estos y otros derechos no excluyen a otros que resultan de los principios de soberanía del pueblo (artículo 3). Así, pues, el pueblo es soberano. Esta atribución de la titularidad de la soberanía nacional como fuente única de los poderes del Estado en el pueblo peruano es la clave y el cimiento de todo nuestro edificio constitucional. En consecuencia, la realización del orden material de valores que la Constitución política reconoce debe llevarse a cabo mediante competencias y procedimientos que respeten al titular de la soberanía, el pueblo del Perú, cuyos integrantes son personas humanas con dignidad y derechos (artículos 1, 2 y 3).

El ejercicio por el Estado de su poder es, entonces, en defensa de la soberanía, y él deberá, por ejemplo, manifestarse en su territorio, en el dominio marítimo y en el espacio aéreo (artículo 54), en el aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 66) y en las obligaciones del presidente (artículos 118 y 15). Y resulta, por tanto, lógico y natural que una de las finalidades primordiales de las fuerzas armadas sea garantizar la soberanía de la república.

4.

La historia del principio de subsidiaridad² nos puede llevar a la Grecia clásica para descubrir en Aristóteles a uno de sus primeros formuladores, lo que más tarde será ahondado por el pensamiento cristiano —donde destaca principalmente la aportación de Santo Tomás de Aquino—, y después la de destacados pensadores liberales como Locke, Tocqueville o Stuart Mill.

Pero el principio de subsidiaridad es un principio moderno que posee dos antecedentes que se remontan a la Edad Media, a saber: (i) la controversia entre el Sacro Imperio Romano Germánico y las ciudades del norte de Italia, pues estas últimas, reconociendo su membresía al imperio, pugnaban por una mayor autonomía frente a este; de esta época data la reivindicación de la distinción entre las sociedades menores (la ciudad) frente a las sociedades mayores (el imperio), y (ii) el segundo antecedente se encuentra en la capacidad regulatoria, directiva y supervisora de las corporaciones medievales respecto de sus miembros, en cuya virtud, para desempeñar un oficio era menester pertenecer a un gremio o corporación.

² El origen del vocablo es antiguo, pues se remonta al latín *subsidium*, que designaba el orden militar de las tropas de refuerzo; del vocablo originario se deriva el término italiano de *sussidio*, entendido en el sentido de ayuda económica a los necesitados (Frosini, 2002).

Sin embargo, como señala Quintana (2014, p. 125), ninguno de estos dos antecedentes dan cuenta de aquello que hoy denominamos ‘principio de subsidiaridad’. En efecto, la noción moderna surge con motivo de las encíclicas sociales de la Iglesia católica a partir del año 1891, con la encíclica *Rerum Novarum*, y muy especialmente el año 1931, con la encíclica *Quadragesimo Anno*. Es importante destacar que esta última introduce dos grandes ajustes a los antecedentes previos: en primer lugar, sustituye la relación ‘imperio-ciudad’ por la de ‘Estado-grupos intermedios’ (o personas), y en segundo término, propicia el fortalecimiento de los grupos intermedios —perseguidos por la ideología revolucionaria burguesa y silenciados por la ideología liberal—, pero ya no en desmedro de la libertad de las personas sino frente a la intervención estatal.

5.

El término *subsidiaridad* ha adquirido en el léxico político y jurídico de nuestros días su específico significado, caracterizado por su natural ambivalencia, ya que está acompañado y definido por el adjetivo ‘vertical’, o bien por el de ‘horizontal’. En el primer sentido, el vertical, la subsidiaridad se refiere a la relación entre el ordenamiento comunitario o supranacional y los ordenamientos nacionales en el plano del derecho internacional, o a la relación entre el Estado y los entes a él sometidos pero dotados de autonomía, como las regiones, las provincias y los municipios, todo ello en el plano del derecho interno. En el sentido horizontal, la subsidiaridad alude a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sea como individuos, sea en las formaciones sociales, con el propósito de dejar el mayor espacio posible a la autonomía privada y reduciendo así a lo esencial la intervención pública.

Este doble significado se ha situado en la cúspide de los estados con un sistema democrático pluralista, en cuanto principio inspirador de un proceso de socialización de los poderes públicos. Así, surge como idea fuerte del constitucionalismo contemporáneo, como una de las técnicas

para el logro de la pacificación social o para la resolución de conflictos, y con respeto absoluto de los derechos y las libertades individuales, y además, como técnica constitucional que funciona con el fin de reinstalar el equilibrio entre lo público y lo privado, lo que sin duda acentúa la concepción liberal y democrática del ordenamiento estatal (Frosini, 2002, p. 8).

Así, pues, la formulación del principio se condensa en la existencia de dos fases entrelazadas: la primera es la fase negativa o pasiva, la cual se traduce en un deber de abstención del Estado y que tiene su correlato en el reconocimiento de la autonomía de las personas y de los grupos intermedios para el cumplimiento de sus fines específicos. Esta abstención, para que sea jurídicamente efectiva, requiere la existencia de una norma constitucional de naturaleza prohibitiva, es decir, que le imponga fehacientemente al Estado un deber de abstención o directamente una prohibición de realizar una determinada actividad. Como tendremos ocasión de ver más adelante, ese es el caso del artículo 60 de la Constitución peruana.

La fase positiva, activa o dinámica se traduce, al contrario, en un 'deber de acción', es decir, al Estado le asiste el deber de actuar o de intervenir, en forma indirecta (función de fomento o promoción) o directa mediante una transferencia de bienes, en la producción de bienes o en la prestación de servicios. También hay varias referencias sobre este deber en nuestra Carta Fundamental.

Estos contenidos del principio de subsidiaridad han sido también reconocidos por otros autores. Así, dice Cassagne, cuando se trata de un contenido negativo:

[...] si el Estado es la entidad suprema y perfecta, que persigue el bien común y si este tiende en definitiva al bien de cada una de las personas que componen la comunidad, no es justo que se haga cargo de los asuntos o tareas que puedan realizar, por sí mismos, los particulares y las asociaciones intermedias sin perjuicio de su potestad para controlar el ejercicio de dichas actividades a fin

de ajustarlas al bien común. En tal sentido, el llamado contenido negativo del principio de subsidiaridad constituye el principal límite a la intervención estatal en aquellos campos donde, por la naturaleza de las tareas a realizarse, corresponde que las respectivas actividades sean asumidas por los particulares.

Pero el principio de subsidiaridad —continúa diciendo— entraña también un contenido positivo que vincula al Estado y le impone el deber de intervenir, en caso de insuficiencia de la iniciativa privada, en la medida que su injerencia sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares. Al mismo tiempo, ese principio no constituye una traba para que el Estado conserve la titularidad y el ejercicio de aquellos cometidos que le son indelegables por la naturaleza de la función que en esos ámbitos desarrolla, como el de la defensa nacional (Cassagne, 1994, pp. 22-23).

6.

Hay que tener presente que:

[...] la organización política de la sociedad, fundamentada en el reconocimiento del principio de subsidiaridad, implica por una parte un límite o una prohibición a la intervención del nivel superior siempre y cuando el nivel inferior, el más próximo al individuo, pueda actuar satisfactoriamente; por otra parte, implica una obligación o un deber de intervención por parte del nivel superior respecto de los niveles inferiores cuando estos se muestren incapaces o desbordados por la tarea a realizar (Rojo Salgado, 2000, p. 61).

Todo esto guarda relación con la llamada ‘doctrina de los cuerpos intermedios’, elaborada y defendida por la Iglesia católica, que sostiene que el ciudadano podrá superar su incapacidad solo si en cada campo se desarrollan organismos intermedios dotados de poder, y en un nivel donde les sea posible participar. El principio que venimos comentando no está referido exclusivamente a los poderes públicos sino que implica

un deber y una responsabilidad para el individuo y los grupos de los que forma parte. En consecuencia, no hay subsidiaridad si no se respeta en el grupo inmediatamente inferior tanto la facultad como la responsabilidad de resolver, en la medida de sus posibilidades, sus propios problemas. Entonces, la subsidiaridad establece con carácter general que las colectividades superiores asumirán el poder y las competencias únicamente en los casos en los que las entidades inferiores muestren su incapacidad —o irresponsabilidad— para ello.

El principio de subsidiaridad persigue delimitar y definir las diferentes esferas de competencias entre los componentes de un cuerpo social en atención a criterios de necesidad, eficacia y equilibrio, de tal manera que partiendo del individuo se vaya remontando gradualmente hacia la colectividad superior, con el fin de determinar el nivel justo en que ha de tomarse una decisión (Rojo Salgado, 2000, p. 66). 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. Puede quedar resumido en la siguiente fórmula: «Tanta libertad como sea posible, tanto Estado como sea necesario» lo que equivale en definitiva al principio de inspiración liberal de «Tan poco Estado como sea posible» (Rojo Salgado, 2000, p. 66).

Sería un error considerar que el principio que venimos tratando pone en discusión el papel y la importancia del Estado; más bien, se preocupa de valorarlo al máximo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo particular. Más que una defensa ‘contra’ el poder estatal, resulta un instrumento para la conciliación de conflictos, una visión integradora del cuerpo social. Más aún, del principio de subsidiaridad horizontal se puede recabar una exigencia de laicidad del modo de pensar y de ‘vivir’ del Estado (Frosini, 2002, p. 14).

7.

No puede olvidarse, por otra parte, que la expresión ‘subsidiaridad’ tiene un carácter polisémico. El núcleo del principio, dice Frosini, puede precisarse así: que en las relaciones entre entidades institucionales y sociales de diversa dimensión la preferencia debe darse a las menores y que las intervenciones de las unidades mayores se justifican en cuanto se dirijan a suplir los eventuales inconvenientes de las primeras. Esta definición comprende la doble esencia dinámica de la concepción de la subsidiaridad a la que ya nos hemos antes referido: la vertical y la horizontal. Para ese autor, aplicado a la sociedad el principio de subsidiaridad, se pone de manifiesto la intervención indemnizatoria y asistencial de los organismos sociales más grandes —como el Estado— en favor de los individuos y grupos intermedios (Frosini, 2002, p. 13).

Por su parte, Argimiro Rojo señala que puede considerarse a la subsidiaridad como un principio poliédrico (filosófico, político y jurídico a la vez) de gran importancia y actualidad, que ejerce, por su plasticidad, versatilidad, o quizá ambigüedad, una enorme atracción; un principio que parece contentar a todos, siendo susceptible en consecuencia de ser utilizado por entidades o instancias con pretensiones opuestas. Su progresiva positivación contribuirá —cree este autor— a una mayor concreción y claridad, y en su aplicación ha de ir acompañado y complementado por los principios de autonomía, participación y cooperación, pues de lo contrario se producirán deformaciones e incluso perversiones a la propia subsidiaridad (Rojo Salgado, 2000, p. 68).

8.

Herrero de Miñon afirma que, antes de ser un principio jurídico, la subsidiaridad fue primero una categoría doctrinal y después política. Señala que es el correlato del pluralismo social. Y dice: «Para el pensamiento tradicional, a la pluralidad compleja de entes sociales cuya articulación en totalidades cada vez más amplias constituye el orden social, corresponde

la función subsidiaria de tales entes como uno de los principios reguladores de este orden» (Herrero de Miñón, 2003, p. 288). Las actuales corrientes de opinión coinciden en subrayar a la subsidiaridad como criterio ideal para limitar y orientar el poder considerado en abstracto.

Para Bidart Campos, salvo los estatistas a ultranza, nadie abdica hoy del llamado principio de subsidiaridad, aunque sus enunciados puedan ser variables. Se trata de una relación cohesionada entre la sociedad y el Estado, en virtud de lo cual de este último solo se recibe lo necesario, pues hay muchas conductas y actividades que requieren un espacio de libertad suficiente en el que el Estado no debe interferir. Agrega que, cuando se hace referencia a la libertad de la iniciativa privada, ello no debe hacernos olvidar que está jurídicamente limitada para que se concilie con el bienestar general. No cabe duda, afirma, de que el proceso económico incumbe a la sociedad. Para Bidart Campos:

[...] el principio de subsidiaridad no se identifica con el *laissez faire*, porque no deriva al mercado irrestricto ni a la concurrencia ilimitada el funcionamiento de la actividad económica. Lo que consagra es algo diferente, quizás porque encara un problema de medida en la intervención del Estado, hasta dónde, cuándo, por qué, con qué fin (Bidart, 1999, p. 115).

Nos advierte, sin embargo, que hay que ser cauteloso cuando se enuncia y se acepta el principio de subsidiaridad, porque si se interpreta crudamente puede caerse en el neoliberalismo abstencionista. Señala que al escuchar que el Estado no debe intervenir cuando en una determinada cuestión es suficiente la iniciativa de los particulares y que la sociedad tiene que resguardar la libertad personal y social frente a las intromisiones estatales, no debemos concluir que el Estado debe retraerse del cumplimiento de políticas socioeconómicas adecuadas al valor justicia y a su fin de bien común público (Bidart, 1999, p. 120). En efecto, nos dice Bidart Campos, librar a las fuerzas de los particulares el juego total de las relaciones económicas sin presencia del Estado no condice con el significado del principio de subsidiaridad.

Si en su aspecto negativo este principio postula que el Estado no debe intervenir cuando la iniciativa privada actúa con igual o mayor eficacia, en su aspecto positivo reivindica la intervención del Estado en orden a la satisfacción del bienestar general (o bien común público); de esta forma, el mismo principio de subsidiaridad, en cuanto distribuye competencias (públicas al Estado, privadas a los particulares y a la sociedad), no implica abdicar de lo que etimológicamente quiere decir la palabra ‘subsidio’ como prestación de ayuda, pero no como ‘accesorio’. Es así porque el fin intransferible del Estado, en cuanto público que es, no es accesorio de otros fines que pueden incumbir a la sociedad, sino adscrito al mismo Estado en un sentido formal y material, y la política social y económica no es pertenencia de la sociedad sino del Estado en su gestión de bien común. Propugnar ‘tanta libertad como sea posible, tanta reglamentación (o intervención) como sea necesaria’, exhibe una buena flexibilidad que está muy lejos de equivaler a la renuncia a toda planificación estatal o de adherir a las leyes naturales de la economía como automáticamente ordenadoras del bienestar general (Bidart, 1999, p. 121).

Ariño considera que el fundamento último de la subsidiaridad se encuentra en que las estructuras políticas o económicas están al servicio del hombre y no este al servicio de aquellas, y que, por tanto, las leyes y las normas que regulan y ordenan las conductas individuales de la sociedad no pueden tener como único objetivo el ‘desarrollo’ o la ‘eficiencia económica’ sino que cada persona tiene un valor singular a cuyo servicio están el Estado y la economía (Ariño, 1993, pp. 65-66). Para ese autor, el principio de subsidiaridad requiere el cumplimiento de unas condiciones previas para que pueda informar la ordenación social: derecho a la propiedad privada, libre mercado y libre empresa, todo ello asentado en un sólido marco legal y una eficiente administración de justicia. Un sistema así concebido, sin embargo, debe ir acompañado por unas intervenciones del Estado que garanticen a los ciudadanos un mínimo vital y eviten el falseamiento de los intercambios, así como por la prestación de servicios esenciales.

Por otro lado, el neoconservadurismo, de tanta influencia en los Estados Unidos (Mardones, 1991, p. 156), considera que el ejercicio político libre es la única opción política deseable y en ella el desarrollo de cauces independientes para ejercer derechos individuales es una aspiración humana universal, por lo que propugna una vía participacionista moderada. Es así que para construir una ética cívica adecuada a una sociedad democrático-capitalista —que consideran indispensable para combatir el hedonismo y la ‘crisis espiritual’ que, según afirman, es parte del espíritu modernista y post moderno del ‘establishment’ liberal y de la utopía socialista— es preciso reconocer a los miembros responsables de la sociedad que ejercitan su ciudadanía a través de estructuras intermedias en régimen de subsidiaridad y con representación adecuada en otros niveles institucionales superiores.

9.

El principio de subsidiaridad, como vemos, postula que el Estado debe ocupar un puesto de reserva no solo en materia económica sino en general en lo referente a las relaciones sociales. Tal como he señalado en otra oportunidad:

[...] ese principio tiene un contenido negativo y positivo. El positivo impone al Estado el deber de intervenir en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y en la medida que tal intervención sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares. En virtud del contenido negativo, se limita la citada intervención en todos aquellos campos o áreas que por su propia naturaleza deben ser asumidas por los particulares. La subsidiaridad no representa, hay que aclararlo, un impedimento para que el Estado conserve la titularidad y el ejercicio de aquellos cometidos que le son esenciales e indelegables, como por ejemplo la defensa, que en nuestro tiempo no se concibe a cargo de particulares (Kresalja, 1999, p. 60).

Cuando se promueve el intervencionismo estatal en la economía, al igual que el centralismo y el dirigismo, entendiéndose todo ello como sustitución de la iniciativa privada y de la competencia en el mercado, nos encontramos sin duda con una posición contraria al principio de subsidiaridad. Ocurre igual cuando se busca la abstención total del Estado en materia económica y cuando se le limita de tal manera que no puede encauzar y corregir las distorsiones del mercado, enfrentar sus fallos y castigar los actos contrarios a la libre y leal competencia, porque ello sería privarlo de una de sus funciones más importantes: sancionar el abuso de una empresa o de un conjunto de estas contra los consumidores y el propio orden público económico reconocido en la Constitución. No puede, pues, aceptarse la invocación al principio de subsidiaridad para impedir que el Estado o el poder político se abstengan de llevar adelante el proyecto socioeconómico que contiene la Constitución. Por su parte, el ejercicio por los privados de su derecho a la iniciativa y a la libertad de empresa debe ser acorde con el orden público económico.

10.

Como sabemos, a partir de la década de 1990 se produjeron cambios radicales en lo político y económico en Latinoamérica y en el Perú, como consecuencia de la que fue una muy fuerte presencia estatal en lo productivo y normativo y con efectos negativos en el desarrollo económico y en los ingresos. Esto llevó a una reforma del Estado que recurrió a derogaciones en bloque y a innovaciones normativas frente a la quiebra del modelo del Estado de bienestar. En ese sentido, «el pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, no sirven más como títulos que legitiman la injerencia estatal en las actividades industriales o comerciales y aún en los servicios públicos que pueden ser prestados por particulares» (Cassagne, 1994, p. 109).

Esos cambios dieron lugar a la formulación de un llamado ‘Estado subsidiario’, tipificado como:

[...] una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce las funciones indelegables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores, legislación) pertenecientes al Estado como comunidad perfecta y soberana, unidad que se completa al propio tiempo con otra, mediante funciones desarrolladas por un conjunto de organizaciones menores que cumplen una misión supletoria de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos). En ese contexto, se canaliza la realización del bien común, con predominio del derecho público en las estructuras y procedimientos de las funciones indelegables y con recurrencia a formas privadas o mixtas para la actividad supletoria, conforme al objetivo perseguido en cada caso (si la actividad es industrial o comercial la actuación de la empresa aparece regulada por el derecho privado) (Cassagne, 1994, p. 110).

Ese ‘Estado subsidiario’ no implicó una ruptura total con los modelos anteriores sino un abandono del Estado en forma gradual o acelerada, según las circunstancias nacionales, de aquellos ámbitos reservados a la iniciativa privada. El principio rector en ese proceso, tanto en el plano económico como social, fue el de la subsidiaridad.

Ahora bien, para sus defensores, el ‘Estado subsidiario’ es esencialmente un ‘Estado de justicia’, concepción que supera tanto el ‘Estado de derecho’ como el modelo que le sucedió, el ‘Estado social de derecho’. Esta superación se explica porque, si bien se mantienen determinados postulados fundamentales del ‘Estado de derecho’ (independencia del Poder Judicial, sometimiento de la administración a la ley y régimen que garantiza las libertades y demás derechos personales), se equilibra el abstencionismo estricto que propició su versión más liberal —imperante en el siglo XIX— con un limitado y razonable intervencionismo que restituye la plenitud del derecho natural a través del imperio del principio de subsidiaridad, que en algunas partes alcanza rango positivo.

De este modo, el Estado —más que sometido al derecho (en el sentido de sometimiento a la ley)— se encuentra vinculado a la justicia en sus diferentes especies, sin poner exclusivamente el acento en la justicia distributiva —como aconteció durante la etapa del llamado ‘Estado de bienestar’ o ‘Estado social’— y asignándole una mayor potencialidad y trascendencia al cumplimiento efectivo de las funciones estatales básicas. En síntesis, si el bien común —que constituye el fin o causa final del Estado— posee naturaleza subsidiaria y se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquella. En otros términos, la subsidiaridad es una obligada consecuencia de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el presupuesto indispensable para el ejercicio de las libertades del hombre (Cassagne, 1994, p. 113).

11.

Resumiendo las características esenciales del llamado por algunos ‘Estado subsidiario’, inspirado en el principio de tal nombre, es que se mantienen los principios rectores del tradicional Estado de derecho, basado en la división de poderes y garantía de las libertades y derechos individuales, y en el que opera una progresiva ampliación del papel del Poder Ejecutivo como productor de normas jurídicas. En el terreno político, la democracia pluralista y delegativa es también una nota esencial que propicia una amplia descentralización en la toma de decisiones. En el plano económico y social, el principio básico que legitima la intervención del Estado es el de la suplencia. Se afirma la economía social de mercado como el sistema preponderante, apoyado en la libre iniciativa y la libre competencia, donde los consumidores y usuarios están protegidos y pueden elegir con información adecuada. Es también una característica destacable que la previsión social no sea ilimitada.

Mediante la regulación económica se comprime el ámbito de la libertad, estableciendo límites a su ejercicio, y se promueve una gestión competitiva privada en los servicios públicos dados en concesión.

12.

No cabe duda de que la subsidiaridad es un concepto ambiguo y su formulación de mayor aceptación consiste en que la unidad mayor no debe hacer lo que la unidad menor hace mejor. Se diferencia, por tanto, de la regulación, en que una cosa es establecer las condiciones para actuar de terceros y otra sustituir a los terceros en su actuación (Herrero de Miñón, 2003, p. 286). El principio de subsidiaridad pretende, entonces, que el ejercicio de las competencias sea el más cercano posible al ciudadano.

El principio de subsidiaridad alberga un reparto de competencias que no significa dar facultades intervencionistas desde un centralismo absorbente, porque ello riñe con el principio de libertad, pero tampoco significa que el Estado sea un espectador pasivo que solo entra en acción muy eventualmente. Desde esta perspectiva, el Estado no es nunca neutral en lo económico, porque ello no se compadece con la obligación de lograr el bien común, fin que le incumbe y lo responsabiliza sea en su realización o en su incumplimiento. Como bien señaló el ex primer ministro alemán y reputado economista Ludwig Erhard en su libro *Bienestar para todos*, el Estado no puede permitir que se le relegue al papel de vigilante nocturno³.

³ El párrafo completo dice así: «Yo no estoy dispuesto a aceptar sin reservas y para toda fase evolutiva esas reglas ortodoxas de la economía de mercado según las cuales solo la oferta y la demanda determinan el precio, por lo que el político economista habría de guardarse mucho de toda intervención en el terreno de los precios. Yo en principio defiendo una opinión incluso totalmente distinta. Un Estado moderno y responsable no puede permitirse sencillamente que se le relegue otra vez al papel de vigilante nocturno. Esa mal entendida libertad es precisamente la que ha enterrado la libertad auténtica y el orden liberal bienhechor. Una actitud tan remisa sería hoy menos

En síntesis, el principio de subsidiaridad o de la función subsidiaria del Estado tiene como fundamento que una organización, cualquiera que ella sea, debe impulsar el desarrollo de sus miembros, nunca absorberlos. La libertad como prerrogativa esencial de la persona humana solo queda garantizada si el Estado permite y facilita a cada ciudadano el ejercicio de su iniciativa y de su responsabilidad. La exigencia de la libertad es condición *sine qua non* para el pleno desarrollo de la personalidad y para el ejercicio de la creatividad humana. Este es el fundamento del principio de subsidiaridad, que no se refiere solo al ámbito económico sino también al educativo, cultural e intelectual, convirtiendo a lo económico en un instrumento al servicio de los fines del espíritu. La subsidiaridad, sin embargo, demanda ciertas condiciones, pues si no hay individuos dispuestos a asumir sus tareas y responsabilidades, será difícil hacer real la subsidiaridad del Estado en cualquier área.

justificable que nunca, dado que por falta de un mercado mundial verdaderamente libre y de tipos de moneda libremente convertibles no funciona por entero un nivel internacional de precios ni tiene efecto la saludable norma reguladora de una competencia universal» (Erhard, 1996, p. 178).

CAPÍTULO III

LA SUBSIDIARIDAD EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA CATÓLICA

1.

Como señala la profesora Ursula Nothelle-Wildfeuer de la Universidad de Friburgo:

[...] en el contexto de la tradición de la doctrina social y la ética social cristiana, se han cristalizado tres principios sociales fundamentales: el principio del bien común, el principio de solidaridad y el principio de subsidiaridad. El aspecto específicamente socio-ético de estos principios es su referencia a lo social en términos propios, es decir, al ámbito de lo institucional, a la interacción social, consolidada en estructuras, órdenes y relaciones sociales, resultando —desde el punto de vista ético— en la referencia preferencial a la justicia (social), que se aspira a implementar (Nothelle-Wildfeuer, 2008).

Nos referiremos más adelante específicamente a estos principios, que encuadran el análisis de lo que se considera la doctrina social de la Iglesia católica y que constituyen una referencia insoslayable sobre ella.

2.

Si bien siempre han existido problemas sociales que han preocupado a la Iglesia católica y que han dado lugar a diversos pronunciamientos papales, lo que llamamos en nuestros días *doctrina social* nace propiamente frente a los problemas generados por la Revolución Industrial de los siglos XVIII y XIX que, entre otros varios aspectos, cambia el modo de producción, creando nuevas relaciones entre propietarios y trabajadores, en un ambiente que transforma definitivamente el mundo feudal e introduce una relación impersonal y deshumanizada en la vida cotidiana de las nacientes ciudades industriales. Es la época del ‘capitalismo salvaje’. Frente a contrapuestas ideologías —liberalismo, conservadurismo, socialismo, comunismo— que se presentan como teorías de salvación, en el sentido de que no solo hacen un diagnóstico de lo que creen que está mal sino que proponen un remedio general y definitivo, la Iglesia católica decide opinar sobre esas terrenales cuestiones desde la perspectiva que le da sentido y realidad: el Evangelio y las enseñanzas de Jesucristo y de los padres de la Iglesia.

Pero hay que tener presente que la doctrina social no es una ideología sino la «cuidadosa formulación del resultado de una atenta reflexión sobre las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fe y de la tradición eclesial» (*Sollicitudo rei socialis*, 41); por tanto, para el papa Juan Pablo II, «no pertenece al ámbito de la ideología, sino al de la teología y especialmente de la teología moral» (*SRS*, 41).

3.

La doctrina social se ha manifestado a través de encíclicas pontificias que, si bien han evolucionado con los problemas que se presentan en la sociedad en cada momento, reformulando su lenguaje y cambiando sus acentos, han mantenido fidelidad a determinados principios, como el de subsidiaridad. Las encíclicas papales orientan la problemática

inmediata del hombre sobre la tierra, pero no tienen competencia para dar soluciones técnicas.

Es evidente que el debate sobre la función del Estado en la economía ha sufrido variaciones importantes desde el siglo XIX hasta la fecha. Si seguimos, por ejemplo, lo señalado en las instrucciones y en las encíclicas pontificias sobre esa materia, podremos apreciar esa evolución. La razón por la cual la Iglesia católica habla de la economía y de la cuestión social, materias en las cuales no reclama para sí ninguna competencia privilegiada, se encuentra en el carácter ético de muchas de las opciones con las que deben enfrentarse los hombres en el seno de la vida económica y en sus relaciones con otras personas, motivo por el cual —considera— no puede renunciar a imponer su autoridad en esta última materia.

Sin perjuicio de ello, para sus pronunciamientos utiliza recursos del saber y de las ciencias humanas. Aunque la misión propia de la Iglesia no es de orden político, económico o social sino religioso, ha concretado en su doctrina social los principios de justicia y equidad exigidos por la recta razón, tal como señala la Constitución pastoral del Concilio Vaticano II *Gaudium et spes*, 63. Esa doctrina, según la encíclica *Laborem exercens* (1981), señala que:

[...] la doctrina social de la Iglesia tiene su fuente en la Santa Escritura, comenzando por el libro del Génesis, y especialmente en el Evangelio y en los escritos apostólicos. Esta doctrina perteneció desde el principio a la enseñanza de la Iglesia misma, a su concepción del hombre y de la vida social y, especialmente, a la moral social elaborada según las necesidades de las distintas épocas. Este patrimonio espiritual ha sido después heredado y desarrollado por las enseñanzas de los pontífices sobre la moderna ‘cuestión social’, empezando por la encíclica *Rerum novarum* (LE, 3).

La doctrina social, una de cuyas características es su historicidad y temporalidad, se presenta específicamente como una respuesta histórica y concreta que evoluciona en el tiempo y que busca encarnar

los principios evangélicos en todos los condicionamientos históricos, pero cabe recordar que no ha estado ausente de críticas. Algunos la consideran como una simple reafirmación de vagos principios, por lo que resulta inoperante, pues dejaría en libertad casi total a las decisiones particulares de personas y empresas, y también como cómplice de un injusto *statu quo*. Desde una perspectiva contraria, otros la ven como una ideología propuesta por la Iglesia para buscar o lograr un sistema político distinto entre el capitalismo y el marxismo. Sus propulsores y defensores niegan ambas posiciones, pues si bien admiten que contiene un elemento de unidad y de permanencia, por otro lado reconocen un elemento de cambio y de progreso que se desarrolla adaptándose a cada región y comunidad concretas; entienden que más que una colección de recetas es una ‘planilla de tareas’ que enuncia un cierto número de orientaciones que deben ser respetadas, pero que pueden serlo de diversas maneras. De ahí su carácter histórico, lo cual explica que cada instrucción o encíclica pertenezcan a un momento en el tiempo y que perpetuar cada letra significaría traicionar su espíritu. Desde esta perspectiva es una obra en construcción, siempre abierta (CELAM, 1987, pp. 18 y ss.; Alzamora, 1991, p. 22).

Las últimas encíclicas tratan temas diversos, tales como los problemas económicos y financieros contemporáneos, la globalización, la técnica y la cultura, la protección del medio ambiente, el mercado y los consumidores, la solidaridad y el bien común, el racismo y el nacionalismo, el problema de la justicia y de la paz. En palabras de monseñor Óscar Alzamora, «el aporte fundamental de la Iglesia ante la problemática social es ante todo un modo de mirar», como resultado del mensaje evangélico (Alzamora, 1991, p. 22). La Iglesia católica se considera plenamente competente para intervenir en la dimensión ética de los problemas humanos, escrutando los ‘signos de los tiempos’: este es el fundamento de la aparición de la doctrina social, manifestada principalmente —como hemos dicho— en encíclicas papales, pero también en magisterios regionales —como las Conferencias Generales

del Episcopado Latinoamericano en Medellín (1968), Puebla (1979) y Santo Domingo (1992)— y las pastorales colectivas e individuales de los obispos de diversos países⁴. No cabe duda de que la doctrina social ha tenido y tiene muy grande influencia en el pensamiento político y económico de los políticos y pueblos latinoamericanos, más allá de las coincidencias o divergencias que pueda haber sobre su contenido, influenciado en importante medida por los problemas y soluciones surgidos en Europa y en otros países desarrollados.

4.

Las encíclicas buscan que los bienes proporcionados por los recursos de la naturaleza y de la industria, así como por la organización social de la vida económica, cubran no solo las necesidades y el bienestar de los hombres sino que también favorezcan su vida espiritual. En palabras de la encíclica *Populorum progressio* (1967):

[...] verse libres de la miseria, hallar con más seguridad la propia subsistencia, la salud, una ocupación estable; participar todavía más en las responsabilidades, fuera de toda opresión y al abrigo de situaciones que ofenden su dignidad de hombres; ser más instruidos; en una palabra, hacer, conocer y tener más para ser más: tal es la aspiración de los hombres de hoy, mientras que un gran número de ellos se ven condenados a vivir en condiciones que hacen ilusorio este legítimo deseo (*PP*, 6).

Ahora bien, algunas de esas necesidades en las sociedades contemporáneas son derechos, y así también lo reconoce la encíclica de Juan XXIII, *Pacem in terris*: «Todo ser humano tiene el derecho a la subsistencia, a la integridad física, a los medios indispensables y suficientes

⁴ Un cuadro sintético comparativo entre el contexto histórico y los documentos que son parte de la doctrina social de la Iglesia católica puede verse en AA.VV., 1996, pp. 31-32.

para un nivel de vida digno, especialmente en cuanto se refiere a la alimentación, al vestido, a la habitación, al descanso, a la atención médica, a los servicios sociales necesarios» (*PT*, p. 11). Como se ve, esta enumeración de derechos es correlativa de necesidades y tiene una evidente proximidad con la Declaración Universal de los derechos humanos, emitida por las Naciones Unidas en 1948.

5.

No es totalmente cierto que la encíclica *Rerum novarum* deba ser considerada como la primera encíclica social, pues papas anteriores a León XIII se preocuparon por mantener la unidad entre lo secular y lo sagrado y por valores morales objetivados; entre ellos Gregorio XVI en su encíclica *Mirari vos* (1836) y Pío IX en *Nostis et nobiscum* (1849) y *Quanta cura* (1864). En esa época se designaba como ‘caridad’ y ‘obras de misericordia’ a lo que después se denominará ‘cuestión social’. Muchos años antes de publicarse el *Manifiesto comunista* en 1848, erróneamente considerado como la primera llamada moderna a la transformación social, muchos católicos se habían preocupado y pronunciado, adoptando ciertamente muy diversas posturas, sobre las consecuencias sociales de la revolución industrial, y se había divulgado gran cantidad de cartas pastorales, de mensajes cuaresmales y de sermones que dan prueba de un mensaje de la jerarquía católica como testimonio de su preocupación social. Sin perjuicio de todo ello, debe reconocerse que se considera a la encíclica *Rerum Novarum* como la ‘Carta Magna’ del catolicismo social moderno (AA.VV., 1996, p. 9).

Al inicio se produjo una exigencia para que el Estado interviniese en la economía (*Rerum Novarum*, 23), porque lo que se buscaba era, según el papa León XIII, «defender por igual a todas las clases sociales, observando inviolablemente la justicia llamada distributiva» (*RN*, 24). En esa época (1891) se buscaba insistir en la responsabilidad del Estado, en afirmar enérgicamente la necesidad de su intervención.

Más adelante, en 1931, Pío XI, en la encíclica *Quadragesimo anno*, consideró que era indispensable limitar la intervención estatal, porque el verdadero peligro era la invasión del Estado en la esfera de los derechos fundamentales de los individuos. Por ello afirmaba que no debía esperarse de él la solución de todos los problemas (QA, 78). Y más adelante, en la misma encíclica:

Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles solo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos (QA, 79).

En el pensamiento de Pío XI, el principio de subsidiaridad no postula un Estado mínimo, como tampoco un principio de suplencia, sino más bien una limitación que tiene como correlato lo que se expresa positivamente del Estado, esto es, «prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absolverlos». Por tal motivo, afirma que el Estado debe permitir a «las asociaciones inferiores» resolver aquellos asuntos de menor importancia y dedicarse a los que son de su exclusiva competencia, «en cuanto que solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija» (QA, 80). Este 'principio de subsidiaridad' será ratificado, exigiendo su respeto, en la encíclica *Centesimus annus* en 1991 por Juan Pablo II.

Juan XXIII, en su encíclica *Mater et magistra* (1961), expresa un punto de vista más equilibrado que sus antecesores y busca no ser unilateral en sus recomendaciones. Afirma, como tesis inicial, que la economía debe ser obra de la iniciativa privada de los individuos, solos o asociados, pero que es necesaria —por las razones que adujeran sus predecesores— la acción del Estado, que fomenta, estimula, ordena y completa la acción de los individuos, acción que encuentra su fundamento «en el principio de la función subsidiaria, formulado por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*» (MM, 52). Así, después de haber señalado la necesidad de dejar un vasto campo al libre ejercicio de las actividades económicas, recuerda el peligro de una insuficiente intervención del Estado allí donde tiene el deber de actuar:

Por todo lo cual, a los gobernantes, cuya misión es garantizar el bien común, se les pide con insistencia que ejerzan en el campo económico una acción multiforme mucho más amplia y más ordenada que antes y ajusten de modo adecuado a este propósito las instituciones, los cargos públicos, los medios y los métodos de actuación (MM, 54).

Más adelante señala que toda intervención de las autoridades en el campo económico no debe jamás coartar la libre iniciativa de los particulares sino más bien garantizar su expansión, salvaguardando, claro está, los derechos esenciales de la persona humana; que es imprescindible una colaboración entre los particulares y los poderes públicos; y que cuando falta la iniciativa particular surge la tiranía política. Pero advierte:

[...] cuando en la economía falta totalmente, o es defectuosa la debida intervención del Estado, los pueblos caen inmediatamente en desórdenes irreparables y surgen al punto los abusos del débil por parte del fuerte moralmente despreocupado. Raza ésta de hombres que, por desgracia, arraiga en todas las tierras y en todos los tiempos, como la cizaña entre el trigo (MM, 58).

El Concilio Vaticano II, en la encíclica *Gaudium et spes* (1966), ofrece una síntesis de las enseñanzas de la Iglesia católica sobre la función del Estado en la economía:

El desarrollo debe permanecer bajo el control del hombre. No debe quedar en manos de unos pocos o de grupos económicamente poderosos en exceso, ni tampoco en manos de una sola comunidad política o de ciertas naciones más poderosas [...] Es necesario que las iniciativas espontáneas de los individuos y de sus asociaciones libres colaboren con los esfuerzos de las autoridades públicas y se coordinen con estos de forma eficaz y coherente (*GS*, 65).

Y añade esa encíclica:

No se puede confiar el desarrollo ni al solo proceso mecánico de la acción económica de los individuos ni a la sola decisión de la autoridad pública. Por este motivo hay que calificar de falsas tanto las doctrinas que se oponen a las reformas indispensables en nombre de una falsa libertad como las que sacrifican los derechos fundamentales de la persona y de los grupos en aras de la organización colectiva de la producción (*GS*, 65).

Paulo VI, en su encíclica *Populorum progressio* (1967), que culmina el tratamiento que iniciara Juan XXIII sobre la mundialización de la cuestión social, y sobre la cual recientemente Benedicto XVI ha expresado su convicción de que merece ser considerada como «la *Rerum novarum* de la época contemporánea», pues ilumina el camino de la humanidad en vías de unificación (*CV*, 8), hace una llamada a la acción solidaria y a la necesidad de atender y no aplazar la postración socioeconómica de los pueblos pobres.

Así, pues, desde los tiempos de León XIII, en todas las encíclicas posteriores se ha reafirmado, con matices, la regla de un necesario equilibrio entre la iniciativa privada y la intervención pública. Expresado en distintas formas, en todas ellas está presente el principio de subsidiaridad.

El mensaje es claro: el Estado puede intervenir como empresario solo cuando lo exijan motivos de manifiesta y verdadera necesidad de bien común, y no con el fin de reducir la propiedad privada y menos aún de eliminarla (*MM*, 117).

Más aún, en la más reciente encíclica, *Caritas in veritate*, del 29 de junio de 2009, Benedicto XVI ha señalado que «la subsidiaridad es ante todo una ayuda a la persona, a través de la autonomía de los cuerpos intermedios», y que ella se ofrece cuando las personas no son capaces de valerse por sí mismas, «implicando siempre una finalidad emancipadora, porque favorece la libertad y la participación a la hora de asumir responsabilidades». Considera a la subsidiaridad como antídoto contra el asistencialismo paternalista, particularmente adecuado para gobernar la globalización y orientarla hacia un verdadero desarrollo humano. Afirma en forma categórica:

Para no abrir la puerta a un peligroso poder universal de tipo monocrático, el gobierno de la globalización debe ser de tipo subsidiario, articulado en múltiples niveles y planos diversos, que colaboren recíprocamente. La globalización necesita ciertamente una autoridad, en cuanto plantea el problema de la consecución de un bien común global; sin embargo, dicha autoridad deberá estar organizada de modo subsidiario y con división de poderes, tanto para no herir la libertad como para resultar concretamente eficaz (*CV*, 57).

Estas afirmaciones constituyen, sin duda, una firme ratificación por la autoridad máxima de la Iglesia católica de la necesaria vigencia del principio de subsidiaridad en nuestra actual realidad.

6.

Para un examen más profundo regresemos a los tres principios sociales fundamentales expuestos al inicio. Empecemos con qué es lo que se considera bien común. Tal como señala Ursula Nothelle-Wildfeuer:

Como consecuencia de la ilustración y del liberalismo, durante casi dos siglos y medio se hizo universal la idea, formulada por Adam Smith en el contexto de la actividad del mercado, de que el ser humano solo tendría que perseguir su bien individual y que ello conduciría automáticamente —como guiado por una ‘mano invisible’— al bien común. Sin embargo, con el tiempo se evidenció que este camino lleva a la desintegración de la sociedad; los ciudadanos saben y notan que, a pesar de todas las diferencias en sus intereses individuales, se requiere cierto inventario valórico fundamental y un actuar común que trascienda lo legalmente establecido. Es necesario llegar a un acuerdo fundamental acerca de qué es a lo que aspira la sociedad en su conjunto para el futuro, cuáles son los objetivos que persigue y cuáles son las razones más profundas para su cohesión⁵.

⁵ El concepto de bien común con sus variaciones (beneficio común y utilidad pública, entre otras) tiene una historia de dos milenios y medio. Las raíces históricas se encuentran en Aristóteles y sobre todo en Tomás de Aquino. Un factor decisivo para su doctrina es el *summum bonum* (que se refiere a un orden trascendental) como fundamento del *bonum commune* secular y político, así como la influencia del derecho natural. Desde la Edad Media hasta los inicios de la Edad Moderna, esta interpretación se transformó debido a la exigencia de un poder absolutista por el gobernante (por ejemplo, la ‘razón de Estado’ lleva a la idea de un bien impartido por un monopolio del soberano para definir el bien común). El surgimiento del liberalismo en el siglo XVIII tuvo un efecto contrario con el creciente énfasis en los derechos individuales y la libertad del individuo durante la Ilustración; así, el concepto de bien común perdió su calidad de dogma, mientras que la idea de bien individual cobró mayor importancia. Los críticos más importantes fueron Adam Smith en lo económico y Kant en lo político. Como consecuencia de los Estados totalitarios del siglo XX se rehuyó durante largo tiempo el concepto de bien común y solo se sostenía en el contexto de la doctrina social católica. Sin embargo, la ética social actual, con sus distintos enfoques, atribuye una importancia menor a dicho concepto y es frecuente que no se le nombre como principio autónomo sino que se tienda a subsumirlo en el principio de solidaridad. Como consecuencia del debate entre liberales y comunitaristas, a inicios de la década de 1980, el concepto se incorporó nuevamente al discurso académico (Nothelle-Wildfeuer, 2008, p. 1).

Ahora bien, nos recuerda la autora que venimos citando que:

[...] en su definición clásica, el bien común frecuentemente se entiende como el conjunto de los recursos y oportunidades que en cooperación con la sociedad se debe colocar a disposición, con el fin de que los hombres, la familia y los diversos grupos que constituyen la comunidad civil puedan lograr con mayor plenitud y facilidad sus propios valores y objetivos (Nothele-Wildfeuer, 2008, p. 3).

El bien común se entiende en este contexto como valor de servicio, al servicio de la persona humana. Por consiguiente, el derecho, el poder y el bienestar social son los elementos fundamentales del bien común que el Estado debe brindar para lograrlo, pero hay que advertir que en nuestro tiempo deja paulatinamente de ser el responsable único, ya que en creciente medida la responsabilidad es compartida por organizaciones no estatales de la sociedad.

7.

En la actualidad, el discurso del bien común se articula con la visión de que la convivencia humana solo se puede lograr si se llega a un consenso mínimo sobre ciertos fundamentos imprescindibles, como la protección de los derechos humanos. Así, los derechos y obligaciones de las personas —con su vinculación estrecha con el valor meta de la dignidad humana— representan elementos fundamentales e imprescindibles del bien común. Las instituciones como la familia, el Estado y la propiedad privada son elementos constituyentes del bien común. Es cada vez más necesario que esa idea se manifieste en un concepto universal aplicable a toda la humanidad, que se ajuste a esta demanda contemporánea. Esta ha sido una exigencia de la doctrina social desde la aparición de la encíclica *Mater et magistra* del papa Juan XXIII en 1961, ya que no es posible lograr el bien común para la humanidad contradiciendo o prescindiendo del bien común de los estados individuales.

La ética social cristiana también integra en su definición del concepto de bien común la actitud cívica como elemento constituyente, y la interpreta como actitud que se orienta hacia el bien común y que consiste fundamentalmente en afirmar y conservar aquellos valores y bienes que conciernen a aquellas instituciones necesarias para asegurarlo. En semejante actitud cívica las personas brindan un compromiso voluntario en el cual no preguntan lo que el Estado hará por ellos sino lo que ellos pueden hacer por la sociedad, y esta labor la desempeñan tanto las familias como los colegios, las iglesias, los partidos, etcétera. En un sentido muy general, se refiere al orgullo cívico, a la tolerancia, a las virtudes ciudadanas.

Desde la primera gran encíclica social se afirma que es imposible promover la dignidad de la persona si no se cuida de la familia, los grupos y las realidades territoriales locales; es decir, aquellas manifestaciones y conductas expresadas en actividades de tipo económico, social, cultural, deportivo, recreativo, político, etcétera, a las que las personas dan vida espontáneamente. Ese es el ámbito de la sociedad civil, entendida como el conjunto de las relaciones entre los individuos y entre sociedades intermedias, que se realizan en forma originaria y gracias a la subjetividad creativa del ciudadano. La red de estas relaciones forma el tejido social y constituye la base de una verdadera comunidad de personas, haciendo posible el reconocimiento de formas más elevadas de sociabilidad. Conforme al principio de subsidiaridad, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda (*subsidium*) respecto de las menores. De este modo, los cuerpos sociales intermedios pueden desarrollar adecuadamente las funciones que les competen⁶.

⁶ Es pertinente aquí citar la reflexión de Pablo Pérez Sánchez: «El ideal de situación social que con frecuencia se plantea —fue el sueño comunista y quizá también de muchos liberales— consiste en la existencia de un Estado que posibilite que todo el mundo se pueda dedicar al trabajo que desee, ganando lo necesario y sin más preocupación que ser feliz. Este sueño sería posible gracias a la rica producción lograda por la técnica.

8.

El principio de subsidiaridad⁷ es un auténtico principio de filosofía social, que la encíclica *Quadragesimo anno* de Pío XI define como ‘inamovible’ e ‘inmutable’ y cuya violación representa una injusticia. La encíclica *Mater et magistra* ha reafirmado ese principio. El modo en que el Estado interviene no puede considerarse en ningún caso solo como ‘supletorio’, porque este es uno de los modos de acción, entre otros, que la encíclica enumera: fomenta, estimula, coordina, suple y completa o integra. Esa encíclica aplica este principio a la relación entre el poder público y la iniciativa particular en el ámbito económico.

Como ya hemos tenido ocasión de ver, a la subsidiaridad entendida en sentido positivo, como ayuda económica o legislativa corresponde una serie de implicaciones en negativo, que imponen al Estado abstenerse de cuanto restringiría el espacio vital de las células menores y esenciales de la sociedad, cuya iniciativa, libertad y responsabilidad no deben ser suplantadas. La experiencia constata que la negación de la subsidiaridad, o su limitación en nombre de una pretendida democratización o igualdad de todos en la sociedad, limita y a veces también anula el espíritu de libertad y de iniciativa. Con el principio de subsidiaridad contrastan las formas de burocratización, de asistencialismo, de presencia excesiva del Estado y del aparato público. Por tanto, la ausencia

El cuidado de las personas desde su nacimiento hasta la muerte, a través de los servicios de manutención, educación, salud, trabajo, jubilación, diversiones... sería asunto del Estado, que facilitaría una vida de placer ausente de obligaciones. Estamos ante un mundo imaginado al margen de la naturaleza humana y a espaldas del principio de subsidiaridad. Una sociedad donde la suplantación constituye el ideal buscado y la responsabilidad es una carga que impide la libertad, entendida esta como disponibilidad personal sin compromisos, coacciones o exigencias. Se trata de un ideal antiguo, de un paraíso terrenal nacido de la concepción negativa del esfuerzo como medio para mantenerse y lograr los fines. Una vida cuyo ideal es encontrar todo hecho, en contradicción frontal con su propia esencia, que es acción» (Pérez Sánchez, 2013, p. 130).

⁷ Al parecer el primero en usarla no como virtud moral sino como un principio fue el papa Pío XII en su radiomensaje *Levate Capita* del 24 de diciembre de 1952.

o el inadecuado reconocimiento de la iniciativa privada, incluso económica, y de su función pública, así como también los monopolios, contribuyen a dañar gravemente el principio de subsidiaridad.

El conjunto de las posibilidades que son creadas a través de la acción de la sociedad para poner a sus miembros en situación de realizar un pleno desenvolvimiento de su personalidad es lo que llamamos 'bien común', que viene así a proyectarse como eje del principio de subsidiaridad, aunque también puede servir como límite y defensa de la competencia propia de las formaciones sociales cuando las funciones del Estado crecen desorbitadamente (Sánchez Agesta, 1961, p. 16).

9.

Tal como ha señalado Sánchez Agesta, estas son las características que definen el principio de subsidiaridad, tal como es entendido por la doctrina social: (i) Es un verdadero 'principio', que ordena todo un ámbito de la filosofía y la teoría política. Es un intento de superar el individualismo y el estatismo, reconociendo entre el individuo y el Estado un cuadro de grupos sociales con función propia. (ii) El principio de función subsidiaria viene a darnos una respuesta sencilla, flexible y natural al problema de cómo debe concebirse la relación entre el Estado y los grupos que comprende. Así, lo que puede hacer y procurar una comunidad menor no debe encomendarse a una sociedad mayor y más elevada. De no hacerse así, ello es injusto y representa una grave perturbación del orden social. Nos hallamos ante un principio jurídico fundado en la justicia, no ante una norma técnica de división de funciones. Se trata de un principio de filosofía política, fundado según la doctrina social en el derecho natural, que concibe el orden político como un medio complejo de grupos naturales, con una competencia propia que deriva de su propia naturaleza. (iii) Su esencia estriba en ser un principio político de división de competencias, pues implica una discriminación de esferas de poder. Es, por tanto, también un principio de división funcional del poder que asigna a cada comunidad

el poder necesario para cumplir su misión. Desde esta perspectiva, tiene un triple significado: en primer lugar, como un límite al Estado, que no debe absorber ni destruir los grupos menores, pero también como un límite de la acción de los grupos frente a la competencia genuina del poder del Estado. Esa definición de competencias no significa que el Estado y los grupos comprendidos en él queden desconectados, ni mucho menos que se enfrenten entre sí. El Estado comprende los fines y misiones de las comunidades menores, pero los comprende en el modo que corresponde a su realización del bien común; su misión no es realizarlos de una manera inmediata, sino hacer posible, dirigir, fomentar y garantizar la acción de las comunidades menores y, en su caso, suplirlas. (iv) Es un principio flexible que no traza fronteras inmutables entre las órbitas de competencia del Estado y de los grupos que se integran en su orden. Exige atender en primer lugar al significado de la idea del bien común, como un orden justo para la felicidad natural de una comunidad de personas.

10.

Carlos Scheickendantz, profesor de la Universidad de Córdoba, Argentina, nos advierte, citando a J. Komonchak, que cuando las explicaciones sobre su contenido no concuerdan totalmente, pueden incluirse en el principio de subsidiaridad los siguientes elementos:

- a) prioridad de la persona como origen y fin de la sociedad;
- b) al mismo tiempo, la persona humana es naturalmente social, solo puede conseguir su realización en y mediante relaciones sociales;
- c) las relaciones sociales y las comunidades existen para proveer ayuda (*subsidium*) a los individuos en su libre y obligatoria asunción de la responsabilidad en su propia autorrealización. Esta función subsidiaria, salvo en circunstancias excepcionales, no consiste en la sustitución o suplencia de la responsabilidad individual, sino en el proveer al conjunto de condiciones necesarias para la autorrealización personal;
- d) comunidades mayores existen

para desempeñar roles semejantes en relación a comunidades más pequeñas; e) el principio de subsidiaridad requiere positivamente que todas las comunidades no sólo permitan sino que, más aún, posibiliten y animen el ejercicio de la propia responsabilidad de individuos y comunidades menores; f) negativamente el principio exige que las sociedades no priven a los individuos y a las comunidades menores de su derecho a ejercer su autorresponsabilidad. La intervención sólo es apropiada como ayuda en orden a la autorrealización; g) la subsidiaridad sirve como un principio en virtud del cual se regulan las competencias entre individuos y comunidades, entre comunidades más pequeñas y más grandes; h) se trata de un principio formal, necesitado de determinación en razón de la naturaleza de las sociedades y de las circunstancias particulares; i) porque está fundado en la metafísica de la persona, se aplica a la vida de toda sociedad (Scheickendantz, 2001).

11.

Ahora bien, en Latinoamérica, la Conferencia del Episcopado Latinoamericano - CELAM ha tenido tres reuniones de gran importancia e influencia: Medellín en 1968 (CELAM, 1977), Puebla en 1979 (CELAM, 1997) y Santo Domingo en 1992 (CELAM, 1992). En estas conferencias se trataron muchos asuntos derivados del Concilio Vaticano II, poniéndose especial énfasis en los temas de la evangelización y la pobreza, y con planteamientos concretos en el ámbito socioeconómico y político. En esos documentos se denuncia la carencia injusta de bienes, se afirma que la liberación es el desarrollo integral del hombre, se señala que el subdesarrollo es una consecuencia de la injusticia y se critica fuertemente los sistemas económicos imperantes. Hacen un juicio severo de la sociedad de consumo y de las consecuencias del neoliberalismo, que «se ciega a las exigencias de la justicia social y se coloca al servicio del imperialismo internacional del dinero» (CELAM, 1977, p. 312). Afirman que la economía de mercado libre, en su expresión

más rígida, vigente, «ha acrecentado la distancia entre ricos y pobres por anteponer el capital al trabajo, lo económico a lo social» (CELAM, 1977, p. 47; 1992, p. 179). Se preguntan hasta dónde debe llegar la libertad de mercado (1992, p. 194). Consideran conveniente sentar las bases de una economía solidaria, real y eficiente:

[...] sin olvidar la correspondiente creación de modelos socioeconómicos que conjuguen la libre iniciativa, la creatividad de personas y grupos, la función moderadora del Estado, sin dejar de dar atención especial a los sectores más necesitados. Todo esto, orientado a la realización de una economía de la solidaridad y la participación, expresada en diversas formas de propiedad (CELAM, 1992, p. 201).

Abogan por la integración económica en pro de una ‘patria grande’, y un nuevo orden económico, social y político, «conforme a la dignidad de todas y cada una de las personas, impulsando la justicia y la solidaridad» (p. 296).

En los documentos de las tres conferencias antes citadas se trata, directa o indirectamente, del rol del Estado en la economía y con menor énfasis de la iniciativa económica de los ciudadanos, a diferencia de lo que ocurre en las encíclicas papales. Y resulta llamativo que un principio tan conocido y repetido como el de subsidiaridad no sea mencionado. Y es que da la impresión de que para el episcopado latinoamericano y los asistentes a dichas conferencias se trata de un principio incómodo, de difícil aceptación en el contexto de pobreza y marginalidad en el que se encuentra una buena proporción de la población latinoamericana⁸.

Esa ausencia parece lógica y natural en el famoso libro de Gustavo Gutiérrez, *Teología de la Liberación* (1972), que si bien alaba a las conferencias episcopales de Medellín, Puebla y Santo Domingo, «surgidas de un hondo movimiento histórico», promueve abiertamente el socialismo

⁸ La no mención al principio de subsidiaridad también ocurre en otro documento publicado por el CELAM, *La pastoral social de América Latina* (1987).

y cita en apoyo de su posición a líderes de países comunistas. Más allá de los méritos del libro, lo cierto es que da al Estado en materia económica un rol preponderante, quedando desdibujado el principio de subsidiaridad y optando o dando preferencia a «la propiedad social de los medios de producción» (Gutiérrez, 1972).

Así pues, importantes y hasta decisivas opiniones de la jerarquía eclesiástica, y de sacerdotes y laicos notables al interior de la Iglesia católica latinoamericana, no parecen haber optado ni profundizado durante las últimas décadas en el significado del principio de subsidiaridad en materia económica. Puede, sin embargo, decirse que, en contra de esas ‘opiniones ilustradas’, la realidad cotidiana y la praxis de la Iglesia aceptan sin mayor problema tal principio y, si es necesario, la jerarquía cita en su apoyo a las encíclicas papales, guías de mayor autoridad y, posiblemente, más serenas y reconocidas.

12.

Conviene aquí precisar, con el objeto de conocer mejor el pensamiento de la Iglesia católica expresado en su doctrina social, qué es lo que opina en cuanto a la economía, la iniciativa individual, la competencia, la dimensión social de la persona y el mercado, aunque sea muy esquemáticamente (AA.VV., 1996). En primer término podemos encontrar, aunque de forma no ordenada ni sistemática, un amplio elenco de principios éticos aplicados a la economía⁹, siendo el punto de arranque la dignidad de la persona humana, ya que el hombre tiene el derecho

⁹ Röpke señala: «La economía presupone una sociedad en la que deben respetarse unas determinadas cosas básicas, que dan color a todo el tejido de las relaciones sociales: el esfuerzo y la responsabilidad individuales, normas y valores intocables, independencia fundamentada en la propiedad privada, ponderar y aventurar, calcular y ahorrar, planificación autorresponsable de la propia vida, adecuada inserción en la comunidad, sentido de familia, sentido de la tradición y vinculación entre las generaciones, con la mirada abierta al presente y al futuro, adecuada tensión entre individuo y comunidad, sólidos lazos morales, respeto a la inviolabilidad del valor del dinero, ánimo fuerte para afrontar la vida y sus incertidumbres con espíritu varonil y mediante el propio esfuerzo,

y el deber de desarrollarse íntegramente como persona, en todas las facetas de su vida personal y social. Y de esa dignidad fluyen los derechos humanos, así como la igualdad entre todos los hombres, compatible con su legítima variedad. Ha subrayado siempre la dignidad del trabajo, de la que brota el derecho y el deber a trabajar.

Como señala Wilhelm Röpke, citado por Andreas Böhmler, el principio de subsidiaridad, si bien cuenta con el funcionalismo del mercado, entraña una intencionalidad moral positiva en todos los niveles de acción en la vida social. Dice así:

Autodisciplina, sentido de justicia, honradez, juego limpio, hidalguía, templanza, sentido común, respeto por la dignidad humana, sólidas normas éticas, todos estos valores los debe aportar el hombre por anticipado cuando entra en el mercado y se mide con los demás en la competencia. Son los puntos de apoyo insustituibles que preservan al mercado y a la competencia de la degeneración. De ellos tienen que proveer la familia, la Iglesia, las auténticas comunidades y la tradición. Los hombres tienen que criarse bajo condicionamientos que favorezcan estas convicciones morales, condicionamientos de un orden natural que fomente la colaboración, respete la tradición y alcance una inserción efectiva de los individuos (Böhmler, 1998, p. 417).

Esto lo confirman, en su manifiesto conjunto de 1972, Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack, quienes señalaron, sobre la interdependencia entre ética social y ética individual, que las reglas de juego vigentes en un orden de economía de mercado «surten un efecto tanto más perfecto cuanto más hombres, viviendo en este orden, cultiven, al lado de sus conocimientos económicos y técnicos, propiedades

sentido del orden natural de las cosas y un inmovible orden jerárquico de los valores. Quien al escuchar estas ideas arruga la nariz y escupe las palabras ‘restauración’ y ‘reacción’, debe preguntarse seriamente con qué orden de valores y con qué principios básicos pretende combatir la crisis cultural, social y política de nuestro tiempo» (citado por Böhmler, 1998, pp. 285-286).

que exigen la vida más allá del mercado y que deben aportar desde allí a la vida económica» (Böhmler, 1998, p. 317).

Para la doctrina social, los principios basados en la dimensión individual de la persona abarcan el derecho a la libre iniciativa, que implica una libertad personal en su propio destino y que se extiende a cada familia y a cada país, iniciativa que debe respetar el bien común y el derecho de los demás. Considera importante la iniciativa en el ámbito económico, porque la excesiva intervención del Estado ha mostrado ser perniciosa para el progreso, para la libertad y para el desarrollo personal. De ahí surge el principio de subsidiaridad, y también el derecho a la propiedad privada.

Es preciso aquí destacar que, para los teóricos del ordoliberalismo, el Estado 'enfermo' se caracteriza principalmente por su pretensión de totalidad, es decir, por la asfixia de la esfera individual por lo colectivo y de los pequeños colectivos por los grandes, lo que da lugar a una paulatina corrupción y a un desequilibrio entre las fuerzas sociales. Para ellos, el Estado intervencionista ha dado lugar a la victoria de las fuerzas económicas sobre las políticas, y por tal motivo la política depende de la economía y las crisis en esta área se convierten en una amenaza para la estabilidad política. Ese Estado intervencionista, consideran, es una reacción a la acumulación de poder político de los grupos económicos, fomentada por la tendencia monopolista de las empresas, y lleva finalmente a la intervención antiliberal del Estado. Así, pues, el intervencionismo político en lo económico suele ser contraproducente, porque debilita la libertad y la responsabilidad individuales, afectando particularmente a los grupos pequeños y desarticulando paulatinamente la vigencia del principio de subsidiaridad, pero principalmente porque impide aquello que es característico del bien común, a saber, la realización de los valores de la persona (Böhmler, 1998).

Los principios basados en la dimensión social de la persona son consecuencia de que el hombre necesita a los demás para la satisfacción de sus necesidades más elementales y para su misma supervivencia.

De ahí surgen los principios de la función social de la propiedad, del bien común que todos deben buscar en armonía con su interés personal, así como también de un orden institucional y jurídico que debe tener como finalidad su realización. Es también principio basado en la dimensión social la solidaridad; esto es, el reconocimiento de la interdependencia entre las acciones humanas y el deber moral que engendra y que se relaciona con la justicia y la caridad. En virtud del principio de solidaridad, la doctrina social se opone tanto a las formas de individualismo social o político como a las diversas formas de colectivismo.

Finalmente, cabe recordar que Juan Pablo II ha señalado la importancia del derecho de la iniciativa económica no solo para el individuo sino también para el bien común. Así, dice:

Es menester indicar que en el mundo actual, entre otros derechos, es reprimido a menudo el derecho de iniciativa económica. No obstante eso, se trata de un derecho importante no solo para el individuo en particular, sino además para el bien común. La experiencia nos demuestra que la negación de tal derecho o su limitación en nombre de una pretendida 'igualdad' de todos en la sociedad reduce o, sin más, destruye de hecho el espíritu de iniciativa, es decir, la subjetividad creativa del ciudadano. En consecuencia, surge de este modo no solo una verdadera igualdad, sino una 'nivelación descendente'. En lugar de la iniciativa creadora nace la pasividad, la dependencia y la sumisión al aparato burocrático, que, como único órgano que 'dispone' y 'decide' —aunque no sea 'poseedor'— de la totalidad de los bienes y medios de producción, pone a todos en una posición de dependencia casi absoluta, similar a la tradicional dependencia del obrero-proletario en el sistema capitalista. Esto provoca un sentido de frustración o desesperación y predispone a la despreocupación de la vida nacional, empujando a muchos a la emigración y favoreciendo, a la vez, una forma de emigración 'psicológica' (*Sollicitudo Rei Socialis*, 1993, p. 655).

13.

La doctrina social reconoce el derecho fundamental al intercambio, por el bien de la persona y por la reciprocidad que implica. Por ello acoge favorablemente la competencia, es decir, el libre intercambio, siempre que no se produzcan situaciones desiguales, y porque además estimula la actividad y la creatividad de los individuos. Sin embargo, nunca ha acogido los puntos de vista del liberalismo y del neoliberalismo que tienden a ver en la libertad total de intercambio un principio del que jamás debe abdicarse. En otras palabras, cree que es preciso que existan limitaciones. Pío XI declaraba: «la libre concurrencia [...] no puede en modo alguno regir la economía» (*QA*, 88); y «la libre concurrencia se ha destruido a sí misma; la dictadura económica se ha adueñado del mercado libre; por consiguiente, al deseo de lucro ha sucedido la desenfrenada ambición de poderío; la economía toda se ha hecho horrendamente dura, cruel, atroz» (*QA*, 109). Estos principios han sido también aplicados al comercio internacional, y por tal motivo se ha declarado que «el libre intercambio sólo es equitativo si está sometido a las exigencias de la justicia social» (*PP*, 59). Existen múltiples y variadas referencias sobre estos temas en las encíclicas papales.

Los filósofos ordoliberales, que tienen una importante conexión con la doctrina social, consideran que no es posible en la mayoría de los casos rechazar los eventuales efectos culturalmente nocivos de la competencia por medio de una intervención estatal directa, esto es, de carácter empresarial, porque ello afecta el principio de la libertad y también porque la competencia económica es connatural a la actual cultura. En tal sentido, la competencia es una especie de ‘padre’ de la moralidad económica, puesto que ella fomenta de hecho un nivel básico —aunque insuficiente— de justicia en las relaciones económicas, es decir, encamina a los agentes económicos a atribuir precios justos a sus respectivas ofertas (productos, servicios, trabajo, dinero), no porque necesariamente lo quieran de modo voluntario sino porque

la presión competitiva así lo exige. Para salvaguardar esa función de la competencia, hay que evitar ante todo dos extremos que estarían en constante tensión el uno con el otro: demasiado poca o excesiva competencia. Procurar evitar este *demasiado poco* sería contribuir al logro del postulado de la libertad de la competencia, y evitar aquel *exceso*, al logro del postulado de la autenticidad de la competencia.

La ‘ordenación’ de la competencia debe romper la dinámica de concentración del poder económico mediante las disposiciones legales correspondientes, y no por una vía que implique una mayor concentración de poder, como ocurre cuando adopta una política de ‘dirección económica centralizada’. La idea de la competencia verdaderamente libre de elementos de ‘poder’ es el único medio para conjurar y poner coto al poder privado y asocial de los monopolios, así como también al peligro de una dirección centralizada de la economía. Si el régimen económico del mercado, según el principio de la competencia, resulta ser un estímulo natural y necesario para la realización de determinados valores personales, lo es ante todo porque respeta el prerrequisito de toda realización de valor. Este prerrequisito es la libertad, también en el ámbito económico.

Lo dicho no debe interpretarse, sin embargo, como una posición contraria a la economía de mercado, pues como bien sabemos han sido las ideas de la Iglesia católica y de otras comunidades cristianas las que han tenido gran importancia para la formulación de lo que se denomina ‘economía social de mercado’, que es el sistema adoptado en nuestra Constitución política¹⁰. La doctrina social ha reconocido

¹⁰ Es importante señalar que los filósofos ordoliberales asumen el desafío de mostrar que el mercado —que, en tanto que ‘lógica’ de los intercambios económicos, podríamos llamar su ‘causa formal’— no puede considerarse la ‘causa eficiente’ del bien común económico y, mucho menos, del bien común en general. A este respecto, Röpke señala: «Considerar la economía de mercado como un proceso que descansa en sí mismo y que transcurre automáticamente era precisamente la falta más grave del pensamiento y actuar paleoliberal o ‘capitalista’. Se pasó por alto que la economía de mercado solo abarca un ámbito bastante estrecho de la vida societaria: rodeada de una franja mayor:

que la economía de mercado tiene como ventajas estimular la producción y el ofrecimiento de servicios, disminuir costos y aumentar la calidad de los productos, orientar la distribución eficientemente, respetar la libertad de iniciativa y la creatividad y ser un instrumento eficaz para responder a las necesidades, favorecer el intercambio y dar primacía a la voluntad de las personas y a sus preferencias. Por cierto, ha manifestado también su cuestionamiento a la calificación de las necesidades como exclusivamente mercantiles, que solo favorezca a los más poderosos y que produzca para los que solo ellos desean, que no distribuya equitativamente sus beneficios y que se dejen de lado criterios éticos y la búsqueda del bien común.

En concreto:

[...] la idea esencial en este punto es que el intercambio es un elemento verdaderamente fundamental de la economía —en cierto modo casi el elemento que la define— y que contribuye también, poderosamente, a la vida social, pero que también él se inscribe, primero y ante todo, en una sociedad. Si el intercambio es tan antiguo como el mundo, no menos antigua es la solidaridad, que también debe ser estrictamente valorada y respetada (Calvez, 1991, p. 188).

un ámbito externo en el que los hombres no son competidores, fabricantes, comerciantes, consumidores, sindicalistas, accionistas, ahorradores e inversores, sino simplemente hombres que no viven solo de pan, miembros de familia, vecinos, feligreses, compañeros de trabajo, ciudadanos de una comunidad y seres de carne y hueso con sus pensamientos humanos de siempre y su sensibilidad respecto de la justicia, el honor, la solidaridad, el altruismo, la paz, el trabajo bien hecho, la belleza y la paz natural. La economía de mercado es únicamente una organización determinada y, como vimos, absolutamente imprescindible dentro de un ámbito reducido al que pertenece de modo inadulterado y claro; dependiendo de sí misma es peligrosa, incluso insostenible, porque entonces reduciría a los hombres a una existencia completamente desnaturalizada, que tarde o temprano rechazarán junto con la economía de mercado que se les ha vuelto odiosa. Por tanto, la economía de mercado precisa de un marco que —para abreviar— queremos llamar el marco antropológico-sociológico. Con otros términos, la economía de mercado no lo es todo... A su lado se encuentran los ámbitos del autoabastecimiento, de la economía estatal, de la planificación, de la entrega y la humanidad simplemente acomercial» (Böhmler, 1998, p. 296).

14.

Es preciso aquí conocer diferentes matices en lo antes afirmado. Por ejemplo, Juan Pablo II no desconoce que el progreso de los países en vías de desarrollo no pasa por adoptar sin más los modelos económicos, sociales y políticos de las naciones desarrolladas, y que más bien —en un proceso largo y difícil— deben esforzarse por encontrar sus propios mecanismos productivos, para lo cual es esencial una buena educación dentro de lo que constituyen sus propias particularidades culturales (Thesing, 1987, pp. 17 y ss.). El cardenal Ratzinger, que luego como papa adoptó el nombre de Benedicto XVI, critica con dureza las tesis liberales, a las que califica de deterministas, por dejar sin control a las fuerzas del mercado poniendo los temas éticos de lado, y señala que muchos sectores de países en vías de desarrollo las ven como un sistema de explotación. Critica duramente también al marxismo, pero nos interesa poner de relieve su afirmación de que «ya no podemos considerar hoy el sistema liberal capitalista, pese a todas las correcciones sufridas, como la salvación del mundo», lo que complementa al decir que «hoy reiteramos un máximo de razonamiento económico, pero también un máximo de ética que permita poner la razón económica al servicio de los verdaderos objetivos y que sus conocimientos sean políticamente realizables y socialmente viables» (Thesing, 1987, pp. 26-27).

Por su parte, el cardenal Agustino Casaroli señala que, entre las formulaciones más destacadas del Concilio Vaticano II sobre el orden temporal de la vida económica, se encuentra aquella que afirma que la economía mundial «no puede comprenderse jamás en el sentido de una economía colectiva de administración central y hegemónica, sino solo en el sentido de una asignación subsidiaria pero solidaria de unidades económicas nacionales y regionales» (Thesing, 1987, p. 34).

15.

El campo de acción central del principio de subsidiaridad en la doctrina social es que la persona humana pueda desenvolverse en sintonía con sus talentos. Para tal efecto, en el campo económico requiere una sociedad con componentes vinculados en la asunción de sus responsabilidades y con objetivos que gocen de aprobación colectiva, mediante su orientación al bien común. Por tanto, no es el Estado la instancia primaria ni única para velar y asegurar los asuntos sociales legítimos en una economía social de mercado.

En síntesis, la doctrina social considera al principio de subsidiaridad como 'importantísimo, inamovible e inmutable', por el cual no es lícito ni justo traspasar a la comunidad y quitar a los individuos, grupos menores e inferiores, lo que ellos pueden realizar por su propio esfuerzo e iniciativa. De esa forma, se considera que se logrará realizar más libre y eficazmente la responsabilidad y competencia de los individuos, lo que a su vez favorecerá la eficiencia social. Esa doctrina considera a ese principio como válido *a priori*, es decir, como principio de derecho natural.

CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL CASO ESPAÑOL

1.

Tal como ya hemos señalado, el principio de subsidiaridad ha tenido una gran influencia en las reglas gubernamentales y en las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, aunque su aplicación en cada caso tenga un contenido variable, debido a circunstancias concretas propias de cada realidad. En los últimos años, uno de los casos más emblemáticos de su influencia se da en la formulación y concreción normativa de la Unión Europea.

En lo que todavía es su breve historia, la idea y contenido del principio de subsidiaridad se trató en la Comunidad Europea desde la década de 1970, cuando se comenzó a discutir el tema del reparto de poderes entre la comunidad y los estados, en un contexto en el que se planteaba la cesión voluntaria de competencias soberanas y como una fórmula destinada a evitar la creación de un súper Estado centralizador que deje sin espacio de acción a los estados nacionales; en otras palabras, un debate entre soberanía y subsidiaridad y que bajo actuales contingencias aún continúa.

En el proyecto de Unión Europea adoptado por el Parlamento de 1984 se introduce la subsidiaridad como principio central del funcionamiento de la comunidad. En el preámbulo de ese proyecto se declaraba que las partes contratantes confiaban a las instituciones de la Unión, conforme al principio de subsidiaridad, únicamente las tareas que dichas instituciones realizarían más satisfactoriamente que los estados. Este criterio, recogido en el artículo 12.2 del proyecto, determinaba que la Unión intervendría únicamente para ejecutar aquellas tareas que pudiesen ser emprendidas en común de manera más eficaz que por los estados actuando de manera individual.

En el Acta Única Europea de 1986 se plasma de manera implícita, pero eficaz y notoria, en la redacción del artículo 235 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, la base jurídica para la atribución subsidiaria de nuevas competencias a la comunidad, convirtiéndose la subsidiaridad en pieza capital de una Europa unida.

El texto del artículo 5 del Tratado de Maastricht, que entró en vigencia en 1993, que constituye el sustrato político principal de la Unión Europea y que es vinculante para todos los Estados miembros actuales o futuros, señala:

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad Europea intervendrá, conforme el principio de subsidiaridad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida, no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados-miembros y por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o efectos de la acción contemplada a nivel comunitario.

Así pues, la subsidiaridad es un principio de alcance limitado pero informador y vertebrador de los criterios de intervención para las actividades de la Comunidad respecto de los Estados miembros.

Tal como se ha incorporado a la normativa de la Unión Europea, puede entenderse el principio de subsidiaridad como una fórmula

de compromiso, pues trata de recortar unos poderes que tienden a expandirse por inercia; en este sentido, sirve más para no retroceder que para avanzar.

2.

El principio de subsidiaridad no es de aplicación general; por el contrario, vale solo para aquellos ámbitos que no son de competencia exclusiva comunitaria. Entonces, las instituciones comunitarias solo pueden intervenir cuando ello resulte 'necesario'; en segundo lugar, la intensidad de su intervención debe ser 'proporcional' a los objetivos perseguidos.

En ese contexto, el principio de subsidiaridad puede interpretarse de la siguiente manera: actúa como freno y como límite frente al excesivo intervencionismo de carácter centralista, por lo que la intervención de la Comunidad resultará en cierto modo excepcional y singular. Nunca será regla general: 'solo en la medida', tal como lo señala el artículo 5 antes citado. Por otro lado, la Comunidad no abandona a los Estados miembros, pues subsidia, complementa, contribuye, interviene «en tanto y cuanto los Estados no pueden alcanzar sus objetivos por sí mismos». Y, por cierto, en su aplicación práctica hay otros asuntos a tomar en cuenta: son factores condicionantes la insuficiencia de los Estados miembros para alcanzar sus objetivos y, el segundo condicionante, consecuencia del primero, que los objetivos puedan lograrse mejor debido a la dimensión de la acción contemplada en el nivel comunitario.

También es de aplicación el principio de proporcionalidad, pues las autoridades europeas no deben excederse para alcanzar sus objetivos. Proporcionalidad y subsidiaridad son dos principios relacionados, pero diferentes, que no deben confundirse, pues la subsidiaridad implica una acción determinada que debe ser ejercida en el nivel preciso, mientras que la proporcionalidad hace referencia a la adecuación entre medios y fines.

3.

Se ha señalado que el nivel de popularidad y polémica que alcanza el principio de subsidiaridad desde su incorporación al Tratado de la Unión Europea se debe a su ambigüedad, pues responde tanto al temor a la pérdida de soberanía nacional por la extensión de las competencias de la Unión, como a la expectativa de un incremento legítimo de los ámbitos de competencias comunitarias. Se denomina acuerdo ambivalente, es decir, un acuerdo concreto sobre mínimos, basado en preferencias y creencias distintas que se anulan unas a otras.

Ahora bien, entre sus posibles futuras implicancias se encuentra el incremento de la presencia de las unidades subestatales y supranacionales en los ámbitos sociopolíticos, legislativos y económicos, lo que trae como consecuencia una paralela pérdida de protagonismo del nivel intermedio, que es el nivel estatal.

4.

Si bien el principio de subsidiaridad no se encuentra incorporado al texto de la constituciones políticas de la mayoría de los estados europeos, no cabe duda de que en la realidad tiene un contenido eminentemente político que expresa una voluntad concreta de articular una compleja realidad social y política compuesta por varios niveles o centros de poder de acuerdo con unos criterios determinados. Implica, de acuerdo con su significación histórica-política, que solo aquellas funciones que no pueden ser eficaces en niveles inferiores deben ser asumidas por el nivel de gobierno superior. Es un hecho que aspira a acercar el poder decisional a los ciudadanos, comprometido con la idea de democracia, así como a mejorar los niveles de representatividad y transparencia en los órganos políticos de decisión; por tanto, requiere que las unidades menores posean cierto grado de autonomía legislativa y ejecutiva consolidada y en cierto modo irreversible. De lo contrario, estaríamos ante un caso de desconcentración del poder y no de descentralización

de aquel, es decir, una delegación voluntaria por parte del poder central del ejercicio de algunas de sus competencias en beneficio de las unidades subestatales, pero reteniendo la posibilidad de reclamar para sí los poderes delegados (O'Leary & Fernández Martín, 1995, p. 303).

Poca duda cabe de que, como dicen O'Leary y Fernández Martín:

[...] los Estados miembros de la Comunidad Europea se ven sometidos a dos fuerzas de signo opuesto, que producen un mismo resultado. Por un lado, la fuerza centrípeta de la integración europea absorbe ámbitos competenciales en favor de las instituciones comunitarias a expensas de los campos anteriormente reservados exclusivamente al poder central estatal. El motor de esta fuerza es la globalización de la economía internacional, que exige la centralización de las decisiones económicas en ámbitos territoriales mayores a los de los Estados miembros y los propios objetivos del proceso de integración europea, que conllevan de por sí la centralización de poderes hasta ahora estatales. [...] A medida que el Estado se vacía de competencias por arriba y por abajo, su papel como actor intermedio pierde razón de ser (O'Leary & Fernández Martín, 1995, p. 320).

5.

Al tratar sobre el contexto en el que se ha consagrado la subsidiaridad como principio de organización territorial del poder público, Luciano Parejo afirma que el Estado nacional y su derecho vienen experimentando un progresivo proceso de reducción a su condición de 'directores' de la vida de los ciudadanos y a la condición de instrumentos para la adaptación al cambio continuo y consiguiente complejidad de la vida social. El Estado sufre, entonces, una creciente y novedosa fragmentación funcional y territorial del poder que conlleva la sustitución de la democracia simple o unidimensional por otra compleja o pluridimensional.

Dice Parejo que la construcción de la Unión Europea ha sido un buen banco de prueba para el análisis de tal fenómeno, y que el principio de subsidiaridad ha pasado a ser presupuesto y garantía de la continuación de ese proceso. El contenido de ese principio, según la opinión del Tribunal Constitucional Europeo citado por ese autor, busca acercar las decisiones de los poderes públicos a los ciudadanos y asegurar la transparencia y la democracia.

Resulta indudable que el principio de subsidiaridad es un concepto dinámico, interpretable y aplicable en función de las circunstancias concretas y los objetivos comunitarios. La regulación de la subsidiaridad pone de relieve la relatividad del deslinde normativo de las competencias e implica la reducción al mínimo de la esfera que se puede calificar como exclusiva. En otras palabras, representa un principio de orden distributivo de competencias que determina la preferencia de la intervención de la instancia más básica. Con todas las reservas que se deseen, posee una enorme potencialidad para proporcionar al orden comunitario europeo de distribución territorial de competencias la flexibilidad precisa, para asegurar la capacidad de adaptación del sistema del poder público en su conjunto, de un entorno social complejo, incierto y en evolución y cambio acelerados (Parejo, 2001, p. 22).

6.

Vista la influencia que ha adquirido el principio de subsidiaridad en la construcción y en la normativa de la Unión Europea, y teniendo en cuenta que lo que nos interesa es plantear su influencia y efectos prácticos en materia económica, antes de ingresar al análisis de las dos últimas constituciones peruanas conviene detenernos a revisar el debate sobre el principio de subsidiaridad y la concreción constitucional de las relaciones Estado-mercado en la Constitución española, ya que ella tuvo influencia en los debates nacionales y, además, porque la disyuntiva que se presenta en España podría en el futuro —con las variaciones propias de cada realidad— estar presente entre nosotros.

Las leyes fundamentales del franquismo, que estuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, consagraban el principio de subsidiaridad de la iniciativa pública siguiendo, según nos informa Óscar de Juan Asenjo, el precedente de las leyes fascistas italianas (*Carta de Lavoro*). Este autor opina que el mayor de los méritos de la Constitución Económica española de 1978 radica en haber afrontado abiertamente la cuestión de las relaciones entre la iniciativa económica pública y la iniciativa económica privada (de Juan, 1984, p. 93). En efecto, son dos los artículos que deben tomarse en consideración: el artículo 38, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y el 128.2, que dice: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica». El constituyente español prefirió emplear la expresión ‘libertad de empresa’ en lugar de ‘libre iniciativa económica privada’, que son dos materias distintas, y lo hizo así —dice de Juan Asenjo— porque la libertad de empresa es la única que históricamente ha sido objeto de impugnación por algunos sectores de la izquierda, y como ningún grupo parlamentario al momento de formular esa Constitución puso en tela de juicio la aceptación del principio de libre iniciativa económica privada, el verdadero frente de batalla ha quedado emplazado en el artículo 128.2 antes citado.

Son numerosos los autores españoles que consideran que el reconocimiento genérico de la iniciativa económica pública ha significado la negación del principio de subsidiaridad. Dice de Juan Asenjo:

Lo que se pretende con el principio de subsidiaridad es recluir a la iniciativa pública a un estrecho campo de actividad y someterla a las necesidades y requerimientos de la iniciativa privada. Por el contrario, las palabras empleadas por el constituyente tienen por finalidad devolver a la iniciativa pública su autonomía y libertad de movimientos (de Juan, 1984, p. 95).

De Juan considera que en España se ha dado sepultura constitucional al principio de subsidiaridad, aunque los partidarios del neoliberalismo

opinan lo contrario y han buscado elevar el contenido del artículo 38 sobre la libertad de empresa a la categoría de derecho fundamental, dotándolo de una jerarquía superior al resto de las cláusulas económicas. En este sentido, por ejemplo, Gaspar Ariño afirma que:

[...] el reconocimiento genérico de la iniciativa pública, contenido en el artículo 128.2 de la Constitución, debe ser entendido solo y exclusivamente en el marco del artículo 38 y subordinado a este. Dicho brevemente, el principio general es la iniciativa privada, y la excepción —que deberá justificarse en cada caso— la iniciativa pública (Ariño, 1981, p. 208).

De Juan piensa que queda demostrado que es una falacia la tesis de la supremacía jerárquica del artículo 38 sobre el 128.2 que defiende Ariño, porque es falso que la libertad de empresa sea un derecho fundamental del ciudadano, ya que los derechos fundamentales están en relación directa con la dignidad de la persona humana y aparecen expresamente recogidos en el texto constitucional, y porque si bien se trata de uno de los derechos ‘básicos’ del ciudadano, que vincula a todos los poderes públicos y cuyo contenido esencial ni siquiera por ley puede ser quebrantado, ello no significa que los principios contenidos fuera del Título I de la Constitución Española, «De los derechos y deberes fundamentales», dejen de vincular a los poderes públicos o posean una jerarquía inferior. De Juan concluye que la Ley fundamental española de 1978 ha abandonado el principio de subsidiaridad y que la división de opiniones entre los especialistas obedece más a razones políticas e ideológicas que a criterios estrictamente jurídicos (de Juan, 1984, p. 97).

7.

Martín Bassols considera que, en virtud del artículo 128.2, la actuación económica deja de ser una actividad reservada a los particulares para poder ser ejercida también por los entes públicos, invirtiéndose

el planteamiento tradicional de signo liberal que solo lo permitía en aquellos supuestos en los que se establecía una reserva a favor del Estado mediante ley. De esta forma, la Constitución erradica del ordenamiento jurídico el principio de subsidiaridad, aunque «ello no implica que la subsidiaridad no siga jugando como uno de los posibles criterios a tener en cuenta y ser objeto de ponderación —aunque no, por supuesto, el único— en el momento de emprender una iniciativa económica pública» (Bassols, 1985, p. 171). Ahora bien —dice Bassols—, desde el punto de vista cualitativo, la actuación empresarial pública, al desarrollarse concurrentemente con la de los particulares, deberá someterse a las exigencias de la economía de mercado al menos en su actuación externa, esto es, en precios, tarifas, relaciones con los consumidores, etcétera (Bassols, 1985, p. 172).

Por su parte, Ángel Sánchez considera que la dinámica de las estructuras empresariales y de la intervención pública en la economía convergen, en el conjunto de la experiencia socioeconómica occidental, en una economía de mercado dirigida por los poderes públicos que, en su progresiva complejidad, requiere técnicas de programación y planificación del conjunto de las actividades socioeconómicas. Este y otros factores dejan sin sustrato teórico y práctico las premisas que pudieron justificar el principio de subsidiaridad, y avalan la consideración de la empresa pública que aporta racionalidad al conjunto de la economía. Sánchez indica que todas las riquezas del país, en sus distintas formas y cualquiera que fuere su titularidad, se supeditan al interés general y coexisten con el reconocimiento de la actividad pública en la economía sin vínculos de subsidiaridad (Sánchez, 1992, pp. 52 y ss.).

En el mismo sentido, Juan Ignacio Font Galán considera que:

[...] la intervención directa del Estado, como empresario en la organización de actividades económicas, no es ya consecuencia de un deber de subsidiaridad, sino fruto del ejercicio de un derecho que le atribuye el reconocimiento de la libertad de iniciativa pública en la actividad económica. Así, pues, los ciudadanos

y el propio Estado se hallan en un mismo pie de igualdad a la hora de organizar empresas y acceder al mercado, salvo el caso de que mediante ley se reserve al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, como excepciona el apartado 2 del artículo 128. Este sistema contrasta con lo establecido en la Declaración X de la derogada Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 1958, que solo reconocía la iniciativa económica pública como un deber de subsidiaridad del Estado («La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado») (Font Galán, 1987, pie de página 285, pp. 160-161).

Ahora bien, la iniciativa pública tiene la obligación de respetar las reglas del marco de la economía de mercado, el único en el que está permitido, según el artículo 38, un desarrollo normal de la iniciativa económica pública, lo que conduce a excluir los criterios políticos en la gestión de la empresa pública, quedando sometida a los criterios de ‘economicidad’ de toda empresa privada. El Estado solo podría apartarse del marco de la economía de mercado haciendo uso de su potestad de imperio, para reservar ciertos sectores productivos a la titularidad pública (Menéndez, citado por Font Galán, 1987, p. 161).

Otro jurista español, Fernando Garrido Falla, cuya opinión en esta materia ha sido calificada por de Juan Asenjo como poco clara, indica que lo que se desprende del artículo 128.2 de la Carta española es que es posible la creación *ex novo* de empresas públicas, siempre que el interés público formalmente declarado lo justifique; que su régimen ha de ser de competencia sin privilegio alguno con el sector privado; que solo los servicios o recursos esenciales pueden reservarse al sector público con monopolio, y por tanto, que solo estos servicios se pueden conceder con monopolio para su gestión por concesionario privado (Garrido Falla, 1981, p. 69).

Hay, por cierto, muchas otras opiniones de destacados juristas españoles sobre este punto, pero la mayoría considera que el principio de subsidiaridad ha sido eliminado en la Constitución española vigente, que ha transitado de su reconocimiento expreso hace unas décadas a su eliminación actual. Hay también destacadas opiniones en contrario, como la de Gaspar Ariño, que considera que la iniciativa pública en una economía de mercado debe tener un papel estricto y secundario, que se hace necesario concretar por una ley posterior (Ariño, 1981, p. 209), pero esta interpretación, como hemos señalado, no encuentra apoyo constitucional en la mayoría de los autores, por cuanto consideran que la acción económico-empresarial del Estado no es incompatible con un sistema de economía de mercado, ni tiene por qué ahogar el contenido esencial de la libertad de empresa y que, más bien, viene requerida por el modelo del Estado social y democrático de derecho consagrado en la Constitución española de 1978.

8.

El nuevo principio rector de la relación ‘iniciativa económica pública-iniciativa económica privada’, incorporado en la Constitución española de 1978, ha sido denominado ‘principio de compatibilidad’ en el ámbito económico, debido a que el sector público puede reservarse en exclusiva determinados sectores de la actividad económica, lo que constituye una importante excepción al principio de compatibilidad. En primer término, la Constitución española da amparo tanto a los sistemas económicos que giran en torno a la iniciativa individual como a aquellos cuyo centro de decisión se ubica en el sector público. El citado artículo 128.2 autoriza, pero no obliga, a la intervención del sector público en la economía¹¹. En segundo lugar, otra derivación del principio de compatibilidad es la legitimación al intervencionismo público,

¹¹ Dice de Juan Asenjo: «pertrecha a la iniciativa económica pública con unas alas muy potentes, pero no le exige desplegarlas» (1984, p. 98).

que recupera —frente al anterior principio de subsidiaridad impuesto en la época de la dictadura de Francisco Franco— la autonomía y libertad que corresponde a todo sujeto con iniciativa económica. Desaparece la subordinación de la iniciativa pública a la privada, y la única que subsiste es la subordinación al interés general que es aplicable tanto a la riqueza pública como a la privada por mandato del artículo 128.1.

De Juan insiste al señalar que el artículo 128.2 opera como un título de habilitación genérica y que no es necesaria una ley que desarrolle ese precepto, pues contiene un principio institucional de aplicación inmediata. Dice a este respecto:

[...] en virtud del principio de compatibilidad los poderes públicos están legitimados a intervenir en el sector y lugar que les parezca más oportuno, así como a elegir el momento de la intervención y de la retirada. No existen fronteras espaciales o temporales a la actividad económica del sector público. Tales decisiones se dejan a voluntad de los órganos públicos competentes, sin supeditación jurídica a los requerimientos del sector privado (de Juan, 1984, p. 99).

En la Constitución española la empresa privada y la empresa pública se encuentran en posición jurídica paritaria y están sometidas a las reglas de la competencia propias de la economía de mercado; por tanto, a la empresa pública le son de aplicación las normas de represión de la competencia desleal y sobre prácticas restrictivas de la competencia, esto es, la actuación de la empresa pública está sometida a los mismos parámetros de conducta que el empresario privado. «La lealtad es pauta general a la que debe acomodar la actividad económica toda clase de empresarios, con independencia de su naturaleza pública o privada» (Rojo, 1983, p. 321). Por ejemplo, el abuso de posición de dominio en el mercado por la empresa pública ha constituido un fenómeno de reiterado acaecimiento y ello deteriora el sistema de economía social de mercado, pues los competidores reciben un trato desigual.

9.

Desde el punto de vista constitucional, puede entonces afirmarse que España ha evolucionado de la consagración del principio de subsidiaridad en la legislación de inspiración fascista en la época de Franco a otra que consagra el principio de compatibilidad. En otras palabras, en España tanto un gobierno liberal como uno socialista están en su derecho de desarrollar su propio programa económico, aunque muy distinto es que puedan hacerlo hoy en la realidad pues, como veremos, la Unión Europea ha impuesto —y no solo en materia económica— el principio de subsidiaridad.

En efecto, el espectacular desarrollo económico alemán después de la Segunda Guerra Mundial constituyó una versión práctica de la síntesis de diversas corrientes doctrinales —católica, calvinista y pensamiento conservador alemán— y su éxito ha sido, en opinión de Herrero de Miñón, determinante para su auge posterior. Este autor añade que principio de subsidiaridad se practica y se incorpora al ordenamiento jurídico europeo por influencia democristiana, alemana y flamenca.

10.

Como ya hemos visto, en la Comunidad Europea la subsidiaridad tiene dos dimensiones: una llamada horizontal, que distingue lo que es competencia de los poderes públicos y lo que depende de la sociedad civil, y otra que puede calificarse de vertical, que distingue los poderes de la Unión de aquellos que los estados conservan. La primera se proyecta en las políticas privatizadoras y desregularizadoras, esto es, en una opción ideológica muy concreta de carácter neoliberal que persigue una drástica reducción del sector público y una determinada orientación de política económica y social, opción en la cual el mayor protagonismo de los sectores sociales —y no del Estado— será su consecuencia, así como también la mayor influencia de un mercado cada vez más global.

En el plano vertical lo que importa son las relaciones entre la Comunidad y sus miembros, pues la primera se convierte —en teoría, pues en la práctica por la dialéctica y el impulso de la burocracia comunitaria opera en ocasiones al revés— en subsidiaria de los estados que la conforman. La subsidiaridad entonces también se proyecta dentro de cada Estado hacia los niveles regional y local.

El Parlamento Europeo ha expresado:

Por principio de subsidiaridad se entiende el proyecto de que únicamente se confíen a las instituciones comunitarias las competencias que sean necesarias para llevar a cabo funciones que no puedan realizarse de manera más satisfactoria por los Estados Miembros considerados separadamente. Según esto, el Estado Miembro debe conservar todas las competencias que es capaz de gestionar más eficazmente por sí mismo y debe transferir a la comunidad los poderes que no está en condiciones de ejercer convenientemente. De conformidad con ello, la Comunidad no interviene sino subsidiariamente en virtud de un principio de exacta adecuación, que dispone que cada nivel no recibirá competencias sino por la razón de que, a causa de su naturaleza y de su dimensión, únicamente se podrán ejercer eficaz y convenientemente en ese nivel (Herrero de Miñón, 2003, p. 290).

La Comunidad Europea deberá actuar entonces dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado de la Unión (artículo G5) y de los objetivos que este le asigna, y en aquellos ámbitos que no sean de su competencia exclusiva deberá intervenir conforme al principio de subsidiaridad en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. La subsidiaridad es, en este caso, un concepto netamente jurídico que integra una norma, y por lo tanto no puede calificársele de mero ‘estado de espíritu’ o ‘deontología individual’.

11.

Ahora bien, en algunos casos la subsidiaridad en su dimensión horizontal contradice radicalmente el principio de compatibilidad entre la iniciativa privada y la pública, tal como está expresado en la Constitución Económica Española. En efecto, como señala Herrero de Miñón, si en virtud del principio de compatibilidad el sector público podía concurrir con el privado sin más razón que la decisión política de hacerlo, al amparo del artículo 128 de la Constitución española, la subsidiaridad comunitaria exige que tal iniciativa solo se tome en defecto o en apoyo de la privada. El resultado es —señala ese autor— el vaciamiento de la Constitución Económica. Por ello concluye en que la subsidiaridad es un principio fermento capaz de trastocar todo el ordenamiento constitucional del Estado español. Agrega: «La subsidiaridad ideada como valladar protector de la competencia de los Estados se ha convertido en la mayor amenaza a dichas competencias, al afectar a la más esencial de todas ellas: la de autoorganización» (Herrero de Miñón, 2003, p. 304); y recuerda que la soberanía es un haz de competencias, sin duda separables y en consecuencia transferibles, pero no renunciables, más aún cuando hay algunas de ellas de las que la Constitución ha hecho reserva expresa, a veces indirecta, a través de las correspondientes garantías constitucionales. Si la soberanía se identifica con la existencia misma del cuerpo político, puede entonces limitar la subsidiaridad, porque el soberano, entendido como unidad existencial del pueblo, no es subsidiario de nadie. Desde esta perspectiva, en España se presenta un conflicto entre el mandato del principio de compatibilidad, eficaz en el plano nacional, y el de subsidiaridad, implantado enérgicamente por las autoridades de la Unión Europea. Es pertinente entonces preguntarse: ¿cuál será el principio que prevalecerá? No tenemos respuesta, alejados como estamos de esa realidad, pero la historia enseña que, sin desaparecer ninguno de los dos, prevalecerá aquel más cercano a la práctica empresarial, y por ahora este parece ser el principio de subsidiaridad.

CAPÍTULO V

EL MARCO CONSTITUCIONAL PERUANO

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Como todos sabemos, la economía tiene una enorme influencia en la vida social, y en tal medida resulta lógico que las constituciones recojan los principios jurídicos más importantes a los que debe someterse la ordenación de esa realidad. Hay que interpretar la Constitución como la norma jurídica suprema que es, más que como declaración política, teniendo presente el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos pertinentes y la realidad social en que ha de aplicarse, para poder así descubrir su espíritu y finalidad. Al hacerlo, no podemos olvidar que la Constitución debe entenderse, principalmente, como un medio para limitar el poder de los gobernantes y asegurar una esfera de derecho y de libertad a los ciudadanos.

Ahora bien, recordemos que la Constitución económica se formaliza usualmente a través de cláusulas generales intencionalmente indeterminadas y, por tanto, necesita de concreción por normas de inferior jerarquía. También hay que recordar que siempre está presente la búsqueda de un punto de equilibrio entre la intervención estatal y la libertad de los ciudadanos, así como que tanto la Carta de 1979 como la de 1993 persiguen la instauración de un Estado social y democrático de derecho, pero que las herramientas escogidas para su edificación difieren grandemente en lo que al régimen económico se refiere.

1.2. El rol del Estado en la economía cambia en forma sustantiva en lo que va de la Constitución de 1979 a la de 1993. Se trata de una variación importante que pone de manifiesto, más allá de declaraciones principistas, una distinta concepción del Estado. En la Constitución de 1979 el Estado estaba encargado de promover el desarrollo económico y social, formular y planificar la política económica pública y concertar con la actividad privada; mientras que en la Constitución vigente se ha optado por un modelo liberal, que si bien continúa manteniendo la cláusula que afirma que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, ahora el Estado ya no formula la política económica o planifica, no se obliga a prestar directamente los servicios públicos y su actuación empresarial se encuentra fuertemente limitada. Con apoyo de los medios de comunicación, los gremios empresariales y la anuencia tácita de la opinión pública, el texto constitucional de 1993 significó una respuesta política a la Constitución de 1979, a la que atribuyó falsamente un rol obstruccionista a las medidas de modernización que requería el país en función del modelo de economía de libre mercado. Esta respuesta se vio favorecida por los pésimos resultados económicos de la primera gestión de Alan García entre 1985 y 1990. Como veremos más adelante, con la Constitución vigente se ha buscado privatizar la vida económica y se ha instaurado abiertamente el principio de subsidiaridad. Antes, creemos pertinente detenernos en las cláusulas económicas de la Constitución de 1979, y apreciar cómo fueron interpretadas o entendidas.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 O EL TARDÍO ESTADO DEL BIENESTAR

2.1. La Constitución de 1979 reconoció como derechos de la persona la libertad de trabajo, la propiedad privada, la libertad de contratación y la libre iniciativa, pero a ello se sumó la aceptación de una amplia libertad empresarial estatal, que incluía brindar servicios públicos sin necesidad de habilitación legal expresa. Reconoció también la libertad

de empresa, pero señaló que su ejercicio no podía ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública. Por primera vez admitió la necesidad de prohibir los acaparamientos, prácticas o acuerdos que restringieran la competencia, asumiendo el Estado la obligación de asegurar la normal actividad del mercado. En términos generales, su contenido puso de manifiesto un mayor optimismo en las fuerzas del Estado que en las del mercado, un reconocimiento reticente del poder creador de la libre iniciativa privada y desconfianza en sus posibilidades de alcanzar logros importantes para las mayorías empobrecidas. La competencia económica estuvo muy limitada por la inmensa influencia que ejercían las empresas públicas y no facilitó el desarrollo de mercados orientados al bienestar de los consumidores. Tuvo una posición contraria a la de un Estado abstencionista o exclusivamente regulador en el ámbito económico, pues consideró que se encontraba obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad fueran reales, tangibles y llegaran a todos los ciudadanos, en una tarea permanente a pesar de su inalcanzable —aunque deseada— concreción (Kresalja, 2004, p. 517).

2.2. Las disposiciones económicas y sociales de la Constitución de 1979 deben apreciarse a la luz de los principios y programas que configuran el Estado social y democrático de derecho que se comprometía a construir (artículo 4), lo que significaba en la práctica un Estado del bienestar tardío y declarativo, pues no contaba con los recursos económicos indispensables para concretarlo. Esa Constitución se pone en vigencia cuando aún formaban parte del sector público numerosas e importantes empresas, cuya privatización se planteó débilmente en términos políticos. Si bien admitió que la iniciativa privada es libre (artículo 115), solo prohibió los monopolios privados (artículo 133). El Estado podía ejercer actividad empresarial (artículo 113), intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario (artículo 132), controlar la inversión extranjera (artículo 137)

y reservarse sectores económicos mediante ley (artículo 114). Como he señalado en ocasión anterior, en ningún texto constitucional republicano el Estado había tenido tantas y tan expresas potestades en materia económica (Kresalja, 2001b, p. 290).

En la vida real, las graves ineficiencias de las numerosas empresas públicas, que generaban alrededor del 20% del PBI, comprometieron el desarrollo de la economía y contribuyeron a una severísima crisis política y económica. En ese contexto, primaron las decisiones de la burocracia estatal sobre las recomendaciones de técnicos calificados y las preferencias de los consumidores, preeminencia sustentada en la concepción política de que es el Estado quien está mejor dotado para decidir qué es lo más conveniente para el beneficio colectivo. La competencia económica se vio gravemente distorsionada y surgió una multitud de controles financieros y monetarios, también en el ámbito de los precios, dando como resultado un empobrecimiento general que se hizo muy visible en las capas menos favorecidas.

2.3. Detengámonos en dos de sus puntos más controvertidos. El primero, correspondiente a la planificación, que en la Asamblea Constituyente de 1978 fue materia de amplio debate. El artículo 111 estableció que «el Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del sector público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio». Es evidente que un sistema autoritario de planificación se constituye casi naturalmente en un límite a la actividad privada y al desarrollo de la competencia económica. Pero, por otro lado, un plan general indicativo y actualizado puede convertirse en un instrumento importante para la materialización de una política económica a largo plazo, pues supone la explicitación de una serie de objetivos, diferenciados en el tiempo, que afectan la economía como un todo, para lo que se prevé una serie de acciones racionalmente concatenadas (Martín Mateo, 1999, p. 93).

La idea de que la planificación es necesaria se asienta en la creencia de que el mercado ha fracasado para lograr el crecimiento económico con pleno empleo; ello fue, como es natural, fuertemente combatido en el Congreso Constituyente Democrático - CCD que dio origen a la Constitución vigente, triunfando la idea de que en una economía de mercado no puede haber planificación de carácter imperativo, aunque solo sea para obligar a las entidades del sector público. Por esta razón, la planificación desapareció del nivel constitucional y se desactivó al Instituto Nacional de Planificación. Actualmente la oposición no es tan extrema y se acepta que es conveniente un ente público, en el que puede haber participación privada, que analice y proponga un plan de desarrollo estratégico. Así, se ha creado el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico - CEPLAN por D. Leg. 1088, que si bien no alcanza un nivel constitucional, tiene como tareas principales coordinar y viabilizar el proceso de planeamiento estratégico para promover y orientar el desarrollo armónico y sostenido del país. En nuestra opinión, un plan de carácter indicativo y programas sectoriales bien estructurados no debe considerarse *per se* como contrario a la libertad de empresa y a la competencia económica.

Un segundo aspecto muy debatido fue el que corresponde a las reservas, y ello es así porque para definir el modelo de sociedad de cualquier país es pertinente conocer la fuerza y amplitud del sector público y de su actividad empresarial. La Constitución de 1979, en su artículo 114, permitía la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicio por causa de interés social o seguridad nacional, esto es, el Estado podía decidir intervenir directamente en determinada actividad económica, mediante una empresa pública u otorgando concesiones o autorizaciones a empresas privadas para su gestión. Se trata de una técnica de intervención pública en la economía que equivale a la prohibición del derecho de iniciativa privada en determinado sector. Al establecerse una reserva, puede ello llevar a un proceso de expropiación o simplemente a la exclusión de la actividad privada.

Como se ha dicho, se requiere definir con precisión interés social o seguridad nacional, destacando la esencialidad de estos conceptos en relación con la actividad reservada. Esto es prácticamente imposible de hacer de antemano, pues el contenido de la definición puede estar influido por circunstancias muy diversas, a lo que se suma entre nosotros la fuerza desbordante del Poder Ejecutivo. Fue esto lo que dio lugar a una desconfianza significativa en los miembros del CCD de 1992, por lo que no se consignó en el texto actual ninguna referencia a este tema. A ello se sumó el fracaso estrepitoso de la gran mayoría de empresas públicas, que actuaban monopolícamente al final de la década de 1980. En síntesis, así como hay límites intrínsecos para el ejercicio de la libertad de empresa, que son los que sanciona el derecho de la competencia en sus versiones de legislación *antitrust* y de competencia desleal, las reservas constituyen un límite externo de nivel constitucional que no fue aceptado por los constituyentes del CCD.

2.4. Para poder conectar al principio de subsidiaridad con las disposiciones de la Constitución económica, veamos las opiniones, difundidas en una mesa redonda en 1980¹², de quienes fueron dos de los principales artífices de la Constitución de 1979: Ernesto Alayza Grundy, del Partido Popular Cristiano, de centro derecha, y Luis Rodríguez Vildósola, del Partido Aprista, partidos que juntos hicieron mayoría frente a una izquierda radical marxista. Alayza recuerda que las campañas electorales de las mayorías presentes en la Asamblea Constituyente habían proclamado los principios de la economía sobre la base de la propiedad privada de los medios de producción y del aprovechamiento de los recursos naturales por empresarios públicos o privados, reservándolos solo en ciertos casos. También explica que habían estado en contra de una economía con organización central y planificación total,

¹² Séptima mesa redonda sobre «Fundamentos y alcances del Título III - Régimen económico de la Constitución de 1979», efectuada el 7 de marzo de 1980. Revista del Instituto Peruano de Derecho y Técnica Bancaria, 1980, pp. 107 y ss.

y que el ordenamiento político democrático y la renovación de poderes significan que en el orden económico prima la decisión personal del empresario, del consumidor y del inversionista, así como el encuentro de esas decisiones personales en el mercado. Defiende la garantía del pluralismo por el Estado y la coexistencia democrática de todos los sectores económicos en pie de igualdad, por lo que reitera que ni el sector de la economía privada ni el de la economía de empresa pública tienen una posición de hegemonía o privilegio frente a los demás.

Alayza reconoce tres grandes principios en la Constitución de 1979: el de la iniciativa libre dentro de una economía social de mercado, la dirección general del Estado y la estabilidad monetaria. Hace una defensa del significado de economía social de mercado y advierte que la intervención del Estado debe ser necesariamente conforme a la naturaleza del mercado, esto es, vigilar las reglas del juego limpio y los mecanismos de precios, pues actúa como gerente del bien común. Afirmar que el Estado tiene tres funciones principales: (i) la dirección general consignada en el artículo 111; (ii) la función promotora en los artículos 115 y 116, y (iii) la función empresarial en el artículo 113. Esto significa que el Estado no es un espectador del juego del mercado: es el encargado de señalar los objetivos, mientras que el mercado es el elemento que permite regular el encaminamiento hacia esos objetivos. Para todo ello existen planes de desarrollo y una planificación concertada, lo que no pertenece al ámbito del sector privado, pues entonces, dejaría de serlo. Alayza admite la posibilidad de casos especiales de monopolios públicos y niega la oposición entre los intereses del sector público y del sector privado. Considera que la promoción económica y social del Estado debe cumplirse principalmente a través de las formas consagradas en el artículo 113, como la de prestar servicios públicos y que la actividad empresarial del Estado se realice siempre que sea para los fines propios del Estado, pero sin carácter monopólico. Finalmente, considera que el Estado debe tener una actitud de vigilancia y corrección del mercado.

Por su parte, Rodríguez Vildósola pone de relieve los conceptos de justicia social y de trabajo como fuente principal de la riqueza, así como en la promoción que debe hacer el Estado del desarrollo económico y social. Defiende la planificación y la concertación con los sectores no estatales de la economía, y que participen en esa labor representantes del Estado, del capital y del trabajo, pero admite que no puede ser una planificación impositiva. Defiende también el pluralismo económico que el Estado debe garantizar. Reconoce que la experiencia reciente de las empresas públicas ha sido negativa, pero que ello se ha debido no a su carácter público sino al hecho de haber estado mal administradas, politizadas y burocratizadas. Considera que algunas actividades económicas no deben estar en manos privadas, aunque acepta que los economistas no se ponen de acuerdo sobre cuáles son o deben ser los sectores básicos y las empresas públicas que deban estar en manos del Estado.

Podemos afirmar que tanto Alayza, que promovió abiertamente el principio de subsidiaridad, como Rodríguez, defendieron la ideología de sus respectivos partidos y que los puntos de vista de ambos se vieron presentes en el texto constitucional, lo que originó en la práctica un contrapeso esterilizador.

2.5. En cuanto a la doctrina y a los comentaristas del régimen económico de la Constitución de 1979, puede afirmarse que en algunos casos primó una visión ideológica y en otros un examen más equilibrado del articulado y de la realidad económica y el momento político en que fue aprobada.

Un análisis sereno e integral se encuentra en los textos de Domingo García Belaunde, César Ochoa y Fernando Sánchez Albavera. El primero, aún antes de que se aprobara el texto final de la Constitución de 1979, advierte que la Constitución tiene un claro matiz político, en el sentido de juridizar las relaciones de poder existentes en la sociedad,

y que es preciso el reconocimiento de esta circunstancia para entender el texto constitucional. Consideró al proyecto como reglamentista, con el propósito de incluir todo lo existente en la legislación vigente en esa época, dando un súper poder al Banco Central de Reserva, cultivando un excesivo pluralismo, momificando una realidad que posteriormente podía modificarse, juicios precursores que después otros comentaristas también asumirían (García Belaunde, 1989, pp. 115 y ss.). El estudio más ambicioso de García Belaunde sobre esta materia es su ensayo *La Constitución económica peruana*, publicado en 1986 y al que nos referiremos a continuación (García Belaunde, 1993, pp. 53 y ss.).

Después de hacer una reseña sobre el significado del concepto Constitución económica y de la aparición de la problemática económica en el constitucionalismo contemporáneo, García Belaunde trata de la Constitución económica formal y material. Y esto es de gran importancia, pues consideramos que, para entender a cabalidad las normas económicas de la Constitución de 1979, es preciso referirse a cuál era la realidad económica del país a fines de la década de 1970, lo que hace extensamente este autor poniendo de relieve su carácter subdesarrollado y dependiente, y señalando que los aspectos sociales, económicos y políticos del Perú habían cambiado radicalmente después del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas iniciado en 1968, y que de ser un país principalmente con medios de producción en manos privadas había pasado a ser una economía mixta con visos de estatismo. Así, García Belaunde señala que:

[...] cuando la Asamblea Constituyente se reúne, se encuentra con una determinada situación; es decir, un Estado que domina gran parte del movimiento económico, una política distribucionista que no ha logrado sus objetivos; un sector privado amenazado, un sector público en dificultades, un país lleno de carencias y en plena crisis. Los debates girarán precisamente en torno a esta situación, y a la manera de superarla (García Belaunde, 1993, p. 72).

La comisión especial de la Asamblea Constituyente encargada de estudiar el régimen económico y financiero buscó armonizar, dice García Belaunde, el régimen económico con el régimen político y la libertad económica con la libertad política estableciendo cuatro instituciones principales: el pluralismo económico, la planificación democrática, la iniciativa libre dentro de una economía social de mercado y un enérgico papel promotor del Estado. El autor que venimos citando recuerda las críticas al proyecto provenientes de los partidos de izquierda marxista, que hacían a ambas posiciones irreconciliables. En cuanto a la Constitución económica formal, García Belaunde trata como temas principales el pluralismo económico, la economía social de mercado, la propiedad privada con limitaciones, la intervención estatal que consagra la existencia del Estado como empresario y como interventor de la vida económica en determinados sectores, la planificación y el rechazo moderado al monopolio y al oligopolio, y el papel rector del Banco Central de Reserva, entre otros puntos, poniendo de relieve que nada se dice sobre el monopolio público y, en consecuencia, que se le admite.

En conclusión, García Belaunde insiste acertadamente en que, para poder precisar el verdadero alcance de la Constitución económica de 1979, conviene repasar lo que era el país al momento de darse la Carta Fundamental, pues se había pasado de un Estado que propiciaba el principio de subsidiaridad en la economía y su no intervención en el mercado —salvo en casos aislados y muy notorios—, a una agresiva política nacionalista y a la creación de un fuerte complejo empresarial en manos del Estado. Frente a ello, los constituyentes optaron por reconocer que esa situación no podía rechazarse y que había más bien que reforzar al sector privado, que había sufrido maltratos durante el período 1968-1975, por lo que si bien la Carta no es decididamente socialista —pues permite la propiedad privada de los medios de producción—, tampoco se inspira en los viejos criterios liberales. García Belaunde cree que la Asamblea Constituyente que dio lugar a la Constitución de 1979 no pudo hacer otra cosa en materia económica que lo que efectivamente hizo.

Y nos parece destacable que García Belaunde reconozca que, si bien la voluntad del legislador es importante para encontrar el sentido de la norma, no es el único elemento a tener en cuenta, pues ella logra independizarse de sus autores y adquirir vida propia, más aún cuando en dicha Asamblea las fuerzas políticas tuvieron continuamente que transar y lograr consenso en los grandes temas, pero que hay numeroso articulado que matiza, limita y en cierto sentido recorta, actual o potencialmente, tales enunciados (García Belaunde, 1993, p. 96).

César Ochoa, en su artículo «Economía y Constitución: la influencia del pensamiento neoliberal en el modelo de la Constitución peruana de 1979» (1987, pp. 613 y ss.)¹³, trata del Estado subsidiario o no intervencionista. Considera que sectores políticos conservadores buscaron interpretar el texto constitucional dándole cabida, entre otras razones, para privatizar empresas públicas con el argumento de que el Estado está 'sobredimensionado'. Ochoa considera que es preciso refutar esa interpretación basándose, en primer término, en el artículo 112, en virtud del cual el Estado garantiza el pluralismo económico, pues está implícita la igualdad jurídica entre los competidores, sean públicos o privados. También refuta Ochoa la idea de un Estado subsidiario, pues el artículo 114 permite al Estado reservar actividades productivas o de servicio y, con ello, «queda relegado al mundo de antigüedad el principio de subsidiaridad» (Ochoa, 1987, p. 633). Ochoa opina, haciendo una interpretación del preámbulo, que el reconocimiento que realiza la Constitución como 'Estado social y democrático de derecho' va en el sentido de desconocer el pensamiento neoliberal, que es incompatible con cualquier intervencionismo económico, lo que obliga al legislador y al intérprete a dar al ordenamiento económico una orientación socializante, pero se sorprende de que no se haya incorporado en el texto el derecho del Estado a la nacionalización.

¹³ Este autor ha ratificado su punto de vista en otro artículo: «El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado» (1990).

Ochoa considera que el artículo 133 solo prohíbe los monopolios privados, puesto que los públicos están reconocidos en los artículos 114, 127 y 152. En síntesis, afirma que la actividad empresarial del Estado no es consecuencia de un deber de subsidiaridad, sino producto del reconocimiento de la igualdad jurídica de la iniciativa pública en la actividad económica (Ochoa, 1986, p. 671). Asimismo, que la expresión ‘economía social de mercado’ no debe leerse en sentido restrictivo o neoliberal, sino en el sentido de economía de mercado socializada, que mediante instrumentos ‘extra mercado’ como la planificación y el concepto de interés social, permitan una acción reguladora que oriente al mercado a cumplir fines que no puede conseguir por sí mismo pero que lo dotarán de un horizonte social (p. 673).

Fernando Sánchez Albavera (1989, pp. 75 y ss.) considera que el régimen económico de la Constitución de 1979 debe definirse como ‘economía mixta de planificación concertada’ en el marco de la ideología y praxis de una economía social de mercado, concepto que si bien no está expresamente definido en el texto, se diferencia tanto de una economía liberal o privatista como de una economía estatista o de planificación centralizada. Señala que, si bien la Constitución no precisa la magnitud que alcanzaría la participación del Estado dentro de una economía nacional, debe este promover la racional utilización de los recursos y la distribución equitativa del ingreso, conceptos que exceden los principios de una economía liberal, más aún cuando el Estado debe regular el uso de los factores productivos y fijar criterios para que estos sean utilizados en función del interés social. Así, pues, afirma este autor que el interés individual no es, como en el liberalismo, el único motor del proceso económico y que corresponde al Estado la reglamentación de la iniciativa privada para hacerla compatible con el interés social. En síntesis, un tipo de intervención que haga compatible el funcionamiento del mercado con intereses de carácter superior. Ello se reafirma en el mandato de que la libertad de empresa no sea contraria al interés social, la salud, etcétera, estableciendo por ley sus requisitos,

garantías y obligaciones, y sobre todo sus límites, y porque además pueden establecerse por ley restricciones y prohibiciones en la adquisición y transferencia de diversos tipos de bienes.

Sánchez Albavera enuncia los criterios discriminatorios que la Constitución contempla para promover o desalentar ciertas actividades económicas, así como los derechos de estabilidad laboral y participación de los trabajadores en la gestión y en las utilidades de las empresas, que son ajenos al liberalismo clásico. Critica que no se hayan señalado los mecanismos que garantizarían la concertación de los intereses públicos y no públicos en materia de planificación, y reconoce que el Estado puede ejercer actividad empresarial con un amplio margen de manobra. Por otro lado, la Constitución permite la existencia de monopolios públicos en muchas actividades, salvo en lo relativo a los medios de comunicación social, pero el régimen económico es ajeno también a toda opción estatista, al promover normas que regulen la competencia económica.

Es de interés apuntar que Sánchez Albavera reconoce que al momento de escribir su análisis ya había resurgido en el Perú un pensamiento conservador que buscaba reducir la actividad empresarial del Estado, entre otras razones, por el sistemático deterioro de las finanzas públicas y por el crecimiento del aparato burocrático. Hace un recuento de las numerosas actividades económicas que siguen en manos del Estado y de sus importantísimas empresas, que superan las doscientas y participan del 30% del PBI, 55% de las exportaciones, 25% de las importaciones, y ocupan a más de 160 000 trabajadores, pero también generan inmensas pérdidas.

Sánchez Albavera concluye en el sentido de que los resultados de la primera década de vigencia de la Constitución ponen de manifiesto que aquella está en crisis y que se requiere un nuevo acuerdo social para alcanzar objetivos como los señalados en su preámbulo. Opina que hay una amplia batería de indicadores que justifican ese diagnóstico, tales como el bajo producto per cápita, el inestable crecimiento económico,

el creciente clima de violencia y la circunstancia de que existan grupos de poder económico que se benefician configurando un esquema de acumulación privada subsidiado por el Estado, esto es, de carácter mercantilista, que bloquea el sentido redistributivo que debería tener el gasto público, dando lugar a una importante concentración de la riqueza.

2.6. Veremos ahora visiones parciales e ideologizadas. Una visión conservadora y superficial está representada por Enrique Chirinos Soto (1979, pp. 121 y ss.), quien advierte que el Título III «Del Régimen Económico» ha recibido violentos ataques de la extrema izquierda política. Chirinos acepta que el Estado promueva el desarrollo económico y social (artículo 110), la planificación indicativa (artículo 111), el pluralismo económico y la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, que según este autor corresponde al pluralismo político declarado en el artículo 68 (artículo 112); acepta también al trabajo como fuente principal de la riqueza, pero cuestiona la actividad empresarial del Estado por considerarla ineficaz y por generar déficit fiscal (artículo 113); no condena la reserva que puede hacer el Estado para actividades productivas o de servicios o en favor de los peruanos (artículo 114); alaba el reconocimiento de la iniciativa privada como libre, así como la declaración a favor de una economía social de mercado, admitiendo que el Estado interviene para hacer efectiva la competencia y el propio sistema económico, pues ello es lo mejor para el consumidor (artículo 115), y alaba que se haya puesto punto final a la actividad monopólica del Estado en lo que a comercio exterior se refiere (artículo 117). Más adelante, critica que la ley pueda, por razón de interés nacional —concepto, dice, difuso y sujeto a la más variada interpretación— establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación (artículo 127). No hace mayor comentario al reconocimiento a la libertad de comercio

e industria (artículo 131) ni a la intervención del Estado en situaciones de grave crisis o de emergencia con medidas transitorias (artículo 132), y alaba la prohibición de monopolios, acaparamientos y acuerdos restrictivos, porque ello asegura la libre competencia y refuerza el concepto de economía social de mercado (artículo 133).

En posición opuesta a Chirinos se encuentran Alberto Ruiz-Eldredge, Marcial Rubio y Enrique Bernal. El primero hace una crítica frontal al régimen económico de la Constitución de 1979 y cree necesario cancelar el sistema económico capitalista —que, en su opinión, la Constitución sigue expresando—, porque es el vehículo a través del cual se ha ejercido la dominación extranjera y ha hecho que el pueblo peruano se mantenga en la miseria. Si bien alaba las diversas referencias que hace la Constitución a la dignidad creadora del trabajo (artículo 42) (Ruiz-Eldredge, 1980, p. 77), cree que el Título III es la peor expresión de la Carta Fundamental porque persigue volver al liberalismo económico y destruir las reformas efectuadas en la primera etapa del Gobierno Militar de Juan Velasco (1968-1975). Aprueba el artículo 110 porque busca la justicia social y promueve dentro de ella el desarrollo económico, pero critica por tímida la disposición sobre planificación del artículo 111 y agrega que resulta antijurídico que no sea obligatoria para cualquier sector. Critica las ideas dominantes de los artículos 112 a 117 porque promueven el individualismo egoísta que sostiene el mercado libre, la iniciativa privada, el comercio exterior libre, la resistencia a la planificación y el menoscabo de las potestades del Estado; considera insuficiente el artículo 114 que permite al Estado reservarse actividades productivas o de servicios, así como la eliminación expresa del derecho a la nacionalización. No lo hace con el sistema de economía social de mercado del artículo 115, pero lo considera inviable en el Perú, y, finalmente, cree que los principios del régimen económico, en lugar de impulsar el necesario ascenso de las mayorías marginadas, aseguran más bien la base económica de la plutocracia y, por tanto, de su poder (Ruiz-Eldredge, 1980, p. 187).

Marcial Rubio C. y Enrique Bernaldes B. también son duros críticos del régimen económico de 1979 en su libro *Perú: Constitución y sociedad política* (Rubio & Bernaldes, 1981), en el que hacen un detallado análisis de los artículos correspondientes. Estos autores realizan un enfoque que hasta ese momento no se había hecho en el Perú sobre el régimen económico y consideran que los elementos básicos de la organización de la vida económica deben responder a las interrogantes de quiénes pueden ser los dueños de los bienes productivos, cuáles son las normas que regirán el funcionamiento del mercado de trabajo, cómo se regulará el mercado de los productos y cuál será la participación del Estado en la vida económica. Consideran que el régimen económico constitucional tiene componentes de diverso tipo, contradictorios, y que ello no debe extrañar porque no tienen solo una finalidad normativa sino también una función ideológica, considerando que el modelo consta de tres elementos fundamentales, a saber: la libertad de industria y comercio, la economía social de mercado y el pluralismo empresarial.

Rubio y Bernaldes no creen posible el funcionamiento real de la economía de mercado, así como tampoco que los consumidores puedan elegir los productos que más les convienen, por la presencia de poderes monopólicos y transnacionales. Afirman que nuestro destino con un sistema de economía social de mercado consiste en ser cada vez más pobres y que ello es la esencia de la lógica monopólica. Consideran que el aspecto 'social' de la economía de mercado no puede ser implementado en el Perú, pues es un sistema que beneficia centralmente al capital extranjero, que impide el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo en función de nuestros recursos y posibilidades. De otro lado, critican el pluralismo empresarial a que se refiere el artículo 112 de la Constitución al considerar que ello es imposible, que se trata de una declaración solamente de tipo formal y de carácter liberal, y que serán las empresas capitalistas, y no las cooperativas o empresas estatales, las que dominarán el mercado. Critican también duramente

el artículo 114, sobre reservas, y el artículo 117, que rompe el monopolio estatal en la comercialización exterior. En cuanto a la libertad de empresa, opinan que es una institución superada en el Perú real y más bien un argumento constitucional de último recurso para mantener el poder de los sectores dominantes y amparar jurídicamente sus intereses económicos frente a la ineludible necesidad de intervención estatal, considerando que constituye un contenido de carácter regresivo y anacrónico (Rubio & Bernales, 1981, p. 458).

Rubio y Bernales critican también ácidamente al artículo 111 sobre planificación, indicando que la relación con el sector privado es más una negociación que una planificación y que serán los intereses de las empresas los que primen, perjudicando al Estado y beneficiando a los empresarios, considerando que tal como está redactado el artículo 111 no enerva los principios de la economía de mercado sino más bien los refuerza. En el mismo sentido se refieren al artículo 113 sobre monopolios y acaparamiento y critican la eliminación de la parte final del artículo 16 de la Constitución de 1933, que permitía al Estado establecer monopolios, señalando que ello forma parte de una corriente destinada a desmontar la actividad empresarial del Estado. En cuanto a la supervisión de la inversión extranjera y transferencia de tecnologías a que se refiere el artículo 137, consideran que, si bien podría entrar en contradicción con la economía de mercado y la libertad empresarial, puede terminar siendo una 'simple declaración'. Más adelante estos autores hacen una crítica frontal al concepto de propiedad, al que consideran obsoleto y vinculado con una concepción civilista que desconoce la transformación del derecho de propiedad sobre los bienes productivos propios de la gran empresa contemporánea.

A pesar de reconocer que podrían haber «todas las restricciones imaginables», tal como ha señalado Enrique Chirinos Soto para el artículo 127, que dispone que se pueden establecer por ley restricciones y prohibiciones para la adquisición, transferencia, etcétera, de bienes, consideran que ello podría quedar también en una mera declaración.

Afirman que la disposición del artículo 137 sobre control de la inversión extranjera es peligrosa por ambigua. Igual afirmación hacen para el artículo 113 sobre la actividad empresarial del Estado, pues creen que las disposiciones constitucionales han creado obstáculos al desarrollo y eficiencia de las empresas públicas, buscando que desaparezcan de todas las actividades productivas. Critican la ausencia de mención a la nacionalización de empresas, pero tienen una opinión favorable sobre el contenido del artículo 132 acerca de la intervención del Estado en la actividad económica con medidas transitorias en situaciones de grave crisis, aunque consideran que todo dependerá finalmente de la orientación ideológica y programática del gobierno de turno. Finalmente, son escépticos sobre la aplicación real de los artículos 110 y 130, que estipulan que el régimen económico se fundamenta en principios de justicia social, que el Estado promueve el desarrollo económico y social y defiende el interés de los consumidores, y que el Estado puede exigir a las empresas que contribuyan al bien común.

2.7. Sobre aspectos parciales del régimen económico, es preciso referirnos brevemente a los temas de la propiedad, la empresa y el trabajo. Jorge Avendaño (1980, pp. 133 y ss.) señala que los artículos 124 a 129 de la Constitución de 1979 entienden a la propiedad en términos civiles y tradicionales y que no efectúan innovación alguna sobre el texto constitucional anterior. Critica que se haya limitado el interés social de la propiedad solo para los efectos del uso, pero no así del disfrute ni la disposición, y que carece de sanción el no usarla en armonía de ese interés social; hace ver la contradicción entre el derecho a asociarse con fines lícitos y la planificación. Considera que la facultad del Estado para reservarse actividades productivas y de servicios está vinculada con el interés general o con la seguridad nacional y no con razones económicas directas; que el monopolio estatal solo está prohibido en los medios de comunicación social, y, finalmente, se pregunta si el sector privado podrá desenvolverse en términos usuales y clásicos al existir

mecanismos de acceso al capital social por parte de los trabajadores mediante las llamadas ‘acciones laborales’, además del derecho a participar en la gestión y utilidades. Considera que en estas materias existe ambigüedad en el texto constitucional.

Por su parte, Mario Pasco (1980, pp. 67 y ss.) opina que la declaración ideológica fundamental de la Constitución de 1979 se encuentra en la primera parte de su artículo 42, que señala: «El Estado reconoce el trabajo como fuente principal de riqueza», lo que significa que recusa la posibilidad de considerar al trabajo como fuente única de la riqueza, aunque la reconoce como la más importante y prioritaria, y que ello da lugar a que en todas las demás normas constitucionales el trabajo tenga la protección que las leyes de menor jerarquía van a plasmar de modo concreto. A ello se agrega lo que hemos ya señalado sobre la participación de los trabajadores en la gestión y utilidades, aplicable a todo tipo de empresas y a la propiedad cuando su naturaleza jurídica así lo permita.

2.8. En resumen, advertimos que una parte importante de los comentaristas considera, acertadamente en nuestra opinión, que el régimen económico de la Constitución de 1979 otorga al Estado amplias facultades para intervenir en la vida económica, sea como formulador de la política económica y social mediante la planificación y la creación y funcionamiento de empresas públicas, reservándose actividades con carácter eventualmente monopólico, y también sancionando prácticas anticompetitivas. Repito aquí lo dicho en el sentido de que nunca antes el Estado peruano tuvo tan amplias facultades como en el texto de 1979 para intervenir en la vida económica. Es cierto que no eliminó el derecho a la iniciativa económica, que no impuso una planificación centralizada y que no incluyó específicamente el derecho a nacionalizar empresas, pero ello no enerva que fueron muchas sus facultades de intervención.

También es de la mayor importancia recordar el contexto político y económico que existía en el momento de la discusión en la Asamblea Constituyente y, más importante aún, la realidad económica empresarial, dominada por grandes empresas estatales en su mayoría deficitarias y poco competitivas. Creemos que el principio de subsidiaridad estuvo no solo no reconocido en el texto, sino además desvirtuado en la práctica por la Constitución económica material. Resultan, en nuestra opinión, poco consistentes las severas críticas al texto provenientes de los sectores de izquierda radical, ya que el Estado, repetimos, tenía amplias facultades para intervenir en la vida económica. Tenemos más bien la impresión de que ninguna de las fuerzas políticas comprendió la complejidad del régimen económico constitucionalizado y que la práctica política y económica de los gobiernos que por ella se rigieron —dada la crisis nacional generalizada en lo económico y en lo político, a lo que se sumó el ambiente internacional— fueron motivos explicables, aunque no justificados, para la renovación que se produciría, en lo que al régimen económico se refiere, en la Constitución de 1993. La Constitución de 1979 tenía más confianza en el Estado que en la iniciativa privada en el mercado. Las circunstancias del momento y la falta de información sobre lo que sucedía en el mundo, esto es, el triunfo de las ideas neoliberales, hizo que diseñaran un Estado del bienestar tardío que era ya en ese momento de imposible realización.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 O EL PRETENCIOSO ESTADO SUBSIDIARIO

3.1. La Constitución de 1993 ha optado, como hemos dicho, por un modelo liberal, y como corresponde a este, guarda silencio sobre muchas de las funciones que antes correspondía realizar al Estado, al que trata de convertir en un mero vigilante de la libre competencia, a la que debe promover combatiendo toda práctica que la limite. Si bien el Estado se obliga a estimular la creación de riqueza (artículo 59), no asume el rol

de promotor del desarrollo ni interviene directamente en la economía, y corresponde a la iniciativa privada ser la principal responsable de la actividad económica. Gran parte de las actividades empresariales del Estado fueron motivo de privatización y pasaron de ser empresas públicas a empresas privadas, en buena proporción de capital extranjero. Y ahora, en virtud de la Constitución de 1993, siguiendo esa lógica, las empresas públicas están sujetas a estrictos requisitos para su creación. Así, pues, el régimen económico vigente entiende que el desarrollo deberá ser el resultado de la rivalidad entre empresarios privados, pues presume que de esa manera se satisfarán las necesidades de los consumidores en los términos más eficientes. La competencia económica adquiere un valor en sí misma como el mecanismo que impulsa el desarrollo y el Estado es responsable de asegurar que ella se manifieste libre y lealmente. Esta es una concepción propia de las economías de mercado de los países capitalistas más avanzados, promovida por sus gobiernos y las entidades internacionales que controlan.

La competencia económica tuvo un primer reconocimiento constitucional en la Carta de 1979 (artículo 133), pero sin duda se perfecciona en el artículo 61 de la de 1993, que señala: «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios». Son también reconocimientos indirectos pero indiscutibles de la libre competencia, el señalamiento de que la libre iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado (artículo 58) y el compromiso del Estado de garantizar la libre empresa y la creación de riqueza (artículo 59). En este sentido, la Constitución vigente entendió mejor que sus antecesoras que la competencia económica es el núcleo esencial de la libertad de empresa. Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente, en varias sentencias, que el concepto de libre competencia se encuentra incorporado en nuestra Carta Fundamental.

En cuanto a la libre iniciativa en materia económica como proyección del principio de libertad, está consignada tanto en la Constitución de 1979 como en la de 1993, pero lo que varía son los límites de este derecho y las facultades de intervención del Estado. Este tiene ahora un rol sin duda subsidiario y suplente en materia económica, sin que sea su misión actuar como empresario salvo en casos excepcionales. Para una importante mayoría de estudiosos, la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad de empresa y la competencia económica son los pilares sobre los que se asienta el contenido esencial de la iniciativa privada en el marco de una economía social de mercado, no solo como el sistema ordinario, normal de actividad económica, sino como una vía de manifestación de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad y la libertad de trabajo (Kresalja, 2004, p. 524).

3.2. La Constitución de 1993 incorpora un párrafo que es el núcleo del debate sobre el principio de subsidiaridad y al que nos referiremos continuamente en los puntos siguientes. El artículo 60 dice a la letra:

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Como puede apreciarse, son varios los temas comprendidos en este artículo, tales como el pluralismo económico, que es entendido aquí como la coexistencia de diversas formas legales en que se expresa la propiedad en distintos tipos de empresa; la necesaria autorización por ley específica para que el Estado pueda realizar con carácter subsidiario actividad empresarial, sea directa o indirecta; el motivo en el cual debe fundamentarse la decisión congresal, que es el alto interés público

o la manifiesta conveniencia nacional; y finalmente, que la actividad empresarial, sea de carácter público o no público, deberá recibir el mismo tratamiento legal.

Del artículo 60 se desprende que la intervención empresarial del Estado solo podrá tener carácter excepcional, lo que encuentra fundamento en el modelo acogido por la Constitución, que es el de la economía social de mercado, pues como ya hemos señalado, esta otorga una protección expresa a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a otras libertades económicas fundamentales, teniendo el Estado solo una función de carácter residual. La libre iniciativa privada y la libertad de empresa, amparadas en el inciso 17 del artículo 2 y en el artículo 59 del Texto Constitucional, son el presupuesto del principio de subsidiaridad, lo que ha sido reconocido en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional.

Hay que tener presente que el rol subsidiario del Estado en materia empresarial constituye también un mecanismo de control para que los recursos públicos se destinen a satisfacer necesidades que no pueden ser atendidas por el mercado o lo hagan en forma incompleta. El artículo 60 antes citado, como hemos ya recordado, tuvo su apoyo político en la pésima experiencia de la gestión de las empresas estatales durante los años anteriores a 1990, que provocaron crecientes déficits en el presupuesto nacional. Otra crítica que no está de más recordar es que las empresas estatales, en la práctica, gozan de privilegios superiores a las empresas privadas con las que eventualmente compiten. Ahora bien, conviene precisar que la intervención subsidiaria permite que la ineficiencia en la actividad empresarial del Estado se encuentre excepcionalmente justificada cuando genere beneficios en términos sociales que no pueden ser alcanzados de otra manera.

La actividad empresarial del Estado en el ámbito de la producción y distribución de productos o servicios es posible cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de *imperium* o de prestación asistencial destinada a brindar ayuda a la población de menores recursos.

Estas prestaciones no califican como empresariales y constituyen la expresión del Estado social de derecho que inspira nuestra organización política y que tradicionalmente se vincula con la salud, la educación y la seguridad social. Entonces, cuando el Estado se encuentre en la obligación de brindar servicios bajo el rasgo de continuidad y universalidad, que es lo propio de las prestaciones asistenciales, no es posible aplicar el mandato de subsidiaridad previsto en el ya citado artículo 60 de la Constitución Política, porque el Estado no tiene más opción que prestar ese servicio y porque ello es una obligación de nivel constitucional.

El artículo 60 exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa, y es indudable, en nuestra opinión, que se refiere a una ley aprobada por el Congreso de la República. Ello, adicionalmente, encuentra sustento en el artículo 3 del D. Leg. 1031, que establece que la actuación subsidiaria de las unidades económicas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE se desarrolla «autorizada por ley del Congreso de la República», razón por la cual una empresa pública incumplirá este requisito formal si desempeña sus actividades económicas bajo la habilitación de una disposición de rango reglamentario o de una norma, como un Decreto de Urgencia, que constituye un instrumento distinto al expedido por el Parlamento.

Esto ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 31 de su sentencia del 15 de febrero de 2005, correspondiente al expediente 0034-2004-PI/TC, donde se menciona que «el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta». Obviamente, este requisito reduce la discrecionalidad de los funcionarios hasta hacerla desaparecer y evita arbitrariedades, muy comunes en los gobiernos con políticas populistas.

Por otro lado, el requisito de «alto interés público o manifiesta conveniencia nacional» requiere una evaluación que únicamente puede ser adoptada por el Congreso mediante un debate no solo político sino también técnico, sobre el que las fuerzas políticas ahí representadas

deberán opinar, más aún cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados¹⁴ que solo tienen aplicación en casos excepcionales. Es indudable que para ello deberá tomar en cuenta tanto el impacto que tal decisión tenga en los mercados, como factores relativos al diseño de políticas públicas y estratégicas de mediano y largo plazo, en las cuales el factor internacional debería estar presente, y tal decisión deberá ser siempre específica, pues no será posible extender la autorización a actividades similares por aplicación analógica.

3.3. Aunque han sido —y siguen siendo— muchos los que justifican el autogolpe de Estado de Fujimori del 5 de abril de 1992 como acto indispensable para generar un marco jurídico constitucional que hiciera posible un desarrollo económico sostenido, son pocos los que en el ámbito jurídico así lo han señalado. Uno de ellos fue Alberto Bustamante Belaunde¹⁵, quien calificó a la estructura jurídica constitucional de 1979

¹⁴ En la sentencia del 5 de julio de 2004, correspondiente al expediente 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional reconoció que el concepto de interés público es «aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad», refiriendo a continuación que «es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo».

¹⁵ Bustamante Belaunde (1996, p. 213 y ss.) hace una propuesta de texto constitucional y plantea desde una óptica liberal extrema un texto que no contiene un régimen económico específico sino una declaración de derechos tales como contratar con fines lícitos, trabajar libremente y la libre iniciativa en el ejercicio de la actividad económica, pues considera que las constituciones en el Perú han adolecido de una deformación jurídica que ha significado tener como resultado textos reglamentistas en lugar de formulaciones principistas, lo que es una muestra de «racionalismo constructivista». El texto no contiene normas declarativas, que, según señala, representan aspiraciones muy dignas pero que no corresponden a la función constitucional, que debe solo contener principios elementales de organización del Estado y frenos concretos al ejercicio del poder. Esto se concreta en un proyecto de Constitución y en un documento de jerarquía supraconstitucional que recoge los que considera son los derechos fundamentales de las personas.

como «un Estado voluntarista, intocable —en cuanto a su tamaño— y social, esto es, pretendidamente capaz de llegar a resolver los problemas de todos». Calificó la conducta de Fujimori como una opción pragmática elegida en función de condicionamientos internos y externos sumamente nítidos, y justificó el autogolpe mencionado porque, entre otros motivos, el Congreso constituía un obstáculo para la buena marcha económica.

La opinión anterior, por repetitiva que sea, no responde a un análisis sereno de lo ocurrido. Ha sido Domingo García Belaunde, en su ensayo *La reforma del Estado en el Perú* (1996, pp. 13 y ss.), quien ha efectuado la mejor síntesis del tiempo político y económico que dio lugar a la Constitución de 1993. Después de hacer un breve resumen sobre el rol del Estado que los neoliberales ambicionan en el ámbito económico y social, y de la justificación que hicieron ante la ineficiencia y excesivo gasto que había hecho el denominado Estado del bienestar, García Belaunde recuerda que el rol del Estado en el Perú empezó a ser significativo recién en la década de 1930, y que hasta 1968 se trató de un proceso en virtud del cual fue incrementando su papel mediante la creación del seguro social, los bancos de fomento, el nacimiento de empresas estatales y la creación del Instituto Nacional de Planificación, período al que denomina como ‘asistencialismo atenuado’. Recuerda que en 1968 las cosas cambiaron con el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980), pues persiguió en el plano económico una rectoría del Estado casi absoluta, buscando controlar todo el aparato productivo y financiero y pasando a ser un Estado gestor que hacía todo o casi todo, con un gran costo, aunque no llegó a ahogar al sector privado.

Señala García Belaunde que el tiempo demostró que durante doce años, de 1980 a 1992, ninguna de las fuerzas políticas en el poder cuestionó la Constitución de 1979 en ningún punto de fondo, lo cual, dice, confirma su bondad y el acierto de sus principales lineamientos. Califica a ese capítulo económico como social demócrata, con la virtud

de ser en lo fundamental un texto ambiguo, que permitía lecturas económicas distintas, lo que se confirmó en la práctica, pues hubo una política conservadora con el segundo gobierno de Fernando Belaunde (1980-1985), otra populista desenfrenada con el gobierno de Alan García (1985-1990) y otra neoliberal con la etapa democrática de Alberto Fujimori (1990-1992).

García Belaunde recuerda cómo la desastrosa administración de Alan García facilitó que, por contraste, se empezaran a difundir con éxito en el Perú las ideas liberales, así como la transformación en la conducta de Fujimori frente a estas ideas, atacando la institucionalidad democrática y buscando poderes más amplios. Recuerda también que, antes del autogolpe, el 14 de junio de 1991, quedó sancionada la Ley 25327 mediante la cual el Congreso otorgaba facultades delegadas al Poder Ejecutivo por un plazo de 150 días, para que mediante decretos legislativos trate sobre una variedad de asuntos, pero principalmente los vinculados con la actividad económica, lo que se reflejó en la mayoría de los más de cien decretos legislativos que dictó el gobierno de Fujimori y que en verdad contenían, al amparo de la Constitución de 1979, todo un programa neoliberal.

Dice a este respecto García Belaunde:

La cosa es pues clara: la reforma del Estado, o sea, el replanteo de los límites de la actividad del Estado y en consecuencia la ideología liberal en su aplicación, empieza en agosto de 1990, recién llegado Fujimori al cargo presidencial. Se analiza, negocia y plantea en el primer semestre de 1991, y se concreta normativamente, con pleno respaldo constitucional, en el segundo semestre de 1991... Se cierra así el período 1968-1991, que caracteriza la fase madura de nuestro Estado de bienestar (García Belaunde, 1996, p. 27).

Para salir del entrapamiento internacional generado por el autogolpe del 5 de abril de 1992 se convocó a un «Congreso Constituyente Democrático», con la finalidad de redactar una nueva Constitución,

pues según Fujimori, habiéndose ya cambiado el modelo económico, era preciso cambiar el modelo político-institucional. García Belaunde opina que el oficialismo fujimorista no tenía idea de lo que era una Constitución e ignoraba las corrientes modernas del constitucionalismo: lo único que tenían claro es que había que privatizar el inmenso sector empresarial del Estado y desregularizar el mercado (García Belaunde, 1996, p. 29). Señala que la Constitución de 1993 repite en más del 65% de sus enunciados a la de 1979 y que únicamente el apartado económico es sustancialmente distinto, porque a la ambigüedad de la Carta de 1979 sucede ahora un perfil liberal definido, adoptado no porque sea el mejor sino porque es lo que estaba en la vitrina. Afirma que el signo liberal ha cubierto todo el espectro económico y social del país. Dice: «Toda la vida económica ha quedado libre de toda atadura y de todo compromiso y solo sujeta al mercado» (García Belaunde, 1996, p. 33). Concluye señalando que hemos vivido la política del péndulo, que al Estado gestor y empresarial (1933-1991) ha sido sucedido por el Estado guardián, que solo se preocupa de lo mínimo, o de casi nada, pues si bien es cierto que el artículo 58 de la Constitución de 1993 establece prioridades en la labor que compete al Estado (promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura), estas labores se cumplen mínimamente o con fines electorales.

3.4. El régimen económico de la Constitución de 1993, como puede apreciarse de las intervenciones en el CCD de Víctor Joy Way, quien fuera el principal ponente en esta materia del fujimorismo, están basadas fundamentalmente en un estudio realizado por la empresa de consultoría Apoyo S.A. (Apoyo, 1992), con la colaboración de la Agencia Internacional para el Desarrollo del gobierno de los Estados Unidos, la CONFIEP y la empresa minera de propiedad extranjera Southern Perú Copper Corporation. En ese estudio se afirma que el constitucionalismo social entró en crisis junto con el concepto del Estado de bienestar,

lo que causó diversos problemas tales como cuentas fiscales deficitarias, deudas públicas onerosas, monopolios estatales ineficientes y aparatos burocráticos sobredimensionados, dando lugar a la marginación económica y legal de vastos sectores de la sociedad. Por tales razones se consideraba que era preciso limitar la participación del Estado en la actividad económica, reduciéndola a las áreas en las cuales su presencia fuera estrictamente necesaria y de manera subsidiaria a la actividad privada.

En el mencionado informe se hacía una dura crítica al intervencionismo estatal consignado en la Constitución de 1979, al concepto de planificación y a los numerosos artículos que, invocando el interés social, establecían restricciones que encarecían los costos de transacción para los agentes económicos, con el consiguiente efecto de perturbar una asignación eficiente de recursos y perjudicar a quienes se pretendía proteger. También se criticaba el rol del Estado como agente redistribuidor del ingreso y las diversas promociones y protecciones que se incluían en la Carta, así como la restricción del uso, disfrute y disposición de la propiedad mediante sujeciones al interés social. Por tales motivos, se planteaba la necesidad de reformar las normas constitucionales en el campo económico, estableciendo reglas básicas que permitieran el juego de las fuerzas del mercado que encierra la libre competencia, el fortalecimiento de los derechos de propiedad, la libertad contractual y la sanción del abuso de la posición dominante y de las prácticas restrictivas.

Lo anterior llevó a proponer que se estableciera el principio de la subsidiaridad del Estado en la economía, pues toda intervención de este debía limitarse a los casos en que existiera justificación económica. Igualmente, a redefinir el tratamiento sobre la planificación para enfatizar, en su lugar, los aspectos relacionados con una adecuada política presupuestaria; eliminar la invocación al interés social —o en todo caso sustituirlo por referencias con contenido más claro, como orden público, seguridad nacional, utilidad pública, etcétera—;

suprimir las restricciones a actividades específicas en materia educativa, laboral, actividad agraria, inversión extranjera, etcétera; eliminar las promociones y exoneraciones a actividades específicas; eliminar los artículos de contenido programático; incorporar normas que orienten al rol redistribuidor del Estado, estableciendo prioridades para beneficiar a los sectores más pobres de la población; e incluir normas que garanticen el adecuado funcionamiento del mercado, haciendo explícitas las garantías a los derechos de propiedad, el cumplimiento de obligaciones contractuales, derechos del consumidor, etcétera.

Las intervenciones sobre el régimen económico de la mayoría fujimorista en el CCD, siguiendo las ideas expuestas en el estudio de Apoyo S.A., constituyeron la propuesta de modificación más importante a la Constitución de 1979, que concluyó con la incorporación de las ideas neoliberales en la Constitución vigente.

3.5. Uno de los más caracterizados defensores de la Constitución vigente fue Carlos Torres y Torres Lara (1993, pp. 31 y ss.), quien critica el contenido de la Constitución de 1979 por considerar que representa un momento ya superado y que la revolución tecnológica de las comunicaciones y de la informática ha hecho que cada país no esté en condiciones de regular su propia actividad económica sin determinantes interferencias del exterior. Es decir, para este miembro del fujimorismo el Perú tenía que insertarse en el modelo económico existente, que es el modelo de economía liberal, no porque sea el mejor sino porque era el único posible. Se trata, dice, no de un liberalismo manchesteriano sino social, eliminando todo apoyo a los sectores empresariales —con excepción de la pequeña empresa—, privilegiando la estabilidad contractual absoluta y haciendo mención a un conjunto de disposiciones que dieran protección a los más necesitados. Torres y Torres Lara critica la visión de una Constitución como pliego de reclamos en donde todos le van a pedir todo al Estado, desarrollando así una psicología dependiente, y afirma que un Estado eficiente tiene que

concentrar sus pocos recursos en lo fundamental, pues se han sobredimensionado las posibilidades de su desarrollo. Afirma que el futuro del Perú no está en un Estado dador de favores sino en uno que permita el desarrollo de las empresas.

Dos opiniones favorables, aunque bastante más matizadas y fundamentadas, se encuentran en Walter Gutiérrez (2005, pp. 795-796) y Ramón Huapaya (2002). El primero ha señalado que, cuando el artículo 58 dice que la iniciativa privada es libre, lo que está afirmando es que el mercado pertenece a los particulares y no al Estado; esto es, que no es tarea del Estado la creación de riqueza, pues ello se encuentra reservado a los particulares, y que reconocer la iniciativa privada como un derecho económico es un acto de sensatez y coherencia con lo que en la práctica es el mercado: un sistema autodirigido que puede ser regulado y en el que la iniciativa privada es un prerequisite. Afirma que consagrar constitucionalmente la iniciativa privada es afirmar que las relaciones de mercado se regularán por el derecho privado, especialmente por el derecho de los contratos. La iniciativa privada es, para este autor, la primera de las libertades económicas, una porción de la libertad que hace posible el resto, proyección del respeto de la dignidad de la persona. De ahí que toda actuación directa del Estado en la economía suponga el recorte de la libertad económica de los ciudadanos.

La economía social de mercado persigue tanto un mercado eficiente como una sociedad justa, pero lograr este equilibrio no es fácil y exige, según Gutiérrez, una participación restringida del Estado estableciendo las reglas del juego, aunque tiene la obligación de intervenir cuando se produzca un menoscabo en los intereses sociales legítimos. Es decir, esa participación solo se dará para contribuir a cumplir con el objetivo distributivo en el mercado:

Esta debe ser su medida y límite, no sustituye al mercado, sólo colabora con él. Según las ideas de los padres de la economía social de mercado, en lo esencial el propio mercado eficiente debía asegurar

una distribución aceptable. La competencia tenía la función de ‘socializar’ utilidades excesivas en beneficio de la gran masa de consumidores. Por lo tanto, el mercado era considerado como una fuerza igualadora y no polarizadora (Gutiérrez Camacho, 2005, p. 798).

Gutiérrez afirma que:

[...] un sistema de economía social de mercado marca pautas claras a la actuación del Estado; en primer término renuncia a competir con los particulares en la actividad económica, absteniéndose de la creación y gestión de empresas públicas; igualmente se abstiene, en principio, de participar en la formación de los precios; no obstante, asume la protección de los actores más débiles del mercado (consumidores); por último, se constituye en el garante de la seguridad económica de todos los ciudadanos. Todo lo cual no debe llevarnos a confundir el rol del Estado, este no busca el bienestar de todos los ciudadanos, sino garantiza que todos pueden alcanzar dicho bienestar. No es su función crear riqueza, sino facilitar que los particulares la generen, y que lo hagan a través del mercado. Su rol consiste en tutelar que el mercado funcione, y que cumpla su función de distribución (Gutiérrez Camacho, 2005, p. 799).

Por cierto, dice Gutiérrez, el Estado siempre participa en el mercado de una manera múltiple, a través de regulaciones, impuestos, subsidios, etcétera, pero lo importante es que esa actuación sea coherente y consistente en el tiempo, porque la ausencia de principios rectores perturba el comportamiento de los agentes económicos, dificulta el planeamiento empresarial y hace más onerosas las inversiones. No es suficiente —continúa— el respeto a las libertades económicas, pues la convivencia de estas con grandes desigualdades materiales terminaría por hacer inviable el sistema; en el vértice de la economía social de mercado se hallan el respeto y la protección de la dignidad de la persona,

y no es posible hablar de esta sin un mínimo de bienestar económico que el Estado debe garantizar (Gutiérrez Camacho, 2005).

Gutiérrez considera que el modelo de economía social de mercado excluye necesariamente al Estado de la participación directa en el mercado, reservándole el ya mencionado rol regulador y promotor, pues un Estado empresario no puede aspirar a ser un defensor de la libertad económica y una injustificada participación en la actividad empresarial genera un daño irreparable en la economía. En línea con este pensamiento, la Constitución ha sancionado el principio de subsidiaridad, lo que significa que el Estado solo participa en el mercado como agente económico cuando no existe iniciativa privada capaz de satisfacer la demanda: si el Estado interviniera en tal condición, debe hacerlo con el principio de igualdad de trato, lo que implica que las empresas estatales no deben gozar de ningún privilegio tributario ni de ninguna otra clase (Gutiérrez Camacho, 2005, p. 832).

Más adelante, Gutiérrez se refiere específicamente al principio de subsidiaridad y reitera que es indudable que ha sido acogido en materia económica. Coincidiendo con quienes lo defienden y promueven, señala que ese principio se refiere a dos fenómenos diferentes: uno denominado ‘subsidiaridad institucional’, que significa que no deben centralizarse en el más alto nivel aquellas decisiones que pueden ser adoptadas con igual o mayor eficiencia en un nivel político y administrativo inferior, y otro que se refiere a las relaciones entre el individuo y el Estado. Señala:

[...] en este orden, el principio contempla, no una cuestión organizativa sino sustancial: cuál ha de ser el grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país, y cuál debe ser el ámbito de libre actuación de los ciudadanos y los grupos sociales intermedios. Es este último al que se refiere el artículo 60 de nuestra Carta Política (Gutiérrez Camacho, 2005, p. 836).

Concluye diciendo que el principio de subsidiaridad consagrado en el artículo 60 protege el espacio de libertad económica de la persona que todo sistema de economía social de mercado exige:

Subsidiaridad no significa que el Estado debe actuar lo menos posible o, peor aún, que no debe actuar, implica tan solo que su actuación es distinta, esta se dará no como actor o competidor de los particulares, su tarea es proteger el interés general, no sustituir a los agentes en el mercado o recortarles su libertad económica. No creemos que desde la perspectiva de nuestra Constitución se le haya reservado al Estado un modesto papel en la economía. Ser el creador y garante del orden público, el soporte de las instituciones, el regulador de la actividad económica, no puede ser el modo alguno un discreto papel (Gutiérrez Camacho, 2005, p. 838).

El profesor Huapaya Tapia, al tratar sobre la intervención del Estado en la economía y el dilema que enfrenta entre equidad y eficiencia, considera —coincidiendo en esto con otras numerosas opiniones— que la actividad del Estado discurre entre los cauces establecidos por la vigencia del principio de subsidiaridad y el principio de solidaridad. Entiende que la solidaridad y la subsidiaridad son conceptos eminentemente jurídicos que trasladados al ámbito económico encuentran reflejo en los conceptos de eficiencia y equidad. Dice:

De un lado, se busca que tanto la actuación estatal y de los individuos en el mercado responda a postulados de eficiencia (en el entendido de la premisa del individuo maximizador de beneficios, que busca la satisfacción de sus intereses privados o de grupo), mientras que para la provisión de bienes públicos y semipúblicos, así como para superar las desigualdades existentes entre las personas, se impone la concepción de la equidad, como un referente que debe ser observado en la adopción de políticas económicas en orden a lograr la satisfacción del bien común (Huapaya, 2002, p. 78).

Afirma que la Constitución vigente de 1993 tiene una gran diferencia con la anterior en cuanto a principios generales, estructura e ideología subyacente al sistema económico, y que la economía social de mercado concilia los postulados del sistema de economía de mercado con los que impone el valor constitucional de la solidaridad, incluyendo una interesante tabla de principios contrapuestos entre subsidiaridad y solidaridad (pp. 74-76). Considera entre los principios que caracterizan al Estado subsidiario contenidos en la Constitución de 1993 la mención al sistema de economía social de mercado y al pilar básico sobre el que se desarrolla, que es la libertad de empresa, a la que considera un derecho fundamental junto con la defensa de la competencia, la tutela de consumidores y usuarios y, fundamentalmente, porque consagra dos vertientes de la subsidiaridad: una garantía positiva, que es el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, estableciéndose una suerte de reserva constitucional *pro privato* (artículos 2, 217 y 58), y una garantía negativa en virtud de la cual el Estado, como empresario subsidiario, solo puede actuar por defecto o insuficiencia de la iniciativa privada mediante la creación de empresas públicas, siempre y cuando exista un alto interés público y una manifiesta conveniencia nacional (artículo 60). Huapaya considera adecuada la regulación del Estado subsidiario en la Constitución de 1993, que, en su opinión, se ve complementada por la disposición que establece que la actividad empresarial, pública o privada, recibe el mismo tratamiento legal.

3.6. Casi inmediatamente después de su puesta en vigencia aparecieron las primeras críticas al nuevo régimen económico de la Carta de 1993. Veamos a continuación cronológicamente a distintos constitucionalistas y profesores que tratan específicamente del régimen económico. El profesor español Francisco Fernández Segado recuerda que nació con la finalidad de subsanar un golpe de Estado, «por cuanto no deja de ser una farsa la convocatoria de unas elecciones por quien

meses antes ha ignorado la voluntad democráticamente expresada por el cuerpo electoral, ultrajado a sus legítimos representantes y violentado las instituciones por la vía de la pura fuerza» (Fernández Segado, 1994, p. 13).

En cuanto a los rasgos generales del nuevo texto, revela el influjo enorme que ejerce la Constitución de 1979 en un amplísimo número de artículos y en cuanto a su propia estructura, señalando que responde al desmantelamiento de algunos de los presupuestos del Estado social que contemplaba la anterior Constitución. Fernández Segado opina que «merece un juicio absolutamente negativo, la nueva concepción socioeconómica, que nos retrotrae a los esquemas del constitucionalismo liberal del pasado siglo», que convierte al Estado en mero gerente de las reglas de juego de la economía de mercado, eliminando casi todas las responsabilidades que como Estado social de derecho se le atribuyeron frente a las necesidades insatisfechas de amplios sectores del pueblo, tales como la eliminación del objeto de la seguridad social, la atención preferente a las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda, y recreación, la desaparición del derecho de los trabajadores a las gratificaciones y otros beneficios, etcétera.

Para Fernández Segado, el nuevo régimen económico corresponde a un modelo ortodoxamente liberal, aunque en su artículo 58 diga que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. Y ello es así porque ha desaparecido todo principio valorativo inspirador del régimen económico y se ha producido una privatización generalizada de la vida económica, desapareciendo la posibilidad de reservar por ley al Estado actividades productivas o de servicios y convirtiéndolo en un mero vigilante de la libre competencia. Critica que los contratos sean ahora inmunes a la ley; la igualdad de trato a la inversión nacional y extranjera; la omisión a cualquier referencia a los mecanismos de planificación, y el sobreaseguramiento resultante de la propiedad privada.

César Ochoa ha hecho también un análisis importante sobre el régimen constitucional de 1993 (Ochoa, 1995, pp. 85 y ss.). Señala que mientras la Carta de 1979 reflejaba un constitucionalismo social flexible con inclusión de cláusulas abiertas como ‘interés social’ que se encuadra dentro de la línea del Estado social de derecho, la Carta vigente expresa un modelo cerrado, que ignora la virtud del modelo flexible que permite que los diversos partidos políticos puedan llevar a cabo sus planes de gobierno sin necesidad de modificar la Constitución. Para Ochoa, las bases fundamentales de la Constitución económica peruana de 1993 están contenidas en los siguientes cuatro principios generales: (i) el principio de subsidiaridad y el pluralismo económico; (ii) la economía social de mercado; (iii) el principio de libre competencia y la defensa de los consumidores, y (iv) las garantías a la inversión nacional y extranjera. A continuación nos referiremos solo al primero.

Para Ochoa, el principio de subsidiaridad ha sido incorporado de manera explícita conjuntamente con el principio de pluralismo económico. En tal sentido, la intervención del Estado se orientará a corregir las deficiencias de la competencia y restringirá su actividad a servicios públicos sociales como la salud y la educación, y a otros que por su baja rentabilidad no son atractivos para los inversionistas privados. Según Ochoa, el principio de subsidiaridad en el modelo peruano aparece desarrollado en un enunciado explícito, el consignado en el segundo párrafo del artículo 60, que señala que: «sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial...».

Ese mismo artículo consigna que la actividad empresarial del Estado debe recibir el mismo trato que la actividad privada, lo que conlleva una ‘privatización’ de la actividad económica pública, pues la sujeta a criterios de rentabilidad. Por tanto, señala Ochoa, el pluralismo y la coexistencia empresarial se deben interpretar en armonía con el principio de subsidiaridad del Estado, más aún cuando no incluyen —a diferencia de la Constitución de 1979— ninguna previsión de medidas

facultativas de nacionalizaciones o reservas al sector público de actividades productivas o de servicios. En otro trabajo (1995, p. 128), Ochoa ha señalado que el neoliberalismo de los últimos años apunta contra la fundamentación misma de la idea redistributiva del Estado y la presencia del sector público por considerar que distorsiona y obstruye el proceso económico del sector privado, habiéndose suprimido o congelado en la Carta de 1993 aquellas previsiones constitucionales que habilitaban el intervencionismo económico estatal.

Enrique Bernales, en la introducción a su libro *La Constitución de 1993* (1997), hace un análisis equilibrado sobre los méritos y dificultades en su aplicación de la Constitución de 1979, del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y del origen de la Constitución vigente. Moderando lo que fuera su opinión en el libro que escribiera con Marcial Rubio —y al que hemos citado anteriormente— en lo que al régimen económico se refiere, reconoce que la Constitución de 1979 tuvo pretensiones innovadoras en tanto «prescribió que el fundamento de la economía fuese la justicia social y que la actividad económica se orientase a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana», incorporando instrumentos y mecanismos de acción destinados a poner en práctica una economía humanizada (Bernales, 1997, p. 66).

Bernales opina también que la concepción económica de la Constitución de 1979, amplia y flexible, permitía grandes posibilidades de acuerdo y acción conjunta del Estado y los sectores económicos de la sociedad. Acertadamente recuerda que muchos de los derechos individuales y sociales reconocidos no fueron tomados en cuenta en los planes de gobierno de los dos gobiernos democráticos que actuaron bajo su vigencia, y que si bien ninguno de sus problemas era insalvable, los proyectos de reforma parcial no fueron atendidos. A ello se agregó la incapacidad para manejar y resolver la crisis económica y el creciente temor ante los avances del terrorismo, lo que creó un desaliento colectivo cada vez mayor durante los gobiernos de Fernando

Belaunde (1980-1985) y Alan García (1985-1990). Esto le permitió ganar terreno al autoritarismo golpista.

Recuerda Bernales, además, que, antes del golpe de Estado, el Congreso había delegado amplias facultades legislativas, incluidas las de materia económica, pero que el gobierno de Fujimori hizo uso y abuso de ellas, dando lugar a la interrupción del gobierno democrático y asegurando que se incorporara posteriormente a la Constitución de 1993 «la relativización y flexibilización de los derechos económicos y sociales; el debilitamiento del Estado en cuanto a su participación en la actividad productiva; el giro de la economía hacia una opción neoliberal constitucionalmente exigida y protegida» (Bernales, 1997, p. 93).

Bernales opina que la Constitución de 1993 no excluye que el Estado fije objetivos y prioridades hacia los cuales debe orientarse el desarrollo económico del país, pero que por el artículo 60 se obliga a realizar una actividad subsidiaria en materia empresarial, siendo por tanto el camino elegido por la Constitución el de un Estado orientador. Considera una exageración que se haya eliminado toda referencia a la planificación como concepto técnico. Reconoce que el ejercicio de la libertad de empresa está limitado, pues no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

En lo que a nosotros particularmente nos interesa, para Bernales «el criterio del constituyente respecto de la actividad empresarial del Estado fue que debía ser verdaderamente restringida, luego de un período previo en el que las empresas públicas crecieron en número y generaron pérdidas presupuestales inimaginables» (Bernales, 1997, p. 357). Así, la actividad que realice la empresa pública, según lo manda el artículo 60 tantas veces antes citado, debe tener, dice Bernales, un carácter subsidiario. Critica al artículo 60 tal como está formulado porque considera, en mi opinión acertadamente, que introduce una rigidez conceptual y convierte en dogma una materia que debe ser tratada con flexibilidad, sugiriendo que el carácter y el modo de participación del Estado en la actividad empresarial debió ser tratado en una ley *ad hoc*.

Víctor García Toma califica de flexible a la Constitución de 1979 y de rígida a la vigente de 1993, pues esta última establece reglas cerradas y exentas de matices. Según García Toma, en una economía social de mercado el papel del Estado puede ser subsidiario en la visión social cristiana, y de compartibilidad entre la iniciativa pública y la privada en la visión socialdemócrata y socialista-democrática. Dice este autor:

Cabe advertir que la Constitución de 1993 formalmente mantiene la opción escogida por los constituyentes de 1979 en favor de una economía social de mercado; empero, una visión integral de su texto indica que el escaso acento expresado —en su normatividad— en la defensa de criterios vitales como justicia social e interés social, en realidad manifiesta una adhesión encubierta a favor de una economía de mercado. Más aun, las políticas generadas desde el gobierno por Alberto Fujimori así lo confirman (García Toma, 1998, p. 117).

Para García Toma es lamentable que el interés general, que funciona como una limitación negativa frente al afán de lucro y ganancia del inversionista privado cuando riñe con las expectativas de la población, no se encuentre adecuadamente protegido.

García Toma considera cuestionable el criterio adoptado por la Constitución actual, que declara en su artículo 60 que solo por ley expresa y autoritativa el Estado puede realizar subsidiariamente una actividad empresarial, entendiendo por subsidiaridad el acto accesorio o complementario en materia económica que se verifica en razón de la inacción o defección de la iniciativa privada. Señala que el derecho del Estado a participar en la actividad empresarial no debería tener carácter subsidiario sino de compartibilidad, sin excepciones, reservas ni privilegios. Este autor señala:

Al haberse establecido contradictoriamente, de un lado, el pluralismo económico, y del otro, el rol empresarial subsidiario de la empresa pública, la intervención de esta última solo se produce como consecuencia de la ausencia de negocios lucrativos para el sector privado

en un área determinada de la producción, servicios o comercialización de productos, y siempre que previa y legislativamente se aduzcan razones de carácter sustantivo. Reiteramos que nuestra objeción radica en que la Constitución, de manera contradictoria consigo misma, recorta sustancialmente la actividad empresarial del Estado, la que solo se genera en aquellas áreas en donde otras unidades económicas no quieren intervenir por razones de 'inexistencia de lucro' (García Toma, 1998, p. 126).

Para este autor, a pesar de que en la parte final del artículo 60 se señala que tanto la actividad empresarial pública como la privada reciben el mismo tratamiento, ello más bien acredita una consideración discriminatoria, ya que el Estado solo puede intervenir subsidiariamente cuando no existe interés de lucro de los particulares, ya sea por baja rentabilidad o por volumen de capital o riesgo en la inversión.

En el tomo 3 de su *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Marcial Rubio (1999, pp. 195 y ss.) varía también la posición crítica que tenía en su libro anterior con Enrique Bernal, que ya ha sido citado, para adoptar una posición básicamente descriptiva y explicativa del régimen económico vigente. Este autor señala que, si bien está reconocido el principio de libre iniciativa ejercida dentro de una economía social de mercado y que el Estado tiene un rol orientador del desarrollo a través de su actuación en determinadas áreas de servicios públicos esenciales, no asume el rol de promotor del desarrollo ni interviene directamente en la economía. Más bien se trata de un facilitador y vigilante de la libre competencia, esto es, un Estado policía de las relaciones económicas, en las cuales las empresas públicas por excepción, y cumpliendo requisitos estrictos para su creación, cumplen una función subsidiaria.

Rubio considera que la orientación de la Carta vigente tiene una diferencia significativa con la Constitución de 1979, en la cual el Estado intervenía directamente, teniendo además como sustento el sistema de planificación. Afirma que el liberalismo controlado o el carácter

moderador del liberalismo de la Constitución de 1993, necesario para equiparar a sectores con desventajas iniciales, solo llega a ciertos sectores de la sociedad pero no a aquellos que viven en la pobreza y que ocupan un importante porcentaje de la población.

Rubio comparte la opinión de Ochoa antes manifestada en el sentido de que el rol subsidiario del Estado consiste en que el Estado interviene apoyando a los demás sectores empresariales o realizando las tareas que ninguno de ellos realiza, pero no compitiendo directamente con ellos mediante su actividad empresarial. Y señala que:

[...] el Estado solo deja su rol subsidiario para convertirse en un agente más de la economía cuando reserva para sí ciertos ámbitos de la producción y los servicios, o cuando pone a sus empresas a desarrollar ciertos campos que considera estratégicos de la actividad económica, al margen de la existencia de empresas privadas, o del interés de ellas por asentarse en dichos ámbitos (Rubio, 1999, p. 235).

Como sabemos, no es posible llevar a cabo esta materia con el actual texto constitucional.

3.7. En el libro *Derecho constitucional económico* (2009), escrito en coautoría con César Ochoa, explicamos los antecedentes de la convocatoria al CCD y las tendencias neoliberales que prevalecen como consecuencia, entre otros factores, del denominado Consenso de Washington. Este se caracterizó por exacerbar un modelo de ‘democracia delegativa’ que otorgaba amplias atribuciones al Poder Ejecutivo, y también por la demolición de instituciones que constituían mecanismos de control y rendición de cuentas previstos en la Constitución de 1979. Estas características hicieron que se privatizara la vida económica y se suprimieran los principios valorativos que antes inspiraban al régimen económico. Una de las formulaciones del mencionado Consenso de Washington fue la recomendación de que las empresas públicas debían privatizarse,

eliminándose su posible reestructuración como fórmula alternativa y suprimiéndose además las posibilidades de que el Estado tuviera alguna tarea vinculada con la planificación.

En el artículo 60 de la Constitución vigente se declara expresamente el carácter subsidiario de la actividad económica del Estado, pues la libertad de empresa es la regla adoptada y la intervención empresarial del Estado solo es una excepción. Los dispositivos infraconstitucionales que ratifican esa posición, como los decretos supremos 034-2001-PCM y 011-2002-PCM, a pesar de su importancia no han sido materia de debate nacional ni de comentario por los especialistas, por lo que en verdad constituyen una ‘camisa de fuerza’ más exigente que la propia norma constitucional, pues lo que persiguen es desaparecer o hacer más difícil la actividad empresarial del Estado¹⁶. El debate sobre la subsidiaridad ha oscurecido un tema en el cual el Estado debe tener presencia activa —sea de carácter regulatorio o empresarial— y vinculada con los servicios públicos económicos esenciales para el logro de un nivel de vida acorde con las necesidades humanas (Kresalja & Ochoa, 2009).

3.8. Además de los autores citados, hay otros que desde diversas perspectivas se han pronunciado también sobre el régimen económico constitucional. Alberto Borea, quien ha realizado diversos estudios sobre los aspectos institucionales y políticos de la Constitución de 1993, poniendo justificadamente en evidencia sus deficiencias, ha señalado que la prevalencia de la ideología neoliberal ha dado lugar a un ataque contra la política como una actividad inútil y mentirosa en cuanto exprese una intención de conducir el país por otros rumbos que no sean los del privatismo, y dice que se ha llegado a esta situación por una incompatibilidad entre los criterios que definen y dan sentido a la vida económica, como la lógica del cálculo y de la ganancia, y los que definen a la organización política y estatal, que tiene un sentido valorativo.

¹⁶ El análisis de esos decretos supremos se hace en el siguiente capítulo.

Todo ello, afirma Borea, deja poco espacio, si alguno, a las políticas internas trazadas desde los países que buscan mejorar su situación económica, dando algunos a entender que los políticos no dependen ya de los debates nacionales sino de los mercados financieros, pero que ello opera solo en aquellos países que no están en la parte alta del proceso de globalización, todo lo cual dificulta la práctica democrática. Sin perjuicio de esa crítica, Borea considera que el bienestar social no es antagonico de la globalización, pues una política redistributiva que no anule la iniciativa privada o el talento personal y que estimule la solidaridad es compatible con el progreso (Borea, 2007, p. 297).

Omar Cairo (2008) considera que la Constitución de 1993 no acoge una correcta interpretación del concepto de economía social de mercado, por haber dejado de lado los componentes esenciales de ese sistema que estaban incorporados en la Constitución de 1979 (Cairo, 2008, p. 128 y 176), y porque la ola liberal ha llevado en nuestro medio a restringir al máximo la participación del Estado en la vida económica, convirtiéndolo en guardián del interés privado y obligándolo a una neutralidad inaceptable —pues debería ser el primer interesado en el desarrollo económico del país—, prescindiendo además de referentes constitucionales forjados en la historia constitucional del Perú.

Cairo opina que la Constitución de 1979, a diferencia de la de 1993, sí recogía los principios de la economía social de mercado, pues sus promotores buscaban que el desarrollo económico no fuera solo para el enriquecimiento sino para promover al hombre y a la sociedad. Cairo considera que la Constitución de 1993 no ha mantenido todos los componentes que caracterizan a la economía social de mercado, y que está ausente la noción de solidaridad propia de la seguridad social, así como la responsabilidad del Estado en esta materia, pues, indica, el contexto necesario de la economía social de mercado es el Estado social de derecho que estuvo incorporado en la Constitución de 1979 y no en la actualmente vigente, pues ese Estado social se obliga a cumplir con la realización de los derechos económicos y sociales.

Por su parte, Alfredo Quispe (2007) realiza un análisis de la ideología que impregna el desarrollo constitucional en materia económica y considera que en la concepción liberal la iniciativa privada es el motor de la economía y una de sus características la actividad subsidiaria del Estado, pero considera que este no puede dejar de cumplir con los deberes que la propia Constitución le asigna o cuando peligre el propio funcionamiento del mercado, ya que la sola iniciativa privada no ha logrado el progreso. No duda en afirmar que las condiciones impuestas por el artículo 60 para que el Estado realice actividad empresarial significan un freno para que intervenga lo menos posible en materia económica, y que ello puede impedir respuestas adecuadas y rápidas ante una crisis económica. Más aún, considera que el Estado está obligado a intervenir a falta de inversión privada y que sería conveniente flexibilizar el mandato constitucional, aunque no duda en reconocer que el mal manejo de las empresas estatales durante el período anterior a 1990 fue uno de los motivos para la limitación que hoy se consigna en la Carta Fundamental (Quispe, 2007, pp. 41 y ss.).

El libro *Libertad económica y lucha contra la pobreza*, editado por Hugo Eyzaguirre y publicado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (2008), contiene trabajos de varios autores de tendencia liberal en los que se enfatizan ideas como el indispensable papel del Estado en el derecho a hacer respetar los derechos de propiedad, promover la reducción de los costos de transacción y generar las condiciones para que la economía de mercado pueda desarrollarse. Los ensayos consideran que el mercado es un mecanismo ideal para la redistribución, que es necesaria la competencia para ofrecer un nivel competitivo de precios y lograr una economía que disminuya y disemine el poder, que los males que se achacan al funcionamiento de los sistemas políticos y económicos en Latinoamérica no se deben a un exceso de libertad económica sino a una presencia excesiva del sector público en los mercados, y que la economía sumergida es un factor inquietante que pone de relieve que estar en la superficie resulta muy costoso.

En otras palabras, se pone énfasis en que es preciso establecer mecanismos que impidan que el Estado se extralimite, esto es, que pueda utilizar su poder para restar beneficios concretos de unos a costa de otros. Las ponencias, en general, consideran que la libertad política y la libertad económica son como las dos caras de una moneda, en la que una no funciona sin la otra. Como dice Mario Vargas Llosa en una de las ponencias:

[...] ambas son un complemento absolutamente esencial para el progreso de una sociedad y para alcanzar una civilización basada en la libertad, que, junto con la creencia de que el individuo es la pieza maestra de la sociedad, y que de ninguna manera puede ser concebido como una mera herramienta dentro de un mecanismo social, sino como una entidad viva con deberes y derechos que goza de soberanía, son los principios básicos del liberalismo (Eyzaguirre, 2008, p. 103).

Obviamente, para todas estas posiciones liberales el Estado debe tener un rol subsidiario en materia económica, pues la base de la creación de la riqueza y su distribución se encuentra casi únicamente en las manos de la empresa privada y del correcto funcionamiento del mercado.

3.9. La calidad y el número de comentarios realizados por la doctrina nacional al constitucionalismo económico de la Carta vigente de 1993 es mejor y mayor que los efectuados sobre la Constitución de 1979, por lo que puede afirmarse que es una materia a la cual en los últimos años se ha concedido una mayor atención. Las opiniones han sido, mayoritariamente, menos extremas e ideologizadas. Sin embargo, como se ha podido apreciar, existen posiciones a favor, en contra e intermedias. El punto central lo constituye el rol del Estado en la economía, pues derechos tales como la iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre contratación no son materia de mayor cuestionamiento, aunque

sí lo es la eliminación de diferentes elementos valorativos propios del Estado social. Todos coinciden en afirmar que el rol del Estado es ahora menor que en la Constitución de 1979 y que el énfasis está dado a la actividad privada como generadora de la riqueza y al fomento de la libre y leal competencia, habiéndose eliminado toda mención a los monopolios y a las reservas.

Sin duda es polémico el artículo 60, en virtud del cual se consolida la actuación del Estado como subsidiario en materia empresarial, pues solo puede actuar autorizado por ley expresa y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Así, el principio de subsidiaridad está expresamente contenido en el texto y es seguro que, a diferencia de la Constitución de 1979, la Constitución de 1993 tiene más confianza en la iniciativa privada en el mercado que en el Estado. Lo que no puede ocultarse es que el proceso de privatización, alentado por la corriente neoliberal, ha dado como resultado que muchas de las empresas estatales deficitarias hayan pasado a formar parte de conglomerados extranjeros, y que el Estado peruano haya dejado incluso de orientar el proceso económico, tal como lo manda el artículo 58 del propio texto vigente, al no contar con ningún instrumento de planificación.

El régimen económico de la Constitución vigente es defendido sin resquebrajaduras por los organismos empresariales que representan a las grandes empresas y por casi todos los medios de comunicación, lo que ha hecho muy difícil su debate, pero este existe y es intenso, pues son muchos los que, sin caer en extremos, consideran que el Estado debe tener mayor presencia en la vida económica y no únicamente a través de medios regulatorios. En síntesis, puede afirmarse que el Estado social consignado tardía e ilusoriamente en la Constitución de 1979 ha sido desmontado por la Constitución actual y se ha dejado de lado la relativización de los derechos privados mediante su función social, que es uno de los progresos incuestionables de la cultura jurídica del siglo XX. Las huellas del principio de solidaridad,

consecuencia del Estado social, que habían contribuido a transformar gradual y parcialmente el ordenamiento jurídico en el mundo occidental, fueron consideradas de segunda o ninguna importancia por los autores de la Carta vigente. Sin embargo, el Estado subsidiario y solo regulador contiene una frívola pretensión sin comprobación histórica: el desarrollo integral nunca ha podido alcanzarse con un Estado neutral en lo económico, que en la realidad termina favoreciendo a los grandes capitales provenientes del exterior.

4. LA OPINIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De conformidad con el artículo 1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente. Tal como lo establece el artículo 1 de su Ley Orgánica (Ley 28301), es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Estas dos disposiciones hacen que las opiniones del Tribunal en materia constitucional tengan la mayor importancia. Y es esa la razón por la cual a continuación veremos algunas de ellas, vinculadas con la materia de este trabajo.

El Tribunal Constitucional ha dictaminado que la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, en el cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos y la identificación del Estado con los fines de su contenido social. Agrega que la materialización de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos y que tiene otras obligaciones concretas que cumplir, mediante medidas constantes y eficaces, para lograr progresivamente la igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Así, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado. Señala, además, que una visión de los derechos sociales, planteados incluso como deberes

de solidaridad que involucran al Estado y a toda la sociedad, permiten reconocer, en su contenido esencial, los principios de solidaridad y de respeto a la dignidad de la persona que constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho (STC 2945-2003-AA, FJ 8-15).

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que, en lo que a la actividad de la empresa se refiere, ella está sujeta a los logros establecidos en la propia Constitución, y que cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos, interpretándose a la luz de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho. Y dice que solo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y del Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: «Tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario» (STC 0048/2004/AI, FJ 16).

El Tribunal Constitucional también ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 —libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras— cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores del Estado social y democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución) y del modelo económico al cual se adhiere, que es el de la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución). Este tipo de Estado no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley, sino que pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolo de una base y un contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias sino dos términos en implicación recíproca. Dice el Tribunal que el carácter ‘social’ del régimen determina que el Estado no puede permanecer indiferente

ante las actividades económicas de los particulares, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificada en el ámbito de la libertad reservado a los agentes económicos.

En la sentencia que venimos citando, STC 1963-2006-AA, FJ 3-8, el Tribunal ha señalado que la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido de que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva. Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución¹⁷.

Estas y otras sentencias del Tribunal Constitucional han dado lugar a comentarios de dos profesores: César Landa y Victorhugo Montoya. César Landa, quien ocupó el cargo de presidente del Tribunal Constitucional, ha analizado nuestro régimen constitucional y sus intentos de reforma en varios estudios. Al referirse a los principios rectores

¹⁷ Artículo 58. Economía social de mercado: la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

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

Artículo 61. Libre competencia: el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

del orden económico en la Constitución de 1993 (Landa, 2008, p. 58), ha incluido dentro de ellos la economía social de mercado, la libertad de empresa, la promoción de la libre competencia, el derecho de propiedad y otros más, y se ha referido específicamente al rol subsidiario del Estado, acogido en el artículo 60, que, dice el Tribunal Constitucional, «plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común» (sentencia expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 23).

Recuerda también que, con relación al principio de subsidiaridad, el citado Tribunal ha señalado que puede concebirse en dos sentidos: la *subsidiaridad vertical*, que se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor y un ordenamiento menor, según la cual el primero de ellos solo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor, orientación que guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social (exp. 0008-2003, fundamento 19), y la *subsidiaridad horizontal*, que tiene lugar en la relación que existe entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político reduce la intervención pública a lo esencial, respetando la autonomía y libre determinación de los individuos (expediente 008-2003 fundamento 19). Landa afirma que, sin perjuicio de lo señalado por el Tribunal Constitucional, el principio de subsidiaridad no pone en entredicho el rol y la importancia del Estado en el marco de una economía social de mercado y que, por el contrario, se deberá entender que:

[...] el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo (sentencia del TC, expediente 0008-2003- AI/TC, fundamento 21).

Víctorhugo Montoya (2008, pp. 86-88), por su parte, hace mención a la sentencia del Tribunal Constitucional 2210-2007-PA/TC en la que se afirma que el Estado solo está autorizado para intervenir cuando el mercado funciona de manera imperfecta o si resulta necesario contrarrestar efectos externos que provienen de la producción o del consumo. Asimismo, dice que el Estado tiene un papel primordial que cumplir en una economía social de mercado regulando cuando corresponde la actividad económica, pero siempre bajo el signo de subsidiaridad, lo que no significa inacción. Agrega Montoya que la discrecionalidad de la intervención del Estado ha sido limitada tanto por la propia Constitución como por la jurisprudencia constitucional. Afirma que esta última ha señalado que la subsidiaridad del Estado, al igual que la solidaridad, son consecuencias ineludibles de la libertad y dignidad del ser humano y que el principio de subsidiaridad implica que el Estado no puede hacer todo lo que los particulares pueden realizar por propia iniciativa. Que tal principio constituye un límite al poder estatal y la concreción del respeto de las libertades económicas. Cita la sentencia del Tribunal antes mencionada, 7320-2005-PA/TC, que dice que el principio de subsidiaridad es:

[...] de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no debe participar libremente en la actividad económica, sino que solo lo puede hacer sujeto a la subsidiaridad, 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.

Por su lado, en la sentencia del Tribunal Constitucional 0034-2004-AI/TC se afirma que la subsidiaridad es una consecuencia obligada de las finalidades que el Estado persigue y presupuesto indispensable para permitir el adecuado ejercicio de las garantías individuales, y que cuando las actividades económicas estatales concurren con las de los particulares,

el respeto al principio de libre competencia obligará al Estado a competir en igualdad de condiciones respecto de los particulares, pues de lo contrario la subsidiaridad se vería anulada. En otra sentencia, el Tribunal ha afirmado que la gestión a cargo del Estado de la prestación pensionaria no está sujeta al principio de subsidiaridad, ya que esa actividad, por su finalidad, no constituye una actividad empresarial (STC 1776-2004-AA/TC).

En síntesis, puede afirmarse que nuestro Tribunal Constitucional da por sentado que en materia económica el Estado tiene un papel subsidiario que no cuestiona, pero que en su jurisprudencia ha tratado de resaltar que debe intervenir en variada forma en defensa de los ciudadanos en su calidad principalmente de consumidores, recordando que se deben respetar los derechos fundamentales y hacer posible la construcción, algo lejana en su totalidad, del Estado social y democrático de derecho.

5. LOS INTENTOS DE REFORMA

5.1. Se han presentado diversas propuestas y proyectos de reforma del régimen constitucional vigente. A continuación nos dedicaremos solo a los que se refieren a materia económica. El primero de ellos fue de los profesores de la PUCP Baldo Kresalja y César Ochoa (1999, pp. 729 y ss.). Después, el gobierno transitorio de Valentín Paniagua en el año 2000 nombró una comisión *ad hoc* denominada «Comisión de estudio de las bases para la reforma constitucional del Perú», y posteriormente tuvo lugar la iniciativa al interior del Congreso durante el gobierno de Alejandro Toledo, que se viera frustrada por mezquinos intereses políticos. Estas propuestas, en términos generales, han sido recibidas favorablemente en el ámbito académico y especializado, pero con poca simpatía en los gremios empresariales y algunos medios de comunicación, todos ellos defensores de posiciones neoliberales. A esas propuestas se agregan comentarios sobre la reforma en materia

económica, tanto a favor como en contra, de Baldo Kresalja, Luis Alva Castro, Alfredo Bullard, César Ochoa y Manuel P. Olaechea.

Kresalja y Ochoa, en su proyecto de 1999, consideran que, si bien la intervención del Estado en materia económica debe estar debidamente delimitada en la Constitución como garantía mínima para los agentes económicos, las previsiones constitucionales deben ser lo suficientemente amplias en razón de los cambios políticos y económicos imprevistos y constantes, típicos de nuestro tiempo, y que ambos aspectos —garantía y flexibilidad— son los que ayudarán a que los gobiernos democráticos puedan tener un manejo prudente, racional y consecuente con sus particulares planteamientos, sin que por ello sea necesario introducir modificaciones en el texto constitucional.

Después de explicar los valores que inspiran la propuesta, señalan en el artículo 2 del proyecto que el régimen económico es el de una economía social de mercado cuyas bases están constituidas por los derechos fundamentales a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación, con el Estado en un rol subsidiario, aunque puede haber excepciones a dicho principio en el ámbito regional o municipal. Sin embargo, a diferencia de la Constitución vigente, el artículo 3 de la propuesta específica menciona hacia dónde debe estar dirigida la acción del Estado en el ámbito económico, tal como facilitar el funcionamiento del mercado y el acceso a este, establecer y supervisar servicios públicos, regular la competencia económica y compensar las diferencias geográficas, entre otros. La propuesta tiene artículos vinculados con temas como el dominio público del Estado, el régimen financiero, la Contraloría General y el régimen monetario y bancario.

5.2. El gobierno transitorio de Valentín Paniagua, por D.S. 018-2001-JUS, creó la Comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional con la finalidad de dejar sentados los lineamientos para una reforma y en esa medida contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática. En su discurso en la ceremonia de entrega del informe

de esa comisión, Paniagua señaló que el país reclamaba que el fruto de los desvelos y empeños de la comisión fuera valorado, lo que desgraciadamente no ha ocurrido hasta ahora. En lo que a la parte económica se refiere, la comisión opinó que la riqueza debe estar siempre subordinada al interés social y que el ejercicio de cualquier actividad económica no debe ser lesivo a los derechos fundamentales. Consideró que la intervención del Estado debía estar debidamente delimitada como garantía esencial para todas las personas y los agentes económicos y que ello no debía interpretarse como ausencia o renuencia a actuar. Simplemente, debía priorizar su actuación promoviendo el desarrollo económico, regulando la actuación de los agentes y buscando nivelar positivamente las desigualdades. Como en textos anteriores, ratificó que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, en la cual el Estado interviene subsidiariamente para completar su funcionamiento y ofrecer seguridades sociales mínimas, aceptando también que el Estado podrá intervenir en situaciones de carácter excepcional, coyuntural o temporal, ejerciendo funciones de suplencia cuando no exista el mercado o cuando este se vea gravemente amenazado por su propia debilidad.

5.3. La Ley 27600 encargó a la Comisión de Constitución, reglamento y acusaciones constitucionales del Congreso elegido en 2001 hacer una revisión integral de la Constitución vigente y proponer un proyecto de reforma total, proyecto que se frustraría más adelante pero en el que participaron destacados profesionales y especialistas, además de los miembros de esa comisión y otros parlamentarios. En su fundamentación, en lo que se refiere al régimen económico afirma que la reforma debía llevarse a cabo con moderación y no tener un carácter utópico. El proyecto señala los límites pero no constitucionaliza ningún modelo económico en especial. Pone de relieve que los principios ordenadores de la actividad económica son fruto de un compromiso entre los distintos agentes económicos y los políticos. Después de señalar que algunas

de las premisas neoliberales de la Constitución de 1993 son falsas, critica la ausencia de principios valorativos de esa Carta.

El proyecto reconoce la libertad de empresa, la propiedad privada y la economía social de mercado, y que la economía debe estar al servicio del hombre. Acoge iniciativas anteriores, entre ellas las propuestas por Baldo Kresalja y César Ochoa en su proyecto de 1999 al que ya nos hemos referido, en cuanto a las funciones que corresponden al Estado. Acepta la formulación por el gobierno de planes estratégicos, compatibles con el régimen económico constitucionalizado, y conserva el principio de subsidiaridad de la actividad empresarial del Estado, pero aclara que no debe confundirse con el Estado mínimo, sino más bien como garante y promotor de la igualdad de oportunidades. En el artículo 100 del proyecto se dispone que solo autorizado por ley expresa el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, con el fin de promover la economía del país y alcanzar los objetivos de desarrollo. Señala también que la actividad empresarial pública o privada recibe el mismo tratamiento legal. En el artículo 101 declara que el gobierno puede intervenir la actividad económica mediante decretos de urgencia en situaciones de conflicto armado o de extendida y duradera calamidad pública.

Con motivo de la reforma emprendida por el Congreso durante el gobierno del presidente Alejandro Toledo, a la que acabamos de referirnos, la publicación mensual *Legal Express*¹⁸ publicó un número en el que varios autores opinaron sobre el rol subsidiario del Estado en la economía. Baldo Kresalja comentó que el debate sobre si debe o no declararse expresamente el carácter subsidiario de la actividad económica del Estado está vinculado con su actividad empresarial, no con su capacidad normativa, y que debe hacerse a la luz de la experiencia histórica reciente y las posibilidades de inversión en actividades productivas,

¹⁸ Los autores fueron Baldo Kresalja, «El rol del Estado en la economía»; Luis Alva Castro, «¿Qué papel debe desempeñar el Estado en la economía?», y Alfredo Bullard, «¡El Estado es robo!» (2003).

teniendo en cuenta que el Estado debe cumplir prioritariamente con determinadas obligaciones esenciales, como las relacionadas con la salud, la seguridad y la educación. Opinó además que esa intervención empresarial del Estado debe ser la excepción, especialmente cuando no exista actividad privada o el mercado no pudiera satisfacer necesidades esenciales. Igualmente, consideró que el debate sobre la subsidiaridad había oscurecido un tema en el cual el Estado sí debe tener una participación activa, que es el de los servicios públicos económicos esenciales.

En ese mismo número, el congresista del Partido Aprista, Luis Alva Castro, propuso la eliminación de la subsidiaridad, considerando que el Estado puede intervenir empresarialmente si cuenta con una autorización legal expresa, directa o indirectamente, para promover la economía nacional y suplir la ausencia o insuficiencia del capital privado, y con el fin de alcanzar los objetivos de desarrollo que se propone.

Finalmente, el profesor Alfredo Bullard se manifiesta contrario a toda intervención del Estado en materia económica, señalando que cuando lo hace ‘roba’, por cuanto los ciudadanos terminan pagando los déficits de las empresas estatales ineficientes, porque esas inversiones no permiten que el Estado intervenga en programas vinculados con los más pobres dado que se quitan oportunidades al capital privado y por la corrupción que genera.

5.4. Uno de los críticos a las iniciativas de reforma que ha hecho pública su disconformidad ha sido el abogado Manuel Pablo Olaechea, quien critica a la Constitución de 1979 por ser excesivamente reglamentaria y porque en lo económico reposa «sobre doctrinas que los más avanzados partidos socialistas del mundo consideran trasnochadas» (Olaechea, 2002, p. 12). Considera este autor que, desde el año 1962 hasta el gobierno de Fujimori, el país fue gobernado aplicando toda clase de medidas sociopopulistas cuyos efectos fueron perjudiciales para su desarrollo y el bienestar de todos, medidas que se apoyaron en el texto de la Constitución de 1979. Olaechea afirma que, si bien esta última

fue tomada como base para redactar la de 1993 y que la mayoría de sus artículos son iguales o similares, en materia económica la Constitución vigente contiene 'principios reales' que otorgan garantías a los inversionistas nacionales, y sobre todo extranjeros, que hacen posible el desarrollo, y que lo que se necesita es terminar con las ambigüedades constitucionales que pueden dar lugar a diversas interpretaciones. Afirma que la Constitución de 1993 es clara y precisa al declarar que la iniciativa privada es libre, que acierta al eliminar las referencias a la planificación y que su artículo 60, al reconocer que «la intervención subsidiaria del Estado por razones de manifiesta conveniencia nacional, corresponde a la mejor doctrina de la economía social de mercado» (Olaechea, 2002, p. 108).

Olaechea considera que la adhesión de la Constitución de 1979 al régimen de la economía social de mercado fue una simple figura retórica y que ello se pone de manifiesto cuando considera a la intervención del Estado en la economía como constante y principal, mientras que la Constitución de 1993 establece el régimen auténtico tal como fue concebido en Alemania, pues el Estado solo debe intervenir cuando la actividad no está debidamente atendida por el sector privado, que es el único que trae consigo la riqueza y da empleo. Señala también que la expresión 'interés social', que aparece en varias ocasiones en el texto de la Constitución de 1979, es susceptible de mil aplicaciones según la materia de que se trate, lo que da lugar a medidas demagógicas.

5.5. En un trabajo anterior sobre la materia que nos ocupa, «Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional» (2001a), señalé que la atención preferente del Estado debe estar dirigida a satisfacer las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación, tal como lo señalaba la Carta de 1979, precisándose además que el trabajo es la principal fuente de la riqueza y que esta debe estar siempre subordinada al interés social. Consideré que no debe modificarse

la declaración de que el régimen económico se fundamenta en la economía social de mercado, que es preciso respetar la propiedad, la libertad de empresa y de contratación, y que es misión del Estado favorecer y vigilar la competencia libre y leal y sancionar el abuso de posición de dominio y la publicidad engañosa. El rol subsidiario del Estado no consiste en la ausencia o renuencia a actuar sino más bien en la priorización de su actuación para poder lograr un auténtico desarrollo, que se debe dirigir a permitir el funcionamiento del mercado, haciendo real el acceso a este por los ciudadanos y estableciendo servicios básicos esenciales. Señalé también que las limitaciones del actual marco constitucional en materia económica podrían ser superadas si se enumeraran las principales acciones del Estado en ese ámbito y se apostara a favor de una planificación estratégica, pues el rol subsidiario del Estado en materia económica es una consecuencia del concepto de economía social de mercado.

Ahora bien, el debate sobre el artículo 60 reside en que este ha sido utilizado en más de una ocasión para descartar sin mayor estudio algunas iniciativas que promovían la intervención empresarial estatal en proyectos de gran impacto económico y social, en los cuales el capital nacional no estaba en condiciones de competir. Y es que esa necesaria limitación a la intervención del Estado en la economía, como garantía esencial para todas las personas y los agentes económicos en especial, no debería llevar a descartar o hacer prácticamente imposible la intervención del Estado cuando sea necesaria e indispensable, razón por la cual debería reformularse el citado artículo.

5.6. Finalmente, en el libro *Derecho constitucional económico* (Kresalja & Ochoa, 2009), sugerimos, después de criticar puntos específicos de la Constitución vigente de 1993, que en el futuro la Constitución debería hacer posible un estado social que rescatase la función social de la propiedad y de la empresa, que es preciso hacer una reforma del Estado y dar nivel constitucional a las autoridades administrativas

independientes, introducir el planeamiento estratégico, exigir un desarrollo sostenible ambiental, etcétera. No cuestionamos el rol subsidiario del Estado, aunque sugerimos su perfeccionamiento normativo.

5.7. La presencia del debate sobre el rol subsidiario del Estado en la economía es permanente. En su discurso del 28 de julio de 2010, el presidente Alan García señaló: «No creemos en el Estado propietario, no creemos en el Estado burocrático que ha fracasado y continúa fracasando en los países donde se aplica, lo que ratifica el carácter subsidiario de la intervención del Estado en la economía». Pero no hay opinión unánime al respecto. Así, el economista Humberto Campodónico, en su habitual columna del diario *La República*, señaló el 2 de agosto de 2010 —esto es, pocos días después del mensaje presidencial— que esa posición es «la triste excepción peruana», pues el problema fundamental en las empresas públicas no es la propiedad sino la calidad de la gestión, y que esas empresas cumplen con objetivos fijados por sus gobiernos aportando tributos y, sobre todo, «el cumplimiento de objetivos que [los] Estados-nación consideran estratégicos», citando los casos de muchos países y de empresas públicas que tienen inversiones en el Perú. Campodónico afirma:

[...] el problema más grande de la pseudo-tesis de la ‘excepción peruana’ es que no concibe al Estado-Nación como un producto de la sinergia entre Estado y mercado sino como un simple subproducto de la inversión privada, mejor aún si es extranjera. Esta tesis trasnochada acaba de estrellarse contra la pared de los países industrializados, pues se ha demostrado que la ‘libertad irrestricta’ del capital es incompatible con el crecimiento sustentable —menos aún, con una sociedad democrática—, por eso es que ahora el énfasis está en la regulación. Pero no en el Perú, donde no hay políticas de largo plazo [...]. Lo que hay son políticas de negocios empresariales que no tienen por qué coincidir —y en la mayor parte de los casos no lo hacen— con los intereses nacionales.

6. LA SUPERVIVENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Pero pasados ya más de veinte años de su puesta en vigencia, conviene hacer un esfuerzo con una visión distinta e intentar conocer las razones de la vigencia de la Constitución de 1993.

6.1. En primer término, recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2003, recaída en el expediente 014-2003-AI-TC en el caso de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea O. y más de 5000 ciudadanos contra la Constitución de 1993. La demanda de inconstitucionalidad afirmaba básicamente que la Constitución de 1993 carecía de legitimidad de origen, pues fue elaborada en un proceso carente de transparencia y manipulado por el gobierno de facto en el poder, y porque fue ratificada en un referéndum dudoso. Agregaba que no fue legitimada en su ejercicio, pues no garantizó el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

En dicha sentencia, el Tribunal reconoció que compartía con los recurrentes que la Constitución de 1993 carecía de legitimidad de origen; que el resultado del referéndum que la aprobó era dudoso; que en el proceso para la elección de los miembros del llamado Congreso Constituyente Democrático de 1992 se careció de las libertades y garantías mínimas, pero que nada de ello impedía reconocer su vigencia, citando varios ejemplos de nuestra historia constitucional, pues casi todas nuestras constituciones han tenido un déficit de legitimidad de origen. Se extiende la sentencia en el examen de su validez y la carencia de parámetros para declarar lo contrario. El Tribunal falló declarando improcedente la demanda de inconstitucionalidad, y el magistrado Aguirre Roca, en su voto singular, había originalmente estimado inadmisibile la acción interpuesta y nulo todo lo actuado en el proceso.

En su parte considerativa final, el Tribunal exhorta al Congreso de la República «cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo, como fuente originaria del poder» a consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática y optar por el marco constitucional

más conveniente para el país, y cree que sería apropiada la adopción de una nueva Constitución utilizando procedimientos que menciona. Pues bien, lo que ha sucedido con posterioridad a esa sentencia es la presentación de muchos proyectos de reforma —nos hemos referido anteriormente a los del campo económico—, pero los pedidos para convocar a una Asamblea Constituyente han ido paulatinamente perdiendo fuerza, lo que se ha extendido prácticamente a la totalidad de las fuerzas políticas. Entonces, la Constitución de 1993, a pesar de sus defectos y carencias, goza al parecer de buena salud. Veamos a qué se debe.

6.2. Hemos escogido tres autores que, desde distintas perspectivas, han expuesto sus razones sobre la supervivencia de la Constitución de 1993. Domingo García Belaunde, en su ensayo *La Constitución peruana de 1993: una supervivencia pese a todo pronóstico* (García Belaunde, 2013, pp. 497 y ss.), comienza recordando que en el mundo latinoamericano no es frecuente encontrar constituciones que tengan larga duración en lo formal y explica cómo se dio, debatió y entró en vigencia la Constitución de 1993. Recuerda que Alberto Fujimori dio un golpe de Estado en abril de 1992 para favorecerse a sí mismo, pensando en una democracia plebiscitaria, pero que la presión internacional lo hizo cambiar de opinión y por tal motivo convocó a elecciones para una asamblea que llamó Congreso Constituyente Democrático, donde obtuvo mayoría, que en diciembre de 1993 sancionó la Constitución vigente.

El autor que venimos citando señala que el nuevo texto trajo muy pocas novedades y se caracterizó por la eliminación de muchos derechos fundamentales, introduciendo un modelo económico liberal con atisbos sociales que considera lo más logrado del texto. Afirma que es una insensatez considerar, como muchos lo hacen, que ha sido ese modelo el que ha garantizado el crecimiento económico del país porque «ninguna Constitución garantiza nada, ni menos un crecimiento económico». Introdujo mecanismos de democracia directa, eliminó el Senado y habilitó la reelección presidencial, lo que fue determinante en la discusión

política y en la posterior caída del régimen. Cuenta cómo el Congreso destituyó e inhabilitó a Fujimori. La caída de este último hizo que se pensara —afirma— que la Constitución sería cambiada, pero esfuerzos como el de Valentín Paniagua —que creó una comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional, a la que ya nos hemos antes referido— no merecieron mayor atención, así como tampoco otras iniciativas.

García Belaunde cree encontrar las razones de la permanencia de la Constitución de 1993, señalando previamente que volver a la de 1979 sería prácticamente imposible, en el hecho de que el ‘hombre de la calle’ tiene preferencias y necesidades distintas de la de cambiar una Constitución, pues considera que esto no cambia la realidad, y que más bien tiene partes que le agradan, como que los contratos no pueden ser cambiados por leyes, o que no exista control de moneda extranjera, que los grupos empresariales y las clases altas tienen fascinación por el modelo económico, que se ha vivido durante los últimos años una mejoría en lo económico, etcétera. A ello se suma —dice— que incluso los que estuvieron a favor del cambio constitucional hoy ven con fundado temor lo que ha ocurrido en Venezuela y otros países una vez efectuados cambios constitucionales. Finalmente, que no existe «un ambiente constituyente» que permita la convocatoria a una Asamblea, y que lo más sensato sería introducir algunas mejoras al texto. Un realismo conservador caracteriza a este ensayo.

6.3. César Landa A., quien fuera presidente del Tribunal Constitucional, en su ensayo *Del constitucionalismo autoritario al constitucionalismo democrático: a veinte años de la Constitución de 1993* (2013, pp. 653 y ss.), hace un juicio severo, poniendo de relieve la importancia de conmemorar críticamente —no celebrar— los veinte años de vigencia, pues si bien la Constitución ha permitido una transición democrática de tres gobiernos elegidos por el pueblo, no ha logrado expresar la integración de la comunidad en formas organizativas que respondan a las tradiciones históricas y contemporáneas del pueblo del Perú.

Landa recuerda que la amplia oferta constitucional de 1979 se vio compulsada internamente por la violencia terrorista y por la hiperinflación, lo que reforzó el poder fáctico de las fuerzas armadas y fortaleció a los grupos de poder económico; y externamente por una hipoteca con los Estados Unidos por los temas del narcotráfico, deuda externa y respeto de los derechos humanos. Todo ello, afirma, abrió la brecha entre el texto constitucional y la realidad, y se institucionalizaron políticas gubernamentales abusivas. Además, como reacción, motivó propuestas liberales en lo económico que plantearon refundar la legitimidad social ya no en el Estado benefactor, sino en el seno de la sociedad y del mercado. Da cuenta también de la situación previa al golpe de Estado en abril de 1992 de Fujimori, quien apeló a la razón de Estado para justificarlo, instalándose la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal, aunque la presión política internacional lo obligara a convocar a elecciones para el CCD.

Lo que Landa resalta es que en ese proceso de retorno a la democracia el gobierno de Fujimori no se replanteó reconstruir el consenso quebrado con el autogolpe sino que insistió en su proyecto político y económico, con apoyo de las fuerzas armadas, el mundo empresarial, Estados Unidos, organismos internacionales, medios de comunicación y apoyo popular, dando lugar a un retorno constitucional semántico y a una democracia tutelada, convirtiendo al derecho en un instrumento sometido a la voluntad del poder. Sin embargo, pese a todo ello, obtuvo legitimidad social debido al control de la inflación y la captura de Abimael Guzmán, líder del movimiento terrorista Sendero Luminoso. El texto de la Constitución de 1993 significó entonces una respuesta al Estado social de la Constitución de 1979, y para tal efecto se apoyó en el pensamiento neoliberal. En los años siguientes se produjo un vaciamiento de la vida constitucional mediante la comunicación pública del presidente con el pueblo, apoyado por la mayoría de los medios de comunicación, los que adquirieron un inmenso valor político para el régimen.

La renuncia y posterior destitución de Alberto Fujimori como presidente de la República provocó una reacción que proponía reformas constitucionales y, como ya hemos dicho antes, se concretaron varias iniciativas. En diciembre de 2001, durante la presidencia de Alejandro Toledo, el Congreso aprobó, mediante Ley 27600, la necesidad de reformar totalmente la Constitución y dispuso la creación de una Comisión en la que participaron distinguidos constitucionalistas e invitados. A pesar de que se registraron avances, pues la población mayoritariamente apoyaba la iniciativa, el Congreso paralizó este trabajo, pues sus integrantes —por diversas razones que algún día quizá se conozcan— estuvieron más interesados en asuntos de corto plazo.

Landa finaliza su ensayo afirmando que se ha devaluado la Constitución de 1993 debido a que los últimos gobiernos no han sabido diferenciar entre la naturaleza de un gobierno fuerte y uno autoritario, y por el alto costo social de las medidas económicas. Sin embargo, considera que la idea de la supremacía jurídica y valorativa de la Constitución sobre la ley ha venido madurando. Cree necesario que se impulse una reforma política democrática en la cual el derecho constitucional aparezca como articulador y defensor de los intereses generales y ofrezca una regeneración ético-política. El ensayo de Landa es un severo enjuiciamiento de la situación constitucional y política vivida durante los últimos veinte años y un llamado esperanzador para que la mayoría de los asuntos públicos se vean entonados por valores éticos universales. Pero, en lo que se refiere a la vigencia de la Constitución actual, no aparece en su ensayo certeza de cambio o modificación integral; en todo caso, no especifica los medios para lograrlo, así que implícitamente sus propuestas tendrían viabilidad mediante reformas parciales e interpretaciones específicas del articulado por el Tribunal Constitucional.

6.4. El tercer ensayo es de Gonzalo Zegarra M., *La Constitución de 1993 ha dejado de ser semántica y ahora es normativa. No hay por qué cambiarla* (2013). Zegarra, que manifiesta su desacuerdo con el gobierno de Fujimori

y su voto en contra de la Constitución vigente en el referéndum de 1993, defiende la estabilidad constitucional. Inicia su ensayo señalando la inconducente obsesión de una parte de la clase política para derogar la Constitución de 1993 alegando ilegitimidad, con lo cual demuestra no solo desconocer nuestra historia constitucional sino que, además, pretende borrar los veinte años en que está vigente, así como la evolución de su praxis democrática posterior al gobierno de Fujimori. Para el autor, los intentos de reforma, a los que nos hemos referido antes, no tuvieron como objetivo final el cambio total, sino que estuvieron destinados a materias específicas. A su favor cita la sentencia del Tribunal Constitucional de 2003 a la que también nos hemos referido al inicio de este apartado.

Zegarra considera que, desde un punto de vista dogmático, el espíritu de la Constitución de 1979 y de la de 1993 es exactamente el mismo en lo sustantivo, pues ambas son tributarias del constitucionalismo moderno español y su estructura es idéntica, aunque reconoce diferencias de alcance, por ser la de 1993 más escueta en lo que a aspiraciones sociales se refiere. Las ansias de lo que califica como la búsqueda de «fuerza constitucional congénita», que serían las que consideran el carácter bastardo de la de 1993 y pretenden su supresión total, tienen, según Zegarra, ribetes de frivolidad y pretensión aristocratizante del todo premodernas, pero sobre todo inconducentes al logro de un mayor bienestar de la población.

Zegarra utiliza una clasificación de Karl Lowenstein en constituciones semánticas, nominales y normativas, que alude más a su funcionalidad con respecto al ejercicio del poder que a su texto, para explicar su posición. Así —dice—, cuando se aprueba la Constitución de 1993, sus autores iban en busca de una de carácter semántico aspirando a una concentración ilegítima de poder en torno a un líder, utilizándola para implantar un sistema en el que funcionara la libertad económica, mas no la política. Y eso es lo que se ha visto como resultado. Esa Constitución legítima pero parcialmente ineficaz ha evolucionado

primero de nominal, cuya función primaria es educativa, a normativa y eficaz, y esa evolución ha sido posible porque —más allá de sus imperfecciones— se han producido avances tanto económicos como políticos en el marco constitucional vigente. Y en esos avances han tenido influencia —dice Zegarra— quienes lucharon por la democracia contra el autoritarismo fujimorista. En consecuencia, lo que cabe ahora es mejorar la Constitución, no anularla ni olvidarla, ni mucho menos sustituirla por su precedente. Afirma que el autoritarismo que la engendró no ha prevalecido y que, más bien, ha tenido innumerables funcionalidades democráticas.

Zegarra aprecia una consolidación económica en el Perú y una mayor, aunque insuficiente, madurez institucional, reforzado todo ello por una creciente clase media y una disminución radical del analfabetismo. No cree que el texto constitucional haya favorecido únicamente al empresariado o a la ‘derecha’ política, y por tanto apela, más bien, a su necesaria continuidad y a la estabilidad normativa. Opina que las críticas en buena medida obedecen a aquellos que consideran que el texto debe ofrecer y prometer muchas cosas, aunque no puedan cumplirse. Apela a un sistema representativo que genere confianza (‘democracia fiduciaria’), en oposición a los métodos utilizados por la democracia directa o plebiscitaria, sistema aquel en que el encauzamiento de la voluntad popular debe producirse únicamente a través de fórmulas preestablecidas legalmente. Afirma que «la teoría de la democracia fiduciaria justifica no solo económica, sino filosófica y políticamente el principio de subsidiaridad de la actividad empresarial del Estado consagrado en la Carta de 1993» (Zegarra, 2013, p. 148). Dice que cambiar la Constitución de 1993 supondría una interrupción del proceso de evolución de la Carta de semántica a normativa, que existen mecanismos para mejorarla y que es preciso un ejercicio de memoriosa reflexión, asumiendo los errores del pasado, sin eliminarlos, para poder superarlos. Finaliza mencionando las reformas políticas que considera necesarias para que coadyuven a legitimar el actual proceso político.

El ensayo de Gonzalo Zegarra, que en mi opinión sobrevalora la importancia de las mejoras económicas de los últimos años, contiene un sólido planteamiento que se ajusta a un liberalismo ilustrado, aunque elitista, que ha conseguido viabilidad y estabilidad no solo por méritos propios sino también por ausencia de posiciones discrepantes asentadas en la realidad y no en meros ejercicios ideológicos.

6.5. Los tres ensayos, con diversos enfoques, no creen que es posible que en la actualidad pueda formularse una nueva Constitución, sino más bien modificaciones y reformas a la actual. Quien esto escribe creyó, hace unos años, que era posible un cambio total, una nueva Asamblea Constituyente, aunque no un regreso a la de 1979, sobre la que ya he expresado mi opinión. Ese ‘momento constituyente’ quizá se dio en el corto período presidencial de Valentín Paniagua y en los años iniciales del gobierno de Alejandro Toledo, pero por múltiples motivos no se concretó. Formo parte de aquellos que han buscado reformas en asuntos específicos en lo que al régimen económico se refiere, como he mencionado en el acápite anterior. Creo también necesario afirmar, y ello no ha sido puesto con suficiente énfasis en los tres ensayos citados, que numerosas sentencias del Tribunal Constitucional recaídas interpretando casi íntegramente los artículos de la Carta de 1993 han enriquecido grandemente su significado y aplicación, sin por ello caer en el defecto de ‘legislar’ desde el Tribunal, lo que ha coadyuvado a su generalizada aceptación. Por último, lo sucedido con cambios constitucionales de carácter populista en otros países latinoamericanos, entronizando presidencias casi perpetuas y ocasionando graves desarreglos económicos, también constituye una barrera emotiva y jurídica que alienta a buscar permanencia y mejoramiento, más que a favor de cambios normativos burdos e improvisados, generadores de desconfianza individual y colectiva. Entonces, pues, la Carta de 1993 podrá y deberá ser mejorada, pero no reemplazada. Esa es la opinión, tanto la ilustrada como la popular, al menos por ahora.

CAPÍTULO VI

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD Y SU INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA

1. LOS DECRETOS SUPREMOS 034-2001-PCM Y 011-2002-PCM

Fue a la luz del mandato constitucional sobre el rol subsidiario del Estado que durante el gobierno transitorio de Valentín Paniagua y al inicio del gobierno de Alejandro Toledo se dictaron los Decretos Supremos 034-2001-PCM y 011-2002-PCM, con la finalidad de precisar lo establecido por el artículo 60 de la Constitución política, definiéndose las reglas necesarias para evaluar si la actividad empresarial del Estado cumple con los requisitos constitucionales. El D.S. 011-2002-PCM sustituye algunos de los artículos del D.S. 034-2001-PCM, pero están estrechamente enlazados. De conformidad con lo que disponen, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE, que era la institución encargada de cautelar que la actividad empresarial del Estado se sujete a los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 60 de la Constitución, debería comprobar que el desarrollo de actividades empresariales del Estado tenga un carácter subsidiario y, además, analizar las autorizaciones expedidas por ley expresa a que se refiere el mencionado artículo.

Los Decretos Supremos mencionados son importantes no solo por sus considerandos, sino por lo que ordenan. Su justificación se encuentra en el desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, y en virtud de ello, afirman que resulta conveniente «garantizar una utilización adecuada y transparente de los recursos públicos, evitando que estos sean destinados al desarrollo de actividades que impliquen un descuido de tareas prioritarias que son inherentes al Estado». Sostienen que resulta conveniente establecer los procedimientos a través de los cuales FONAFE delimita y autoriza de manera específica el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado, y dicen también que es conveniente precisar las atribuciones del INDECOPI, porque es la entidad encargada de velar por la eliminación de prácticas que distorsionan la leal y honesta competencia.

Los decretos ordenan que FONAFE cautele que la actividad empresarial del Estado se sujete a los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 60 de la Constitución, que su directorio puede adoptar, si se trata de operaciones en marcha, medidas tales como la reorganización o reorientación de las actividades de la empresa, solicitar su inclusión dentro del proceso de privatización y otras medidas necesarias. Además, señalan en el artículo 3 que:

[...] queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

Esta prohibición es de aplicación también a las empresas que pertenecen a los sectores Defensa o Interior, pero no lo será cuando el directorio de FONAFE lo determine individualmente.

El artículo 4 dispone que, en la delimitación del alcance de la actividad empresarial que con carácter subsidiario desarrolle el Estado, FONAFE deberá tener en cuenta las condiciones de competencia en el mercado, la situación de la oferta privada, la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes o servicios, y que FONAFE podrá solicitar informes al INDECOPI para mayor conocimiento de la situación descrita.

2. LOS INFORMES DE INDECOPI A FONAFE

Dentro de ese mandato específico, y a la luz de otras disposiciones legales, como la Ley de Actividad Empresarial del Estado (Ley 24948), FONAFE encargó al INDECOPI la elaboración de informes sobre diversas empresas estatales, lo que ha constituido, sin lugar a dudas, el antecedente más importante y específico sobre la materia que nos ocupa. Así, entre otros, se encargó estudios sobre Editora Perú, Corporación Financiera de Desarrollo, Banco de la Nación, PerúPetro, Banco de Materiales, Servicios Industriales de la Marina, etcétera, empresas que se encontraban fuera del proceso de privatización iniciado en la década de 1990, pues las otras numerosas empresas del Estado ya habían pasado a manos privadas. Pues bien, en estos informes se define caso por caso cuándo esas empresas del Estado realizan actividades que pueden considerarse subsidiarias —y, por tanto, deben continuar operando en ese sentido— y cuándo deben dejar de hacerlo por incumplir el mandato constitucional.

Para tal efecto, se considera en los informes que, tal como dispone el artículo 60 de la Constitución, no constituye una disposición autoaplicable, y teniendo presente la existencia de diversas formas de actividad empresarial del Estado preexistentes a la Constitución de 1993, se dictaron los Decretos Supremos mencionados, y para delimitar dicha actividad se aplicaron como criterios las condiciones de competencia en el mercado, la situación de la oferta privada en la provisión

o prestación de bienes o servicios y la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. En los informes se hace un preciso análisis de los diversos escenarios en que participan tanto empresas estatales como privadas, se toma en cuenta la existencia de barreras legales o estratégicas y el análisis de subsidiaridad correspondiente, y se concluye que algunas de esas empresas cumplen parcial o totalmente una actividad subsidiaria y que otras no lo hacen. Para cualquier análisis futuro sobre esta materia, los informes emitidos por el INDECOPI a FONAFE constituyen antecedentes que no pueden dejarse de lado.

3. EL D. LEG. 1031

El 23 de junio de 2008 se promulgó el D. Leg. 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, y su reglamento, el Decreto Supremo 176-2010-EF, que deroga la Ley 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado y que enumera los principios, la organización y las funciones por los que deben regirse las empresas del Estado que se encuentran bajo el ámbito del FONAFE. Este dispositivo trata de las formas en que se realiza la actividad empresarial del Estado, sea con accionariado único, con accionariado privado o en empresas con potestades públicas, así como de sus recursos económicos, gestión, directores, estados financieros, etcétera.

El artículo 3 del D. Leg. 1031 indica con claridad absoluta que la actividad empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, y reiterando lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política, menciona que esa actividad deberá ser «autorizada por ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada». En su artículo 2, el reglamento sobre Principios Generales coloca en primer lugar a la subsidiaridad,

reiterando que se aplica de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución.

El D. Leg. que venimos comentando dispone que es posible que las empresas del Estado puedan recibir aportes de inversionistas privados y que el directorio de FONAFE determinará cuáles de las empresas del Estado deben inscribir un mínimo del 20% de su capital social en el Registro Público del Mercado de Valores, sujetándose a las disposiciones emitidas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV.

Este dispositivo legal no solo reitera el principio de subsidiaridad consignado en el artículo 60 de la Constitución sino que tiene un propósito claro al buscar la privatización parcial o total de las actividades empresariales del Estado, dejando sin efecto la reserva propia de las empresas cuya ley de creación les otorgaba potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Así, según lo señalado en el artículo 3 antes citado, no puede impedirse en el campo de acción de esas empresas el acceso de la inversión privada. De esta forma queda consolidado, sin lugar a dudas, el principio de subsidiaridad en una norma de rango superior a los decretos supremos 034-2001-PCM y 011-2002-PCM comentados anteriormente.

4. LAS RESOLUCIONES 2472-2010/SC1-INDECOPI, 2550-2010/SC1-INDECOPI Y 3134-2010/SC1-INDECOPI

En las resoluciones indicadas se elabora un marco teórico aplicable a aquellos casos por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el supuesto previsto en el artículo 14.3 del D. Leg. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece como ilícita la actividad empresarial desarrollada en contravención de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. INDECOPI puede haber, con posterioridad a las fechas de esas resoluciones, emitido otras sobre igual problemática,

pero los criterios expuestos en el marco teórico y el método de análisis no han sido variados posteriormente por ninguna norma legal o resolución administrativa de esa entidad. Antes de consignar la base teórica mencionada, nos referiremos brevemente a los casos concretos.

En el caso de la Resolución 2472-2010/SC1-INDECOPI, en octubre de 2008 la clínica Santa Teresa S.A. denunció al Instituto de Salud del Niño por competencia desleal, pues ofrecía un servicio adicional a sus prestaciones de salud regulares. Tal servicio estaba orientado a pacientes particulares, compañías aseguradoras y entidades prestadoras de salud, pese a que existen centros de salud del sector privado que ofrecen los mismos servicios a dicho segmento. Preciso que, a diferencia de las entidades privadas, ese instituto no incurre en mayores costos para brindar el servicio, pues utiliza la infraestructura, los recursos médicos y el mismo personal asignados por el Estado. En este caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI anuló la resolución de primera instancia y dispuso que el expediente fuese devuelto para que se evaluase el cumplimiento de todas las exigencias previstas en el artículo 60.

En la Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI, de fecha 14 de setiembre de 2010, el denunciante fue también la clínica Santa Teresa S.A. y el denunciado el hospital nacional Arzobispo Loayza, de propiedad estatal. La denuncia se hizo con la misma base legal que en el caso anterior y por hechos similares, pues según el denunciante el hospital competía deslealmente al ofrecer en sus instalaciones un servicio adicional a sus prestaciones de salud regulares, similar al ofrecido por una clínica privada y denominado Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado. En este caso, la resolución de la Sala confirmó la resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

En el caso de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de noviembre de 2010, la pollería El Rancho II E.I.R.L. denunció a la Universidad Nacional del Altiplano - Puno con la misma base legal de los casos anteriores, en virtud de que, siendo una entidad de enseñanza superior con personería jurídica de derecho público, instaló una ‘pollería y parrillería universitaria’, que es un establecimiento dedicado a la venta al público de pollos a la brasa. La denunciante afirmaba que esa actividad empresarial no contaba con un mandato legal expreso habilitante ni era compatible con fines educacionales, culturales o de investigación. Sostuvo también que su desarrollo genera la distracción de fondos públicos escasos que deberían ser destinados a objetivos educacionales, más aún cuando en la ciudad de Puno existen diversos establecimientos comerciales que satisfacen suficientemente la demanda de pollos a la brasa. En este caso, el Tribunal confirmó la resolución de primera instancia y declaró fundada la denuncia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal contraria al artículo 60 de la Constitución, supuesto recogido en el artículo 14.3 del D. Leg. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Pero además, lo que es de singular importancia es que el Tribunal aprobó un precedente de observancia obligatoria, que interpreta los alcances de la prohibición de actividad empresarial estatal no subsidiaria recogida en el referido artículo 14.3 del D. Leg. 1044. Cabe anotar que, según el D. Leg. 1033, artículo 14, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, entre las funciones de las Salas del Tribunal de ese organismo se encuentra la de «expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia».

5. LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y LA METODOLOGÍA EMPLEADA

Lo que nos interesa poner de relieve es el marco teórico, la metodología de investigación aplicada por el INDECOPI en los casos mencionados y los conceptos que finalmente dieron lugar al fallo. Por cierto, daremos importancia mayor al precedente de observancia obligatoria a que nos hemos antes referido y que consta en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.

El marco teórico aplicable está referido, en primer término, al principio de subsidiaridad estatal que establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa (Nº 18 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI). El principio mencionado se encuentra reconocido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución. El texto constitucional, dice la Resolución, califica la intervención empresarial del Estado como excepcional en el marco de la economía social de mercado, lo que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional. Califica la exigencia constitucional como un límite que evite que el Estado se sobredimensione y destine los escasos recursos públicos a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada. Opina que se justifica tal principio porque la gestión de las empresas públicas o de las actividades comerciales brindadas por las entidades públicas no suele ser eficiente si se la compara con las privadas, ya que la administración pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial, y que una gestión motivada por decisiones políticas puede provocar un importante déficit público. Afirma también que, en la mayoría de los casos, la actividad empresarial del Estado no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica y que, por lo general, tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida.

Esta base teórica se apoya en el artículo 14.3 del D. Leg. 1044, en virtud del cual el INDECOPI, a través de la Comisión de Fiscalización

de la Competencia Desleal y de la Sala, es la autoridad encargada de reprimir los actos o conductas desleales previstos en el mencionado dispositivo vía la imposición de sanciones y la implementación de medidas correctivas. El supuesto de competencia desleal es el de violación de normas y el texto del artículo 14.3 es el siguiente:

La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolla dicha actividad empresarial.

En esta normativa no se ha previsto una metodología para la evaluación de la subsidiaridad económica de la participación del Estado como proveedor de bienes y servicios. Sin embargo, el artículo 4 del D.S. 034-2001-PCM antes citado regula los procedimientos mediante los cuales el FONAFE debe delimitar y autorizar el desarrollo de las empresas públicas bajo su ámbito, tomando en cuenta para tal efecto las condiciones de competencia en el mercado, así como la situación de la oferta privada en la provisión o prestación de los bienes o servicios de que se trate. Ante la falta de una metodología específica, los criterios enunciados en los decretos supremos 034 y 030 ya mencionados constituyen, según la Resolución (punto 80), las pautas técnicas a partir de las cuales se debe realizar la evolución de la subsidiaridad. Y agrega que el INDECOPI, a través de su Gerencia de Estudios Económicos, ya ha expedido en años anteriores diversos informes en los cuales desarrolló un amplio marco teórico económico para el análisis del requisito de subsidiaridad, informes a los cuales ya nos hemos referido (supra 6.2).

La metodología escogida supone, en primer lugar, analizar si la conducta que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, implica el ejercicio de una actividad de índole empresarial, porque si la conducta que despliega el Estado corresponde

a actividades de otra índole, no se sujetará a los límites de subsidiaridad previstos en la Constitución (Nº 32). Entonces, solo si la actividad estatal es de tipo empresarial, continuará el análisis y deberán constatarse los siguientes tres requisitos: el primero, si se encuentra autorizada por ley expresa; el segundo, la verificación del carácter subsidiario de la actividad —esto es, si se realiza ante la ausencia real y potencial de la iniciativa privada—, y en tercer término, si la actividad empresarial del Estado reviste un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.

A continuación, con el objeto de determinar si la actividad estatal es empresarial, se distinguen los diversos roles que el Estado puede asumir en el mercado: puede actuar a título de autoridad, definiendo los términos de acceso a las actividades; puede regular las obligaciones y derechos de los agentes; puede supervisar y fiscalizar a las unidades económicas y resolver los conflictos que puedan surgir. También puede intervenir participando en calidad de agente económico, como comprador u ofertante de bienes y servicios, siendo en el segundo caso una actividad empresarial. En síntesis, desarrolla una actividad empresarial siempre que no constituya el ejercicio de alguna potestad de *imperium* ni califique como prestación asistencial. La actividad de corte asistencial comprende todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, con la finalidad de equilibrar diferencias en los sectores más necesitados, que el Estado debe cumplir por mandato constitucional y que están recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, y que corresponden a la provisión de los niveles mínimos de salud, educación y seguridad social. En estos casos no aplicable el artículo 60 de la Constitución.

Ahora bien, la Resolución 3134 que comentamos afirma que no toda actividad prestacional del Estado, para ser empresarial, debe tener por objetivo el obtener rentabilidad. Ello resulta irrelevante, pues el concepto de actividad empresarial no adquiere contenido a partir de la existencia de un beneficio económico para el ente estatal (punto 47).

La Resolución también indica que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios, pues hay que tener en cuenta que el propio artículo 14.3 del D. Leg. 1044 citado precisa que son dos los tipos de sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiaridad económica: por un lado, las empresas estatales que se encuentran bajo el ámbito del FONAFE, y por otro, las entidades de la administración pública que desarrollan actividad empresarial bajo el ámbito del D.S. 088-2001-PCM, con excepción de las actividades empresariales realizadas por los gobiernos locales y sus empresas, lo que se encuentra sujeto a la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

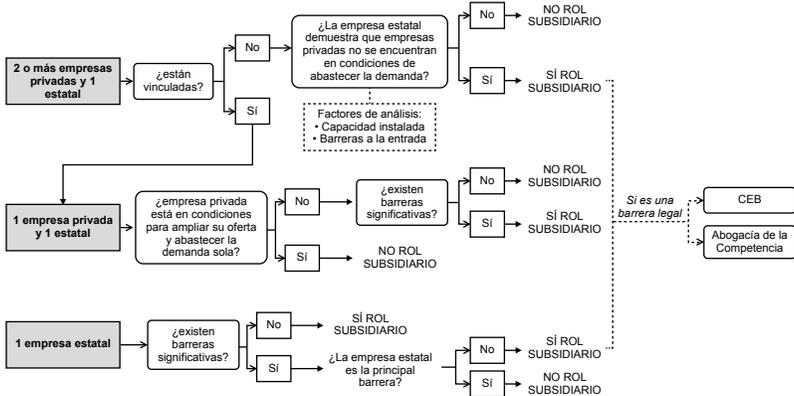
Pasando a otro punto, la Resolución se refiere a que es necesario saber si la actividad empresarial del Estado está habilitada por ley expresa y se pronuncia en el sentido de que es indudable que la ley autoritativa que exige el texto constitucional se refiere a una ley aprobada por el Congreso de la República y que eso se ratifica en el artículo 3 del D.L. 1031. Para aquellas actividades estatales fuera del ámbito del FONAFE no existe una regulación precisa, pero la Resolución considera que existen varias razones para exigir que sea una ley aprobada por el Parlamento. Menciona como fundamento de esta apreciación lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional (punto 62): que un principio de interpretación legal de toda norma que habilita una situación excepcional debe ser interpretada restrictivamente, más aún cuando en muchos casos la actividad empresarial del Estado se da bajo un esquema de privilegios que genera ventajas indebidas frente a los privados, y que es preciso reducir los márgenes de discrecionalidad y oportunidad política de los funcionarios del gobierno.

Esta interpretación, señala la Resolución, es coherente con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, pues para conocer cuándo una actividad económica responde a «un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional», se requiere una evaluación que solo puede ser adoptada por el Congreso. Esta, además, debe tener la característica de ‘expresa’, estableciendo de manera clara que la empresa

o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes o servicios, sin poderse extender la autorización a rubros similares por aplicación analógica de la norma. En este sentido, después de reconocer que tanto el 'interés público' como la 'conveniencia nacional' son conceptos jurídicos indeterminados que no han sido definidos por la Constitución, su formulación evidencia la intención de aplicarse solo en casos excepcionales. El Congreso de la República es la única institución legitimada para determinar esos casos, pues las potestades del INDECOPI solo le permiten evaluar el leal desenvolvimiento de los agentes en el mercado, pero la delimitación del interés público y la conveniencia nacional implican una evaluación más profunda que puede incorporar factores de índole geopolítico, políticas públicas, etcétera, lo que excede las funciones del INDECOPI.

Específicamente, en lo que se refiere a la metodología a emplearse, se incluye en primer término la delimitación de lo que se considera mercado relevante, para analizar después cuál es la oferta privada disponible y si ella puede atender a la demanda que hoy atiende la empresa estatal. Para ello se procede a analizar si la oferta privada que puede atender la demanda que cubre la empresa estatal estará o no posibilitada de ingresar al mercado como consecuencia de la existencia de barreras de entrada, para saber entonces si es posible que ingresen nuevos competidores que cumplan ese rol. Una vez delimitado el mercado relevante, se deberá analizar el carácter subsidiario de la empresa estatal, dependiendo del escenario que se presente, el cual estará definido por el número de participantes privados en el mercado. La Resolución distingue tres escenarios: el primero, cuando existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal; el segundo, cuando existe una empresa privada y una empresa estatal, y el tercero, cuando solo existe una empresa estatal. A continuación hace un análisis de estos escenarios y para ello utiliza el gráfico que reproducimos a manera de ilustración.

Gráfico N° 1
Marco general de análisis de los escenarios 1, 2, y 3



6. CONTROVERSIAS RESULTANTES

Las resoluciones a que hemos hecho referencia, y en especial la 3134-2010/SC1-INDECOPI, dieron origen a diversas opiniones y controversias, pues el tema ahí tratado así lo merecía. A continuación haré referencia a ellas, pero también a aquellos que han efectuado un análisis del tema brindando opiniones valiosas que deben tomarse en consideración.

El primero es un trabajo de Gonzalo Ruiz, Martha Martínez y Eduardo Quintana, titulado *El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia* (2006). Se trata de un análisis que se inicia con una mención a la literatura sobre la actividad empresarial del Estado, la que recuerdan tiene enfoques diversos, aunque escasas referencias al tema de la subsidiaridad. Su propósito es proponer una metodología que brinde garantías a las empresas privadas para no estar sometidas a una competencia desleal del Estado, brindar garantías a los contribuyentes para que sus recursos no sean utilizados con finalidades populistas, y a los usuarios, de que el sector público centrará sus esfuerzos en aquellas actividades en que se requiere de manera prioritaria su asistencia.

Estas premisas, como es obvio, responden claramente a una ideología neoliberal. Reconocen que la metodología propuesta en el trabajo ya ha sido utilizada por el INDECOPI.

Según estos autores, son cuatro las aproximaciones a esta problemática: la primera desde la economía política, la segunda desde el análisis del desempeño de las empresas públicas frente a las privadas, la tercera que analiza el rol que pueden cumplir las empresas estatales en mercados en los que también participan empresas privadas, y la cuarta relacionada con los posibles efectos sobre la competencia derivados de la existencia de empresas públicas. En primer término, presentan aquellos elementos que pueden tenerse en cuenta para la participación del Estado en el mercado bajo el concepto de interés público, en seguida por tener un carácter subsidiario, y en tercer lugar por existir una habilitación legal. Hecho esto, ingresan a analizar la experiencia peruana, a la cual hemos hecho ya referencia, y la metodología utilizada por el INDECOPI en las resoluciones mencionadas. Posteriormente hacen un análisis sobre las condiciones de competencia y la situación de la oferta privada en diversos escenarios y un resumen de los informes elaborados a solicitud de FONAFE a los que nos hemos referido.

Así, muestran que en los trece estudios realizados se analizaron 115 actividades económicas desarrolladas por empresas estatales. En 91 casos se consideró que estas se encontraban autorizadas por ley expresa, y de estas últimas fueron 41 los casos en que se concluyó que estando legalmente autorizadas no cumplían con el requisito de subsidiaridad. En otras palabras, el promedio del total de actividades empresariales realizadas por empresas públicas al año 2001, cerca del 40% no tenían carácter subsidiario. Concluyen que en esos informes no se hace referencia al interés público de las actividades realizadas, así como tampoco al impacto financiero que podía tener la eventual eliminación de algunas actividades realizadas por las empresas sobre el fisco. También que no se ha informado a la opinión pública sobre las acciones adoptadas posteriormente.

Un segundo enfoque general lo hace Ramón Huapaya en enero de 2012 en un artículo titulado «Propuesta de interpretación del principio de subsidiaridad en la Constitución» (Huapaya, 2012). Para este autor, el principio de subsidiaridad tiene gran importancia en materia de intervención administrativa del Estado en la economía, porque constituye un elemento regulador o de balance entre fuerzas centrífugas (pro presencia estatal) o centrípetas (pro abstencionismo) que están en constante pugna con respecto a la presencia del Estado como autoridad o como agente en el mercado. Afirma que el Estado tiene una mano visible en la actividad económica y que la ejerce interviniendo como autoridad en el sistema o como agente. En cuanto a lo primero, es preciso recurrir a principios que limiten su actuación, y cuando no basta el principio de legalidad es necesario recurrir a otro que limite la entreaña de esa forma de intervención que es precisamente el principio de subsidiaridad. Este principio es un límite y una habilitación, dice Huapaya, un freno y a la vez un acelerador. En cuanto a la faceta de autoridad del Estado, la subsidiaridad es un claro límite, toda vez que la intervención administrativa en la economía no es ilimitada, sino que se rige por una ‘subsidiaridad regulatoria que implica que el Estado no regule las actividades económicas o la propiedad más allá de lo que razonablemente se pueda exigir para compatibilizar los derechos individuales con los derechos de los demás y los derechos colectivos. Por otro lado, en cuanto a la faceta de agente del Estado, la subsidiaridad es en principio un límite al Estado empresario (cara abstencionista), pero también funciona al revés, porque lo habilita a suplir la iniciativa privada en caso que los servicios o bienes al mercado no sean cubiertos por el sector privado, sea por insuficiencia de la oferta o por su inexistencia (cara prestacional).

Huapaya considera que la faceta de subsidiaridad regulatoria se encuentra presente en el artículo 58 de la Constitución cuando delimita el principio de iniciativa privada como libertad y derecho fundamental oponible al Estado, mientras que este puede intervenir en ciertos

mercados con un rol correctivo o función reguladora. Y por otro lado, el artículo 60 existe como una subsidiaridad empresarial, prohibiéndola como regla general y autorizándola solo en las condiciones que ese artículo señala y a las que nos hemos referido en varias ocasiones anteriormente.

Huapaya afirma que es preciso recordar que la subsidiaridad regulatoria es algo más que un mero límite de buenas intenciones, que marca el ritmo de la intervención, pues el Estado solo interviene cuando los privados no pueden componer sus problemas mediante el derecho dispositivo. Por eso, señala, el poder de policía del Estado está sujeto a claros principios que lo limitan, tales como el principio de legalidad, el principio de razonabilidad y la regla general de proporcionalidad. Concluye señalando que la primera regla de la subsidiaridad empresarial es el derecho de abstención del Estado frente a la iniciativa privada, abstención no regulatoria pero sí empresarial, en el sentido de que el Estado no puede crear empresas cuando exista iniciativa privada que ya presta o brinda servicios, y ello se conecta con lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley de Competencia Desleal. La segunda regla es que exista un derecho al Estado empresario, siempre y cuando se cumpla con los requisitos del artículo 60 de la Constitución. La creación de una empresa pública es una solución de última ratio. A este respecto, recuerda que antes de crear una empresa pública el Estado puede convocar a concesiones, a la realización de contratos de colaboración público-privada o incluso a asumir por un tercero la construcción de un bien necesario para la colectividad. De esta manera, solo podrá crearse una empresa pública cuando, pese a todos los esfuerzos del Estado, no logra atraer a la inversión privada mediante mecanismos promocionales.

Alfredo Bullard, en su artículo «Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiaridad» (2011), hace una defensa del precedente de observancia obligatoria de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. Afirma que históricamente el Estado «mete sus narices donde no lo llaman y no está donde

le toca estar», que se dedica a gastar recursos que no le corresponden, que la actividad empresarial que realiza es desleal porque usa los impuestos para generar actividades empresariales, dejando de financiar los bienes y servicios que debería cubrir, y que compite deslealmente con el mercado porque usa ‘dinero gratis’ proveniente del erario público para subsidiar actividad empresarial, limitando la entrada o sacando del mercado a los inversionistas privados que no pueden tener la ventaja de tener ese ‘dinero gratis’. A continuación hace mención al artículo 60 de la Constitución, a una sentencia del Tribunal Constitucional, y elogia la redacción y el agregado del artículo 14.3 del D. Leg. 1044 al que ya nos hemos referido. Luego hace un recorrido sobre lo consignado en el precedente al cual nos hemos también ya referido. Comenta que, si bien en el precedente se señala que los actos de *ius imperium* no están sujetos a límites o control por la Comisión de Competencia Desleal, sí lo podrían estar por la Comisión del INDECOPI sobre eliminación de barreras burocráticas. Precisa que uno de los problemas es trazar la línea entre las actividades asistenciales y las empresariales, y que ello demandará una definición más clara a través de la casuística que se presente.

Bullard contesta algunas de las objeciones que se han hecho al precedente, como la vinculada con la necesidad de que se cuente con una ‘ley expresa’ aprobada por el Congreso que permita la actividad empresarial del Estado. Recuerda que la crítica es que, si hay autorización legal, es porque el Congreso ya evaluó la subsidiaridad y la razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional exigidas por el artículo 60, por lo que una revisión de una ley que no tenga ese carácter ‘expreso’ significaría que el INDECOPI estaría revisando lo hecho por el Congreso e indirectamente metiéndose en la calificación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, por lo que el INDECOPI debería limitarse a verificar si existe autorización legal. Bullard no concuerda con esta apreciación: indica que el concepto de subsidiaridad es económico antes que legal y depende de las circunstancias de cada caso, pues para calificar una actividad de subsidiaria

es preciso determinar si el sector privado puede o no cubrir la demanda del bien o servicio respectivo. Por tanto, considera que cuando el Congreso aprueba una ley autoritativa lo que hace es calificar el carácter de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional de la actividad en abstracto, pero que no califica el carácter subsidiario, pues ello tiene que evaluarse en cada caso.

En esa línea, incluso con autorización estatal, será preciso revisar el contenido de la autorización. Para Bullard «la autorización legal no es suficiente para aceptar que esté cumpliendo con la Constitución, ya que la actividad puede estar autorizada por sus motivos, pero la evaluación de subsidiaridad tiene que hacerse caso por caso». Afirma que es posible concluir que buena parte de los futuros casos que se presenten se definirán por la determinación del número de agentes en el mercado, y en tal sentido, adquiere gran importancia la definición de mercado relevante. Finaliza Bullard haciendo una disquisición sobre la teoría de los bienes públicos como fundamento de la competencia desleal.

Eduardo Quintana, en su artículo «El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional» (2011), hace referencia también al precedente de observancia obligatoria aprobado mediante la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI y afirma que no contiene gran novedad en su aspecto más sustancial, pues parte considerable de la metodología planteada por el INDECOPI plasma lo dispuesto por normas legales previas y metodologías de análisis ya utilizadas antes por ese instituto y cuya mayor virtud se encuentra en haber amalgamado lo ya existente y haberle dado el nivel de jurisprudencia vinculante para definir un tipo de conducta de competencia desleal, coincidiendo en general con su contenido. Los temas que considera nuevos son (i) la exclusión de la prestación de servicios asistenciales; (ii) las dos vías de solución para los casos en que se determine que las barreras al entrar que limitan la existencia de oferta privada disponible y que están contenidas en instrumentos normativos, y (iii) porque establece que si el texto de la

ley que autoriza la actividad empresarial del Estado no hace referencia a la razón de alto interés público o conveniencia nacional que justifica tal autorización, entonces se incumple el requerimiento del artículo 60 de la Constitución. Quintana se refiere a continuación al primero y al tercer tema señalado.

Quintana discrepa de la conclusión que contiene el precedente al afirmar que no corresponde hacer un análisis en los casos de servicios asistenciales, conclusión que afirma que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio, pues en ese caso —dice el precedente— estaría rehusando el cumplimiento de una obligación prevista por disposición constitucional. Así, el precedente concluye que la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales no es actividad empresarial del Estado. Quintana no comparte esa conclusión, pues cree que cada caso debe ser analizado por el INDECOPI para evitar que se trate de un acto encubierto de competencia desleal por violación de normas. Considera que, si las prestaciones que ofrece el Estado son efectivamente de tipo asistencial, podrían ser válidamente canalizadas a través de la actividad empresarial del Estado, pues cumplirían con tener carácter subsidiario y, en consecuencia, no existe razón para excluirlas de examen a la luz de los requerimientos previstos en el artículo 60 de la Constitución. Por ello, considera incorrecto que la prestación de esos servicios asistenciales se haya excluido del análisis de subsidiaridad.

En cuanto al otro extremo, referente a la presunción de ausencia de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, el precedente —recuerda Quintana— reconoce que no corresponde evaluarlo al INDECOPI sino al Congreso de la República. En este caso, considera que sí es correcta la conclusión, pues si existe una ley que autoriza expresamente la actividad empresarial del Estado y esta tiene carácter subsidiario, solo tendría que corroborar que dicha ley haga referencia a la razón de interés público o conveniencia nacional que sustenta la autorización sin agregar valoración alguna sobre el particular, pues de otro modo el INDECOPI estaría excediendo sus funciones en esta materia.

Es más, considera que la labor del INDECOPI debe limitarse a analizar el cumplimiento de los dos primeros requisitos del artículo 60 de la Constitución, ya que si considera incumplido el tercer requisito en el sentido de que la ley que autoriza no hace referencia a la razón de alto interés público o de conveniencia nacional que justifica tal autorización, estaría creando una presunción que no admite prueba en contrario en el sentido de que la ausencia de esa referencia en el propio texto de la ley de autorización constituye un acto de competencia desleal. Cree Quintana que, con esa presunción, el INDECOPI termina imponiendo un requisito al Congreso. Resulta cuestionable, dice, que las decisiones legislativas del Congreso queden sujetas a requisitos que vengan impuestos por una entidad administrativa como el INDECOPI. Y finaliza diciendo que el artículo 60 no impone ni exige al Congreso que señale en el texto de la ley la razón de interés público o conveniencia nacional que sustenta la autorización para la actividad empresarial del Estado y que ella podría estar consignada en la exposición de motivos. Quintana cree que la resolución y el precedente constituyen pasos importantes, pero que hay aspectos que deben ser reevaluados y corregidos.

César Ochoa ha estudiado tanto el contenido de la Resolución 2472-2010/SC1-INDECOPI (Ochoa, s/f) como el del precedente aprobado por la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI (Ochoa, 2011). En su primer trabajo dice, en primer término, que considera que la Resolución 2472-2010 «incurre en graves errores de derecho y que pretende sin sustento constitucional ni legal que el INDECOPI ejerza un control jurídico sobre normativas de valoración política que competen exclusivamente al gobierno nacional y al Congreso de la República». Advierte que aquella posición que preconiza un Estado mínimo o abstencionista es una concepción neoliberal del principio de subsidiaridad, ajena a la doctrina social de la Iglesia católica, pues en esta se encuentra íntimamente unida al principio de solidaridad, y que es también incompatible con el artículo 43 de la Constitución, que proclama que la República del Perú es «democrática, social, independiente y soberana».

En este sentido, afirma que la Constitución peruana vigente exige, para habilitar legalmente a la iniciativa pública, nada más y nada menos que la satisfacción de un interés general ‘cierto y prevalente’ o de utilidad nacional, y que la apreciación de estas circunstancias corresponde en última instancia al Congreso de la República. Afirma que la apreciación sobre la insuficiencia de la iniciativa privada corresponde a ese órgano del Estado, quien al evaluarla tiene en consideración las razones de ‘alto interés público’ o de ‘manifiesta conveniencia nacional’.

Ochoa considera que el D. Leg. 1044, en su artículo 14.3, pareciera perseguir no solo delimitar la actuación de las empresas estatales, sino desaparecerlas o hacer muy difícil su permanencia en el mercado, bajo la inspiración del neoliberalismo, y que ello obliga a efectuar una interpretación correcta del artículo 60 de la Constitución que otorga al Congreso una atribución exclusiva para determinar el alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional, sin que corresponda a ningún órgano ni tribunal administrativo la descalificación de dicha declaración. Es más, Ochoa agrega lo siguiente:

Más bien podría pensarse que lo que se persigue, frente a un requerimiento público de cualquier empresa privada, sea nacional o extranjera, es alentar la desactivación de la empresa estatal para dar lugar a su posterior privatización, sin ponderarse debidamente su contribución a la sociedad en su conjunto. Esta posible interpretación, de claro contenido ideológico, no cambia nuestro juicio sobre el papel en muchos casos negativo que han tenido las empresas públicas en el Perú durante el último medio siglo, pero pone un interrogante que es pertinente aclarar, principalmente frente a empresas de carácter regional o municipal, creadas para brindar servicios públicos que no interesan al sector privado.

Ochoa considera correcta la metodología empleada en lo concerniente a la revisión de un aspecto formal —esto es, si la iniciativa pública se encuentra autorizada por ley expresa—, pero en cuanto a los requisitos de fondo —es decir, en el ámbito de la decisión política—,

le parece inadecuada. A ese respecto recuerda que el artículo 58 de la Constitución señala aquellas áreas que, a juicio del constituyente, requieren una atención especial del Estado y que las exigencias del Estado social de derecho y de los derechos económicos, sociales y culturales modulan de manera significativa la aplicación de medidas de privatización de empresas del Estado. Concluye en el sentido de que el INDECOPI no está legitimado constitucional ni legalmente para sustituir esa apreciación política, más aun cuando incluso reconoce que el Congreso representa diversas posiciones de la sociedad, lo que por cierto no puede hacer un ente administrativo, por importante que sea.

Desde otra perspectiva, Ochoa recuerda que el artículo 58 de la Constitución, que define el rol del Estado en el sistema económico, se refiere a servicios públicos económicos, los que no deben ser confundidos con servicios públicos sociales como la salud o la educación, más aun cuando estos últimos no han sabido representar un monopolio o reserva del Estado sobre la colectividad y que en realidad se prestan en concurrencia con la iniciativa privada dentro del sistema de economía social de mercado. A este respecto, menciona que el artículo 9 de la Constitución prevé que es el Estado quien determina la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo es el responsable de diseñarla y conducirla, pues el mercado por sí solo no garantiza 'a todos' el disfrute de ese derecho. En ese sentido, considera que la prestación del 'servicio de salud bajo tarifario diferenciado', aun cuando no tiene por objeto un fin de lucro sino una finalidad de interés social, es una actividad empresarial desarrollada por una entidad de la administración pública, en los términos del párrafo 14.3 del artículo 14 del D. Leg. 1044, pero que esa actividad se encuentra autorizada por el inciso 9 del artículo 5 de la Ley General de Salud. Por eso, le llama la atención que el cumplimiento de esos fines de alto interés público no se mencionen en la Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI. En síntesis, Ochoa opina que la apreciación de las circunstancias de interés público o utilidad nacional corresponde en última instancia al Congreso, al igual que

la apreciación sobre la insuficiencia de la iniciativa privada, y que al INDECOPI solo le corresponde verificar si dicha iniciativa pública se encuentra autorizada por ley expresa; en fin, que la tecnocracia neoliberal ignora el principio de solidaridad que reclama la doctrina social de la Iglesia.

En su otro trabajo, sobre el precedente aprobado por la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, Ochoa confirma sus opiniones. En este sentido, opina que es correcto en lo concerniente a la competencia del INDECOPI para analizar si la conducta cuestionada que desarrolla el Estado implica el ejercicio de actividad empresarial y que ello se limita a verificar si dicha iniciativa pública se encuentra autorizada por ley expresa. Reitera que la revisión y control jurídico de los requisitos de fondo, como el carácter subsidiario de la iniciativa pública y los fines de alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional de la actividad empresarial del Estado declarados en la ley, no son materia del INDECOPI, por corresponder a juicios de valoración política del Congreso y del Poder Ejecutivo. Concluye en el sentido de que es un precedente que no puede ser de observancia obligatoria, pues trastoca el orden constitucional democrático y porque no guarda relación con las competencias legales del INDECOPI. Afirma que la tecnocracia no puede sustituir a la democracia por acto administrativo.

En el cuerpo de este segundo artículo, confirma también una apreciación anterior en el sentido de que ha habido un pobre entendimiento por la tecnocracia neoliberal de principio de subsidiaridad, y que ello ha generado que muchas veces se privilegie el interés de los particulares sobre el interés general. Reconoce que el precedente de manera correcta precisa que no constituye actividad empresarial el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales, y también cuando afirma que existe actividad empresarial con independencia de la existencia o no de ánimo de lucro y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. En definitiva, Ochoa discrepa en lo esencial de los fundamentos de las resoluciones antes mencionadas.

Hay otras dos opiniones más a considerar sobre esta materia, que en términos generales son coincidentes con lo dispuesto en el precedente de observancia obligatoria. La primera es de Carolina Agurto y Omar Alvarado (2011), quienes consideran que el principal aporte es la predictibilidad y seguridad jurídica que proporciona establecimiento los criterios y análisis establecidos para interpretar el artículo 14.3 del D. Leg. 1044, pues otorga seguridad a los particulares y un límite claro al Estado, lo cual fomenta un mejor clima de inversiones y una carta de invitación a capitales extranjeros para emprender negocios en el Perú. Consideran, además, que es un claro desincentivo a la proliferación innecesaria de empresas públicas, que ello hará más efectivo el control del gasto gubernamental y que incentivará la competitividad del país. Estos autores hacen referencia al crecimiento indiscriminado del Estado y sus empresas en el Perú décadas atrás, a los primeros intentos de liberalización, al límite constitucional a la intervención del Estado, a los informes del INDECOPI a FONAFE y a otros aspectos específicos del precedente, como los servicios asistenciales, indicando que no tiene sentido sujetarlos a un tema de subsidiaridad. Opinan favorablemente sobre la interpretación en ese sentido, pues el artículo 60 no se restringe a empresas públicas sino a la actividad empresarial, a la definición del concepto de subsidiaridad, y concuerdan con la cautela que muestra la sala en el precedente al acometer la evaluación del cumplimiento del requisito de ‘interés público’ y ‘conveniencia nacional’, pues escapan a las actividades técnicas del INDECOPI.

Otro estudio es el de Christian Guzmán (2011), el que concluye valorando positivamente el precedente, pues permite interpretar debidamente el principio de subsidiaridad como mecanismo para limitar la intervención del Estado en la actividad económica e impedir que esa intervención viole derechos de los particulares, en especial la libertad de empresa, que considera clave para el desarrollo económico. Este autor hace una referencia a la crisis del Estado del bienestar, al principio de subsidiaridad consignado en el artículo 60 de la Constitución,

pero indica que INDECOPI sí debería intervenir si la ley autoritativa del Congreso no especifica qué se entiende por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, pues no hacerlo implica una vulneración al principio de subsidiaridad. Hace después referencia al concepto de mercado relevante y al tema de las barreras burocráticas. En este último aspecto indica que, si al efectuar un análisis de subsidiaridad se detecta que las barreras de entrada se encuentran contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra facultada a remover, la autoridad deberá remitir los actuados a esta Comisión para que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas y legales o carentes de razonabilidad, lo que considera indispensable efectuar. Promueve la existencia de un mecanismo de control para la aplicación del artículo 14.3 del D. Leg. 1044, y afirma que la existencia de empresas públicas, *per se*, afecta de manera perjudicial la economía de un país, cualquiera que sea el diseño de su política económica. Por las razones ya expuestas anteriormente y por otras de carácter político e ideológico, declara su acuerdo con el precedente.

7. APRECIACIÓN CRÍTICA

Si nos remontáramos a unos años atrás, y comparáramos las resoluciones administrativas en materia económica con las resoluciones del INDECOPI que hemos comentado y muchas otras emitidas por esta institución, no podríamos dejar de reconocer que en esta materia se ha producido un importantísimo avance, pues más allá de la opinión que tengamos sobre su contenido, ellas ponen de manifiesto un razonamiento jurídico abierto y fundamentado que puede ser analizado por los interesados y que, sin lugar a dudas, constituye una garantía para los ciudadanos en general y los agentes económicos en especial.

La incorporación del principio de subsidiaridad en el artículo 60 de la Constitución Política ha dado lugar a varias resoluciones administrativas, algunas de las cuales hemos consignado por considerarlas

relevantes para este estudio. Podría no haber ocurrido ello si no se hubieran dictado los decretos supremos 034-2001-PCM y 011-2002-PCM, que resultaban propios de un momento en el cual las tesis neoliberales seguían teniendo fuerza en el ámbito político, económico y social sustentados a su vez en el denominado 'Consenso de Washington' y cuando todavía no se había presentado la terrible crisis financiera y la concentración de la riqueza que ha dado lugar a desigualdades inaceptables y a pobreza en amplios sectores de la población. Pero en el Perú ese fenómeno no se ha percibido con la intensidad de lo ocurrido en otros escenarios, pues durante los últimos años se ha producido un importante crecimiento económico, una disminución de la pobreza urbana y rural, un aumento en el empleo, una disminución del analfabetismo y una mejora relativa en la atención de la salud pública, al amparo de una política exportadora de materias primas premiada con precios extraordinarios que parecen ya no continuar.

Lo primero que hay que recordar es que, tanto la incorporación del principio de subsidiaridad en la Constitución como su interpretación administrativa, son opciones en lo estrictamente político y en lo económico, y que ello se aviene satisfactoriamente con el modelo de economía social de mercado, también consignado en nuestra Carta Fundamental. De lo que se trata, más bien, es de opinar sobre cómo ha sido interpretado, y sobre ello hay tres asuntos principales que tratar. El primero, el marco teórico interpretativo del principio de subsidiaridad y de su extensión. En segundo término, la metodología empleada para saber cuándo existe o no actividad empresarial estatal subsidiaria en el mercado y cuáles son los métodos necesarios para efectuar correctamente ese análisis, y en tercer término, la interpretación del artículo 60 y las prerrogativas de un ente administrativo, como el INDECOPI, frente al Congreso de la República. Nos referiremos a estas tres a continuación.

Teniendo presente lo consignado en el artículo 60 de la Constitución y los decretos supremos que dieron inicio a los informes del INDECOPI a FONAFE y posteriormente a las resoluciones que hemos

comentado, lo primero que hay que reconocer es que, existiendo tal disposición constitucional, es pertinente que el Estado encargue a un ente administrativo —en este caso, el INDECOPI— informes para conocer la situación de las empresas públicas en el sentido de si realizan o no actividades subsidiarias. Por tanto, desde el punto de vista formal, el reconocimiento de esa normativa legal y la posibilidad de analizar la subsidiaridad no pueden dar lugar a mayor controversia, pues esa actividad se encuentra dentro del marco legal. Pero otra visión de este asunto es apreciar en qué medida el INDECOPI ha teñido la definición del principio de subsidiaridad de un contenido que lo aísla de su concepción integral, no solo tal como ha sido reconocido por la doctrina social de la Iglesia católica, sino también en la legislación y doctrina de países europeos, para darle un sentido de contenido exclusivamente económico, dejando de lado un conjunto de aspectos de interés público que deben ser tomadas en consideración para un análisis no solo del principio sino de los casos concretos que se presenten.

En ese sentido, la reiterada mención a la ineficiencia en cualquier caso de empresas estatales, el cuestionamiento a que el Estado pueda brindar determinados servicios de salud amparado por la ley, da una visión exagerada y parcial que no compatibiliza con la realidad social y económica de un país con tan grandes desigualdades como es el nuestro. Y olvida, en forma absurda, las parciales, discutibles pero indiscutibles obras en infraestructura y educación que ha hecho el Estado durante las últimas décadas para que la actividad económica privada pueda desarrollarse adecuadamente, y en qué irresponsable forma durante los últimos gobiernos de origen democrático muchas de esas actividades pasaron al poder del sector privado, en especial extranjero, a precios ridículos y sin consideración a las obligaciones que tienen con el entorno en el cual se desarrollan. La interpretación administrativa del principio de subsidiaridad está, pues, teñida de una ideología que privilegia sin contención la actividad privada en todos los campos posibles, impidiendo acciones de otro tipo que son necesarias para la comunidad.

Encargado el INDECOPI de efectuar los exámenes correspondientes a la subsidiaridad, adoptó una metodología que tiene como principal virtud el que se haya hecho pública y tenga una cierta racionalidad. Por cierto, el tipo de análisis que efectúa podría ser mejorado, quizás con otros elementos, pues en materia metodológica hay muchas opciones a contemplar. Aspectos vinculados con el funcionamiento más preciso de las empresas públicas, el propio concepto de utilidad y bienestar social, los efectos en la competencia económica, son algunas variables que podrían acogerse seguramente y que podrían perfeccionar el modelo de los tres escenarios escogidos para evaluar el carácter subsidiario de la empresa estatal. Este es un asunto importante pero menor, pues las alternativas son muy variadas, y lo que es preciso resaltar es que las opciones metodológicas deben completarse con otras consideraciones que evalúen el alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional, pero esto ya está fuera del ámbito administrativo.

En cuanto a las opiniones que persiguen que el INDECOPI asuma en sus resoluciones un análisis para incluso cuestionar la decisión del Congreso sobre qué entiende por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, buscando que la ley expresa ingrese específicamente a ese contenido, se trata de posiciones ideológicas sin duda excesivas e inconstitucionales.

Finalmente, no puede dejarse de expresar que el artículo 14.3 del D. Leg. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, tiene un carácter exótico e inapropiado dentro de esta normativa, y su inclusión, tan celebrada por los partidarios de la visión neoliberal, confirma que su introducción no obedece, ni mucho menos, a la búsqueda de una interpretación adecuada y serena para nuestras circunstancias del principio de subsidiaridad, sino a la imposición de un modelo económico que para ellos sustituye o reemplaza cualquier otra valoración jurídica o ética, y por cierto, olvida que el Perú, según mandato constitucional —mandato que tiene primacía sobre esa estrecha visión del principio de subsidiaridad—, es un Estado social y democrático de derecho.

CAPÍTULO VII

CUATRO CONEXIONES ESPECÍFICAS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

Antes de pasar a ver la conexión del principio de subsidiaridad con cuatro de los muchos aspectos con los que tiene relación desde el punto de vista económico —esto es, la economía social de mercado, los servicios públicos, la protección de los consumidores y usuarios, y finalmente con el principio de solidaridad—, meditemos sobre las siguientes sabias reflexiones de Peter Häberle.

Es común en las democracias pluralistas de nuestros días que los constituyentes incluyan en la Carta Fundamental lo que piensan en materia de economía, el modo en el cual la disciplinan respecto de otros valores constitucionales como la dignidad del hombre y la libertad individual, el abuso en la competencia económica, el bienestar y la formación de la voluntad política. Los textos constitucionales representan, por un lado, las cristalizaciones culturales, las condensaciones de la discusión política y científica, así como el eco de los textos clásicos de la economía y de la ética social (Häberle, 2008, p. 41). Y ello es así porque la Constitución no solo es un texto jurídico sino también la expresión de una etapa de desarrollo cultural, espejo de la herencia cultural de un pueblo y fundamento de sus esperanzas. Las ‘libertades económicas’ son, como bien dice Peter Häberle, en primera y última instancia libertades culturales.

El mercado en el Estado constitucional no es un espacio libre de la ética, ni del derecho. La ‘mano invisible’ del mercado y la ‘mano invisible’ del derecho vienen concebidas contemporáneamente, pues la red de millones de contratos regulados por el derecho, que presuponen la confianza y al mismo tiempo la crean, es similar a aquel contrato social que del estado originario (*status naturalis*) conduce al *status civilis vel culturalis*, que es característico del Estado constitucional; así, el mercado es una parte de la esfera abrazada por el contrato social. «El mercado, en el Estado constitucional, es —como toda la vida social— estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es, constituido. Ello se ha transformado realmente e idealmente de un Estado de naturaleza a un Estado de cultura» (Häberle, 2008, p. 34). Así, la construcción de los mercados es diversa en el tiempo y en el espacio; el mercado no está dado a priori ‘naturalmente’; no es alguna cosa autónoma y separada, sino un ámbito social en el que se concreta el ejercicio de diversos derechos fundamentales mediante el aporte de muchos: en la concurrencia, en el intercambio y en los vínculos.

El mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse en la principal medida de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. Es preciso recordar la naturaleza instrumental del mercado que emerge de los textos constitucionales. El modelo de mercado no es aplicable a diversos ámbitos culturales, como el de la educación, la investigación y la familia. Por eso es preciso establecer, con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado. El poder del mercado está sometido a la soberanía democrática del Estado. Y la libertad económica del individuo encuentra su límite en el respeto a los otros y en las exigencias morales del bien común. Este es el espacio para una ‘ética de mínimos’. Como bien señala Häberle:

[...] la cultura económica del Estado constitucional presupone un mínimo ético, entendido como principio de reciprocidad, el cual se ha afirmado en la cultura jurídica civilista (por ejemplo,

en las cláusulas generales sobre la moral y la buena fe) así como en la previsión de los delitos económicos. Es necesario ser ‘educados’ para todo esto y ello refuerza la tesis del mercado como parte del *status civilis culturalis* (Häberle, 2008, p. 48).

1. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

1.1. Con frecuencia se habla de tres tipos definidos de ordenación económica: la *economía libre de mercado*, en la cual el Estado se limita a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica pero sin accionar él mismo; la *economía social de mercado*, en la que se estima que la libre competencia es el mejor de los sistemas para asegurar el bienestar de todos pero que admite la intervención del Estado en ciertas materias económicas y sociales, y la *economía dirigida o controlada de mercado*, que partiendo de la libertad de decisión de las empresas y de la coordinación espontánea de su actividad a través de los mecanismos del mercado establece correctivos estatales a dicha autorregulación, los que pueden estar previstos dentro de una política de planificación (Font Galán, 1987, pie de página 271, p. 147).

La economía de libre mercado sitúa al ‘hombre individual’ en el centro del planteamiento económico, pues parte de la convicción de que tiene la capacidad para reconocer lo que es mejor para él y actuar en consecuencia. Este sistema tiene como pilar principal la autonomía privada, cuyo régimen jurídico coadyuva a la obtención del lucro mediante las libertades contractuales, de competencia, de propiedad y de profesión. La función estatal no llega más allá de las normas ‘de policía’, sin que haya lugar para la planificación, dirección y fomento de la actividad económica, dando lugar a un dualismo entre el Estado y la economía. Por su parte, la economía dirigida o de planificación propone un sistema en el que el Estado debe llevar el peso de la responsabilidad económica y el individuo realizar su actividad en los espacios dejados por aquel. Son rasgos definitorios la centralización, mediante la cual se dictan planes concretos que son concreción

de un plan económico general, y la propiedad del Estado de los más importantes medios de producción.

Los dos sistemas comentados son planteamientos ideales, pues en la práctica las medidas económicas reciben la influencia de ambos modelos. La economía social de mercado supone una combinación que busca superar las imperfecciones de ambas formas extremas. Como dice Stober, la expresión economía social de mercado es indeterminada, pues no existe para su definición unidad de criterios. Dice este autor:

[...] aproximativamente puede caracterizarse como una economía de mercado que tome en consideración el aspecto social, por la cual el Estado garantiza la libertad de las personas, interviniendo en el desarrollo económico sólo en la medida que lo hace necesario la justicia social. La máxima es, pues: 'el máximo de libertad posible; medidas de coacción solo en tanto sean necesarias'. La atención está puesta en la corrección de las supremacías económicas dentro de la sociedad, la protección de los consumidores, el logro de un mínimo existencial mediante la defensa de la productividad y la protección de los trabajadores (Stober, 1992, p. 51).

1.2. No puede ocultarse que, en la actualidad, la cuestión del mercado es la piedra de toque para diferenciar el pensamiento liberal de otras tradiciones políticas. El pensamiento liberal moderno considera, en su versión extrema neoliberal, que el gasto social del Estado destinado a la distribución es un despilfarro y de ahí su injusticia, y considera además que el progresivo engrandecimiento del volumen de gestión del Estado es la principal causa de la ineficacia. En el proceso de globalización que vivimos, el mercado, en el pensamiento neoliberal, es un símbolo y un horizonte englobante. Se establece, una vez más, una distinción fundamental entre lo público y lo privado. El mundo es el ámbito de lo público, de lo poseído en común por el cuerpo social, pero la forma del mundo es el mercado. Así, lo que se expone en el mercado o se adquiere en él es automáticamente legal y permitido y no existe lo público como proyecto común (Trigo; en AA.VV., 1993, p. 305).

En el mercado no caben verdades compartidas, aspiraciones comunes o proyectos históricos; la existencia del mercado queda confinada a las transacciones. En esta concepción, el ser humano se define como competidor y solo rige la ley del interés propio y del triunfo en la competencia, lo que lleva necesariamente a una brecha entre vencedores y perdedores y dificulta la superación de la pobreza. Si la lucha económica tiende a desviarse, el Estado es el encargado de canalizarla para que tome la forma de mercado. Así, servicios como la educación o la salud son un asunto que cada uno debe arreglar en el mercado según su conveniencia; las subvenciones distorsionan el mercado. En este contexto, el ideal del Estado es el mismo que el del mercado: invisibilizarse, aunque ello no equivale a dejar de vigilar y sancionar las infracciones que vayan contra el funcionamiento del mercado.

No puede negarse que la adopción de medidas de carácter neoliberal, por una parte, ha hecho posible para muchos la obtención de una vida mejor en lo material, y que ha abierto horizontes para que muchos encuentren un campo de realización personal. Pero, por otra parte, ello mismo ha impedido que los recursos, más que suficientes, pudieran llegar a todos, y más bien los ha concentrado de tal manera que ha expandido la desigualdad. El mercado mundial va en la dirección del oligopolio y los precios administrados, y la competencia en muchas áreas se da solo entre las empresas líderes en los productos con tecnología de punta.

Por todo ello, el mercado, como modo de poner en marcha los talentos de cada cual para beneficio individual y colectivo, solo puede ser salvado en la cultura de la democracia, en la que concurren los programas, los proyectos concretos y la ejecutoria de cada uno para que el conjunto elija lo que crea más pertinente. La cultura de la democracia incluye la concurrencia en la selección de los gobernantes y de sus proyectos políticos, pero su forma global no es la lucha que busca prevalecer, sino la negociación en busca de la satisfacción de las partes en sus demandas legítimas. Ello no suele ocurrir actualmente, y por tal motivo es pertinente conocer el concepto mismo de economía social de mercado y el principio de subsidiaridad que tiene ahí plena vigencia.

1.3. El concepto de economía social de mercado tiene una difícil y complicada concreción jurídica, pues ha sido objeto de diversas interpretaciones. En principio, implica la participación de una multiplicidad de personas naturales o jurídicas, privadas, y en ciertos casos públicas, en el ejercicio de la libertad de empresa, que haciendo uso de la autonomía de su voluntad, ofertan productos y servicios que van a ser demandados por los usuarios, optando en cada caso según el precio y las prestaciones que deparen. Este sistema implica la propiedad privada de los medios de producción, la libre circulación e inversión del capital y el lucro económico constituido en motor de la actividad económica privada. Todo ello tiene consecuencias jurídicas que deben ser analizadas. Presupone el reconocimiento de la igualdad formal —y material como aspiración— de todos los participantes en el mercado, de manera que los poderes públicos deberán intervenir, al menos, para reprimir aquellas actuaciones que eliminan las condiciones de igualdad y, en segundo lugar, introducir la igualdad cuando esta no exista (Viciano, 1995, p. 172). Así, entonces, el sistema de economía social de mercado es la forma económica de una sociedad pluralista que involucra aspectos humanos tanto como institucionales y jurídicos.

Los que propugnan una economía social de mercado ponen especial énfasis en la competencia como motor del sistema, la que debe impulsar a todos los participantes en el tráfico, como son los consumidores y empresarios, a la satisfacción de los intereses económicos particulares y sociales. Ludwig Erhard, uno de sus grandes exponentes, señaló que la economía social de mercado es «la construcción social de la economía industrial, que integra el trabajo de todos los hombres libres y aplicados a un orden del que deriva para todos un máximo de utilidad económica y de justicia social» (Viciano, 1995, p. 172). Ello es posible gracias a la libertad y al respeto social de las obligaciones contraídas que se producen en el mercado al amparo de una auténtica competencia que persigue dar una recompensa al mejor trabajo realizado en libertad y con igualdad de oportunidades. Es importante observar la función dinámica y

niveladora de los desequilibrios sociales que le es atribuida en este sistema a la competencia económica (Font, 1979, p. 221). Entonces, el sistema propuesto bajo la denominación economía social de mercado expresa, básicamente, el compromiso de unir el principio de libertad de mercado basado en la competencia y la necesaria nivelación social, pero reconociendo a la competencia como motor del sistema.

La doctrina de la Escuela de Freiburg, que dio origen en Alemania al nacimiento de lo que se denomina 'economía social de mercado', consagra como elementos claves de su caracterización a la protección de la competencia económica, el control del banco emisor y el principio de subsidiaridad. Ello es así porque la esencia de una economía social de mercado:

[...] consiste en un sistema descentralizado donde las decisiones individuales y la dirección del proceso económico corren por cuenta de unos indicadores llamados precios, que se forman espontáneamente en los mercados competitivos por el libre juego de la oferta y la demanda. El sector público tiene una importante e insustituible misión que cumplir: la creación y aplicación de las condiciones y reglas necesarias para el funcionamiento del mercado. En particular, debe asegurar la estabilidad económica y la libre competencia, así como la realización de una política de corrección social. Ahora bien, estas actuaciones públicas en el campo de la economía han de ser en todo momento conformes con el mercado, es decir, han de respetar el mecanismo de los precios y evitar que el centro de dirección del proceso económico se desplace al sector público.

Según Ramón Entrena Cuesta, las características fundamentales del sistema de economía social de mercado son las siguientes: (i) el mecanismo de coordinación de las decisiones de los agentes económicos lo constituye el mercado, por lo que debe asegurarse su funcionamiento; (ii) debe garantizarse la libertad de acceso al mercado, eliminando los obstáculos que puedan existir; (iii) debe asegurarse la estabilidad monetaria; (iv) debe estar garantizada la propiedad privada

de los medios de producción; (v) debe garantizarse la libertad contractual; (vi) el Estado debe garantizar la competencia económica controlando los monopolios y oligopolios, evitando o reduciendo la concentración, y ordenando y fomentando la competencia; (vii) el Estado debe actuar en el proceso de distribución para corregir los resultados del mecanismo del mercado mediante una política fiscal; (viii) el Estado debe intervenir en las actividades económicas cuando ellas no puedan ser acometidas por el sector privado; (ix) el Estado debe realizar una política social con el fin de que estén satisfechas aquellas necesidades básicas de los individuos que el mercado no pueda satisfacer; y (x) las intervenciones estatales han de ser ‘conformes al mercado’, de modo que se integren en sus mecanismos y no los sustituyan por un sistema burocrático (Entrena, 1981, pp. 112-113).

1.4. El principio de conformidad, característico de la economía social de mercado, ha sido explicado por W. Röpke en su libro *La crisis social de nuestro tiempo*, de la siguiente manera:

[...] tiene importancia capital hacer una distinción en dos grupos de intervenciones estatales, para las que proponemos las denominaciones de intervenciones ‘conformes’ y ‘disconformes’, o sea intervenciones de conformidad con la Constitución económica basada en el mercado e intervención no conforme con ella. Son intervenciones conformes las que respetan la mecánica de los precios y la autorregulación del mercado realizada mediante ella, incorporándolas como nuevos ‘datos’ que aquella asimila; disconformes, en cambio, aquellas otras que paralizan la mecánica de los precios y requieren, por lo tanto, la implantación de un orden planificado (colectivista) (de Juan, 1984, p. 99).

Ahora bien, desde el punto de vista de una Constitución que se adhiere al principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la iniciativa privada —que es, como hemos señalado, el que rige para la Constitución económica española—, la economía social de mercado

no es el modelo escogido, más aún cuando la importancia del mecanismo de los precios que la distingue deja de ser considerado como esencial. En efecto, el principio de compatibilidad da lugar a que los precios de los bienes y servicios, los alquileres, salarios, tipo de interés, etcétera, puedan ser regulados por el sector público siempre que este lo estime conveniente para los intereses generales. Tanto la priorización del objetivo del pleno empleo como la estatización del sistema de seguridad social y la planificación de la actividad económica, todo lo cual implica una intromisión del Estado en la dirección del proceso económico, ha sido rechazado por la escuela de Freiburg y, en consecuencia, no forma parte de lo que se designa como economía social de mercado (de Juan, 1984, p. 140).

1.5. Finalmente, cabe recordar que la economía social de mercado es un concepto económico y social fruto de la liberalidad protestante unida con la solidaridad católica, estructurada sobre el principio de subsidiaridad, en donde ambos elementos se conjugan y complementan mutuamente. Como bien señala Bruno Heck, quien fuera presidente de la fundación Konrad Adenauer: «la economía social de mercado aspira a realizar la personalidad, subsidiaridad y solidaridad en la economía y la sociedad convirtiéndose en expresión concreta de los principios y parámetros de la doctrina social cristiana» (Heck, en Tessing, 1987, p. 14). Considera Heck que este modelo podría lograr la libertad, justicia y solidaridad en todos los países del planeta y ser un medio para el desarrollo internacional pacífico.

2. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

2.1. La categoría de servicio público es relativamente reciente y hoy su concepto concreto es asequible al gran público; se encuentra vinculado con qué es lo que en un determinado momento se considera la satisfacción de una necesidad esencial para la vida en sociedad.

Su amplia utilización se encuentra acompañada por la amplitud de la acción estatal. Pero lo cubierto por el concepto de servicio público no son las actividades o fines esenciales del Estado, como la administración de justicia o la defensa de la soberanía territorial. En un primer instante se utiliza para los llamados ‘servicios asistenciales’, como la sanidad, y se amplía después a novedades propias de las sociedades modernas, como la electricidad. El progreso técnico ha cambiado su contenido básico. La actividad queda incorporada al quehacer del Estado mediante una declaración (*publicatio*), usualmente en forma de ley, quedando en principio excluida la actividad privada, aunque en nuestros días a menudo entregada en concesión al sector privado. En síntesis, se trata de una actividad estatal, esto es, asumida en su totalidad por el Estado, destinada al público, indispensable para la vida en sociedad y que no supone el ejercicio de poderes soberanos.

Es conveniente aquí distinguir entre *función pública* y *servicio público*, pues la primera se desarrolla en consecución de los fines esenciales del Estado, como es la actividad legislativa, y se ejerce mediante actos jurídicos, mientras que el servicio público es una actividad destinada a fines de bienestar, no esenciales para el ser del Estado, pero importantes para la vida en sociedad.

2.2. ‘Servicio público’ es una expresión de uso generalizado y un mito legitimador de la acción del Estado, de un Estado que no quiere limitarse a la actividad de mantenimiento del orden público o de árbitro de intereses económicos privados. Pero ello no significa que no pueda darse en concesión, la que de producirse tendrá un carácter traslativo, pues supone la transferencia al sector privado de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenía, pero conservando siempre el Estado la titularidad.

El servicio público, para ser considerado como tal, debe ser prestado de una forma regular y constante y bajo un régimen jurídico especial, respetándose el principio de igualdad. En el servicio público no actúa

‘la mano invisible’ del mercado sino ‘la mano pública’ del Estado, pues se trata de una excepción al principio general de libertad económica, y las decisiones que se adopten al brindarlo no siguen siempre la lógica del mercado. Esta afirmación debe, sin embargo, matizarse, pues en nuestros días se le suele brindar, como hemos dicho, en régimen de concesión y con obligación de competir con terceros. El poder del gobierno, a través de entes reguladores *ad hoc* sobre las compañías concesionarias, se manifiesta de muy diversa forma, por ejemplo fijando los estándares técnicos que dan seguridad y uniformidad al servicio, la determinación de su cobertura en condición de igualdad para los usuarios, la aprobación previa de presupuestos y de tarifas, el control de los costos para lograr que sean razonables, entre otras.

La transformación del rol del Estado en la economía como fruto del proceso de liberalización económica ha hecho que se privatizen muchas empresas estatales que brindaban el servicio público en forma de monopolio. También flexibilizando las normas para darlo en concesión a privados, pero obligándolos a ofrecer el servicio en condición de competencia con otros, lo que antes no era posible, tanto por razones políticas como tecnológicas. Los reclamos por una mayor libertad económica que se hacen presentes en las sociedades capitalistas occidentales en las tres últimas décadas del siglo XX, y que pusieron de manifiesto la crisis del denominado Estado del bienestar fueron canalizados a través de diferentes medidas, como las desregulaciones y la eliminación de privilegios y monopolios, con diversa intensidad en cada país.

Todo ello se realiza dentro de un nuevo concepto de Estado, que algunos llaman *Estado subsidiario*, que si bien no ha significado un retorno al Estado liberal del siglo XIX, tiene rasgos que lo tipifican como una organización binaria integrada con una unidad de superior jerarquía que ejerce actividades esenciales pertenecientes al Estado como comunidad soberana, la que completa con otra mediante funciones desarrolladas por un conjunto de organizaciones menores que cumplen

una misión supletoria de la actividad privada. Tal es el caso de la educación, la salud y los servicios públicos (Cassagne, 1994, p. 110).

Sin embargo, no puede olvidarse que en los países hoy desarrollados el servicio público 'clásico' logró éxitos incuestionables, pues hizo llegar a significativas mayorías prestaciones vitales básicas que antes conseguían solo unos pocos, generando una infraestructura que facilitó a las poblaciones su entrada en la modernidad. Quizá la educación y el abastecimiento domiciliario de agua potable son ejemplos emblemáticos.

2.3. Hay que precisar que el margen de autonomía que tiene una empresa privada gestora de un servicio público es limitado, con lo cual el principio de libertad de empresa reconocido en la Constitución no puede tener una vigencia plena, como es en el caso de otras empresas privadas. Es cierto que en el nuevo servicio público, y con la creación de entes reguladores *ad hoc*, la libertad de acción de las empresas gestoras es mucho más amplia que la de hace unas décadas, pero no puede negarse que siempre hay una interferencia administrativa —y en algunos casos de completa subordinación—, lo que da lugar a no pocos conflictos legales. En la práctica existe una tensión entre la permanente y necesaria colaboración entre el Estado y el gestor, y la conducta empresarial que busca sobre todo obtener ganancias rápidas. La dirección de una empresa gestora de un servicio público no es simplemente un asunto privado, y no lo es porque en el caso del servicio público hay un tercero, que es el público usuario, que tiene derecho a una gestión eficiente, segura y, de ser posible, barata. Por tanto, en el área de los servicios públicos, el principio de subsidiaridad es siempre una referencia importante, pero en la práctica tiene una dificultosa aplicación.

La afirmación anterior, sin embargo, no puede poner en duda que la crisis del servicio público tradicional ha significado un reforzamiento del principio de subsidiaridad. Más aún cuando la conexión

entre el principio de subsidiaridad y la satisfacción de necesidades colectivas y vitales para los ciudadanos es de complementariedad y mutua influencia. Como hemos dicho, el servicio público es una actividad de prestación y satisfacción de necesidades colectivas cuya titularidad asume el Estado, sea por mandato legislativo expreso o porque así lo determina el poder político y la sociedad en un momento dado. Es preciso advertir otra vez que se trata de la titularidad del Estado, pero no necesariamente de su gestión.

El Estado, como gestor directo del servicio económico, ha desaparecido en gran medida, pero si tuviera que asumirlo, ello no debería repugnar a nadie, pues la discusión que se plantea no debería ser solo cuándo es más rentable y eficiente, si en manos del Estado o en manos privadas, sino más bien si las necesidades vitales están o no debidamente atendidas, en especial en las capas sociales más pobres y con menos protección. En síntesis, el concepto tradicional de servicio público económico queda vinculado para aquellos servicios esenciales que la ley reserva al sector público, los que suelen ser en nuestros días escasos y que pueden darse en concesión; en todo lo demás rige la iniciativa privada y el principio de libre empresa.

Así, mientras más presencia tenga, legal o consensuadamente, el principio de subsidiaridad, la presencia del Estado en la titularidad y, más aún, en la gestión de los servicios públicos se verá disminuida. Razones económicas, tecnológicas e ideológicas han dado lugar a que este sea actualmente el modelo más común en las sociedades capitalistas occidentales, tanto de mayor como de menor desarrollo relativo. Pero no cabe duda de que, si hay un territorio en el cual el principio de subsidiaridad es o puede ser atacado con más contundencia y emotividad, es en el de los servicios públicos esenciales, sobre todo cuando no han llegado a sectores importantes de la población y cuando, además, sea por razones de escala o dificultad geográfica, el sector privado no tiene intención de atenderlos.

3. LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

3.1. Como sabemos, el artículo 1 de la Constitución de 1993 obliga a que la sociedad y el Estado defiendan y respeten a la persona humana, creando condiciones de justicia, solidaridad, seguridad e igualdad que permitan el cumplimiento del proyecto de vida de cada cual. El artículo 2.1 de la misma Constitución dispone que la persona tiene derecho a su bienestar, es decir, a exigir al Estado que proteja determinados derechos y asegure su logro, tales como respetar la vida y la libertad, y también a la creación de una situación en que el bienestar esté vinculado a un determinado nivel de vida, esto es, con un importante contenido económico.

A lo anterior se suma la disposición del artículo 65 de nuestra Constitución, que señala que es obligación del Estado la defensa del interés de los consumidores y usuarios, lo que lo obliga a tener una posición proactiva vinculada fundamentalmente con el derecho a la información adecuada sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado y con el combate a la publicidad engañosa, en especial en las áreas de la salud y la seguridad. Hay que precisar que los intereses de los consumidores y usuarios que el Estado se ha comprometido a defender según el citado artículo 65 son más amplios y abarcativos que los derechos y que pueden adquirir un contenido variado y cambiante.

Ahora bien, hay que precisar que el derecho de los consumidores y usuarios no es autoaplicativo, sino de preceptividad diferida o progresiva en tanto derechos subjetivos de los ciudadanos y obligaciones mediatas del Estado, pero que obliga a este a una intervención concreta, dinámica y eficiente a efecto de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con la dignidad humana. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el consumidor es el fin de toda actividad económica y que la obligación del artículo 65 es un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, un derecho subjetivo.

3.2. En el Perú, las disposiciones positivas vinculadas con esta materia se encuentran principalmente en el Código de Protección y Defensa del Consumidor aprobado mediante Ley 29571, de contenido mucho más ambicioso que el ya derogado D. Leg. 716, pero siguiendo el INDECOPI como ente estatal administrativo responsable de su interpretación y aplicación. Su labor es importante porque la complejidad de los mercados y la publicidad agresiva dificultan en muchas ocasiones la capacidad de elección del consumidor, sea por carencias informativas o por un bajo nivel educativo. Son las empresas y los empresarios quienes están obligados prioritariamente a suministrar esa información, aunque esta es una tarea que también corresponde a los organismos del Estado.

La jurisprudencia administrativa del INDECOPI¹⁹ basada en el D. Leg. 716 no compartió la idea, de aceptación generalizada, de que uno de los motivos esenciales para la existencia de una legislación destinada a la protección de los consumidores y usuarios sea la desigualdad de poder económico existente entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores. Y argumentó que esa aproximación no es compatible con los casos que se presentan para su resolución. La principal causa es la asimetría de la información existente, que solo debe corregirse en aquellos casos en los que el mercado no funciona adecuadamente, agrupándolos por categorías genéricas. De allí surge la importancia de definir qué se entiende por consumidor o usuario.

A ese respecto es preciso tener presente que, si bien la contratación sigue constituyendo la principal fuente de las relaciones de consumo, esas relaciones se caracterizan en nuestros días por la formulación de condiciones tipo y por contratos de adhesión en los cuales la participación de los consumidores es prácticamente nula. Por esa razón, es imperativo que la ley busque impedir el abuso de una parte sobre la otra, tratando en lo posible de eliminar los efectos del desequilibrio económico

¹⁹ Resolución 101-96-TDC, publicada el 1 de enero de 1997, Cheenyi EIRL vs. Kónica S.A.

entre los contratantes. Esto se acentúa por la inexistente capacidad de respuesta de los consumidores frente a la agresividad publicitaria que busca influir en su conducta y preferencias, y que tiene un contenido más persuasivo que informativo. Por tanto, lo que los tribunales en diversos países han buscado es determinar cuál es el consumidor medio o promedio que se verá influenciado por esa publicidad para determinar cuándo hay engaño y cuándo no, teniendo siempre presente que la represión de este engaño es una medida posterior a su manifestación en el mercado. Y si bien la mejor defensa contra el engaño y el abuso es la educación y la autonomía personal y económica del consumidor, es también de pacífica aceptación que las grandes capas urbanas pobres de los países en desarrollo no están bien educadas ni tienen un grado de entendimiento razonable de lo que se les ofrece, más aún cuanto el ejercicio publicitario es agresivo y poco controlado. A ello se suma la introducción frecuente de productos y servicios provenientes de un acelerado desarrollo tecnológico propio de países más avanzados, cuya exacta comprensión no es fácil.

Por otro lado, poca duda cabe de que es deber del Estado asegurar la libertad de cada cual para que, dentro del bien común, cumpla —hasta donde sea posible— con la realización de su personal proyecto de vida. En ese orden de ideas, es un deber del Estado eliminar los obstáculos de orden económico y social que limiten la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Desde el punto de vista de los consumidores y usuarios, ese deber está presente para superar las desigualdades, promover la educación y exigir que los proveedores de bienes y servicios brinden información relevante, veraz, suficiente y oportuna, tal como lo exige el artículo 2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

3.3. El Código mencionado ha introducido un conjunto de disposiciones que otorgan a los consumidores y usuarios una protección superior a lo que antes estaba vigente, y desde esta perspectiva, la ha perfeccionado y adecuado a la realidad económica presente en el mercado.

A pesar de ello, es preciso referirnos a la forma como ha sido definido por el INDECOPI, desde antes de la puesta en vigencia del referido Código, el concepto de consumidores o usuarios. Desde un punto de vista estrictamente legal, el Código los define en el artículo IV.

La noción legal que delimita con precisión cuáles son las personas que la ley protege no es una noción abstracta que incluya a todos los ciudadanos en cuanto a personas que aspiran a una adecuada calidad de vida, sino una noción concreta que cada ley nacional contempla, y detrás de todas ellas hay un prototipo, un consumidor o usuario típico, que es el que la ley define o busca proteger. En el Perú está protegido el consumidor final, es decir, la persona que adquiere bienes o servicios para su uso privado o familiar, lo que también incluye a los pequeños empresarios. Está excluido el llamado *consumidor-cliente*, que adquiere bienes o servicios para la realización de su actividad empresarial.

Lo antes señalado no pareciera tener relación directa con el principio de subsidiaridad y su aplicación, pero no es así, porque la definición del consumidor protegido, tal como ha venido siendo aplicada la ley en el Perú por el INDECOPI, nos hace pensar que en numerosos casos es excluyente y discriminatoria, y en ello tiene influencia una interpretación ideológica neoliberal muy extendida del principio de subsidiaridad.

La ley peruana permite el establecimiento de un estándar que establezca los criterios interpretativos de alcance general y que cumpla una importante función en la resolución de los asuntos vinculados con la protección de los consumidores, la publicidad y la competencia desleal. El ordenamiento jurídico usualmente ha escogido estándares de conducta para regular y proteger determinados tipos de relación jurídica, por lo que no es extraño que el INDECOPI también lo haya hecho. Durante varios años —esto es, desde 1997—, para el INDECOPI, el consumidor protegido es el que calificó como *consumidor razonable*, y este estándar estaba circunscrito a los consumidores que se desarrollaran en el mercado con diligencia ordinaria para tomar decisiones

prudentes y que se informaran adecuadamente acerca de los bienes o servicios que les ofrecían los proveedores. Y para que actuaran de esa manera, la premisa era que el mercado funcionara adecuadamente, siendo de aplicación para tal efecto los artículos 13 y 14 del Código Civil, que establecen que quien actúa con diligencia ordinaria no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Se trata de un razonamiento impecable desde el punto de vista del derecho civil pero que es necesario matizar cuando tratamos de los contratos en serie o de adhesión, que son los típicos y más frecuentes que celebran los consumidores y usuarios. La aplicación de este criterio por el INDECOPI obedece, en nuestra opinión, a una opción ideológica reacia a aceptar la mayor responsabilidad que en las relaciones de consumo tienen los proveedores o empresarios, asumiendo falsamente que todos los consumidores son ‘razonables’, esto es, educados y uniformemente cuidadosos en sus relaciones de consumo, pues para ello basta, señalan, la información que fluye del mercado.

3.4. Más allá incluso de la disposición constitucional antes citada, el razonamiento anterior no debería ser de aplicación en el Perú, si se tiene presente que los mismos promotores de este criterio consideran que existe un alto número de consumidores que no son ‘razonables’. La aplicación ciega del principio de subsidiaridad, tal como ha sido entendido por las corrientes neoliberales en el Perú, ha llegado a afirmar que la pobreza puede convertir a los productos basura en una alternativa de supervivencia, lo que por cierto ha sido fuertemente refutado, pues el verdadero sobrecosto es aquel que tendrá que ser pagado por los daños que producirá el consumo de los productos basura.

Por otro lado, en varias sentencias el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de relaciones asimétricas entre los consumidores y usuarios y las empresas proveedoras, por lo que siempre se debe tender a lo más favorable al consumidor, es decir, a un especial

deber de protección, pues el objetivo último es el aseguramiento de la calidad de vida de la población en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, donde la búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos no pueden ser ignorados y donde el Estado se ve obligado a restaurar el equilibrio perdido como consecuencia de una relación de desigualdad.

3.5. No es necesario invocar estadísticas para afirmar que en el Perú existe un serio problema en la calidad de la educación pública y en la comprensión de textos escritos por un muy alto porcentaje de habitantes. A ello se suma una mala distribución del ingreso y problemas de vivienda y alcantarillado muy extendidos. En el ámbito de la cultura y de la investigación, las calificaciones son también altamente deficientes. Se trata de una realidad insoslayable que pone de manifiesto la imposibilidad de una aplicación extendida de una economía de mercado y de la segmentación en el consumo. El Estado está obligado a defender a millones de compatriotas que quedan, por su condición, automáticamente fuera del estándar del consumidor razonable, lo que lo hace, por tanto, excluyente y discriminatorio.

Hay entonces que afirmar que el modelo neoliberal, aplicado a partir de la década de 1990 y que en algunas áreas ha facilitado un importante crecimiento cuantitativo y cualitativo, no ha podido superar las carencias anotadas y ha hecho una aplicación parcial y limitada del mandato constitucional que obliga al Estado a proteger a los intereses de los consumidores y usuarios. No debe ser el interés de los empresarios y proveedores el que sirva para interpretar y aplicar las normas legales de protección, sino el consumidor, con sus concretos intereses, que solo en algunos casos podrá ser calificado como razonable tal como lo entiende el INDECOPI. No se trata tampoco de proteger a un consumidor poco atento o desinteresado de sus opciones de compra, sino a aquel que usualmente es un consumidor promedio, por debajo de los estándares que exigen los países más desarrollados. Lo que ha venido ocurriendo

es que la aplicación del principio de subsidiaridad, tal como erróneamente se ha entendido en nuestro país, ha llevado a la legitimación de la desigualdad y no a una lucha por una mayor inclusión. Debe entenderse en un sentido amplio que el contenido del artículo 65 de la Constitución Política pone de manifiesto que el interés del consumidor es el interés público de la colectividad. En síntesis, en este preciso ámbito, la interpretación por algunos teóricos y por el INDECOPI del principio de subsidiaridad no ha ayudado, a pesar de su aparente o supuestamente impecable contenido teórico, a proteger a la mayoría de los ciudadanos en un país de las actuales condiciones socioeconómicas y culturales del Perú.

Pero, por cierto, ello podrá variar positivamente en el futuro porque el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor admite entre sus 'políticas públicas' que el Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores, y que debe darse protección con especial énfasis a quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos. Tal es el caso de niños y de consumidores en zonas rurales o de extrema pobreza. Veremos si en el futuro INDECOPI aplica criterios más flexibles que el de 'consumidor razonable' explicado.

4. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

4.1. Las raíces etimológicas del concepto de solidaridad provienen del lenguaje jurídico romano (*solidum*). Recibió su acuñación en la Edad Moderna, ya que la desintegración de la sociedad estamental de la Edad Media y el desarrollo de un orden económico y social liberal influyeron para perfilar su contenido. La autonomía del sujeto proclamada por la filosofía de la Ilustración restó importancia a los valores colectivos y a las tradiciones en la percepción pública, con lo cual los vínculos sociales se interpretaban como meras relaciones contractuales y se cultivaba un individualismo desinteresado con los demás. El término *solidaridad* se formó entonces en parte como 'resistencia' contra

ese espíritu individualista y sus consecuencias. Durante la Revolución francesa el término *solidarité* empezó a reemplazar paulatinamente al de *fraternité* en el lema revolucionario (Nothelle-Wildfeuer, 2008, p. 9).

4.2. El concepto de solidaridad es usado más frecuentemente en el ámbito de la ética y de la política que en el jurídico, y en este último ya no exclusivamente ligado al derecho de las obligaciones, sino también al derecho constitucional, y sobre todo en la teoría de los derechos humanos²⁰. La solidaridad como principio jurídico-político suele ser invocada como principio de convivencia democrática y así es recogida en textos constitucionales, como fundamento del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas (De Lucas, 2008, p. 29).

Pero la solidaridad es una noción más fácil de intuir que de definir y delimitar por su contenido, alcance y aplicación, lo que obliga a un análisis exhaustivo cuando se convierte en un principio vertebrador de la Constitución (Fernández Segado, 1994, p. 106).

En el plano de la ética aparece como una virtud moral que podría compendiarse en la idea de fraternidad. Porque ser solidario es asumir como propio el interés de un tercero, identificarse con él, hacerse incluso cómplice de los intereses, derechos e inquietudes de ese otro ser humano. En el ámbito de lo social, la solidaridad constituye un ingrediente esencial de la existencia del hombre en sociedad, casi en una condición. Es, también, una herencia cultural del humanismo cristiano, un valor de referencia metaideológico y una referencia axiológica general reivindicada desde cualquier posición ideológica (Fernández Segado, 1994, p. 107).

²⁰ Sobre los antecedentes históricos del principio de solidaridad y su evolución posterior, vid. De Lucas (2008, pp. 13 y ss.) y Fernández Segado (2013, pp. 110 y ss.). Además, la solidaridad ha sido mencionada en muchos importantes instrumentos internacionales, tal como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre adoptada en Bogotá en 1948, en su artículo XII.

Algunos consideran que el derecho no es el ámbito propio de la solidaridad, porque ello significaría la destrucción de su noción como tal. Pero la solidaridad ha adquirido en las últimas décadas singular importancia en el derecho público, y más precisamente en el constitucional, constituyéndose en un ingrediente esencial del Estado social y democrático de derecho. Así lo ha consignado el Tribunal Constitucional en sus sentencias (vid. infra 7.4.12).

Por tal motivo consideramos correcta la afirmación de Francisco Fernández Segado:

[...] en el Estado social de nuestros días la solidaridad, sin dejar de ser como es obvio un valor moral o una exigencia ética, ha sido recepcionada por los ordenamientos jurídicos de algunos Estados como un principio político al que se ha dotado de plena fuerza jurídica, con lo que de alguna manera ha adquirido el rol adicional de valor integrante del orden axiológico constitucional, en estrecha sintonía con el resto de valores superiores del ordenamiento jurídico (Fernández Segado, 1994, p. 125).

4.3. Subsidiaridad y solidaridad son dos principios básicos que informan los sistemas de ordenación económica y de organización social, nos dice Gaspar Ariño (1981, p. 63). Estos dos principios, aparentemente contradictorios, señala este autor, han jugado siempre como polos de tensión en la configuración del orden social:

Uno de ellos es el principio de libertad individual y subsidiaridad estatal, otro el principio de igualdad de todos los hombres y de solidaridad social. El primero encuentra su soporte básico en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades. El segundo encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo. En la adecuada articulación de ambos principios, en cada momento y en cada lugar, radica una de las claves del Estado moderno (Ariño, 1994, p. 64).

Como sabemos, las estructuras políticas y económicas están al servicio del hombre, razón por la cual las normas que regulan y ordenan las conductas individuales no pueden tener como único objetivo la eficiencia económica sino que cada persona tiene un valor singular a cuyo servicio están el Estado y la economía. La naturaleza esencialmente social del hombre solo puede desarrollarse plenamente en relación con los demás, y de ahí que necesariamente exista una solidaridad entre los miembros que componen cada comunidad, sea en la ciudad, región o país, e incluso internacionalmente. Es por ello que la sociedad y su personificación jurídica, el Estado, no son un fin en sí mismo, una especie de entidad abstracta a la que todo deba subordinarse. Lo importante son las personas, más que las ideas o las organizaciones. Por eso son mutuamente complementarias la subsidiaridad y la solidaridad.

4.4. Como bien señala Ariño:

[...] la defensa de la libertad y la iniciativa individual tiene un envés no menos importante: la solidaridad social. Como ya hemos dicho, esta es una consecuencia de la naturaleza social del hombre, que debe llevar a este a una firme y perseverante actitud de contribución al logro del bien común. El bien común no es sólo la suma del mayor número de bienes individuales posibles —no es solo el óptimo paretiano— sino algo más. Es, sobre todo, la creación de aquellas condiciones (algunas medibles en términos económicos y otras no) en las que cada uno de los miembros de una sociedad pueda llevar una vida más humana, desarrollar mejor su personalidad, lograr sus aspiraciones (Ariño, 1994, p. 80).

Obviamente, esa solidaridad será siempre una meta, un principio que debe inspirar algunas de las reglas de la ordenación económica. Ahora bien, conviene distinguir lo que son manifestaciones de una virtud moral personal (la solidaridad entendida o no lejos de la caridad) de lo que la solidaridad sea como principio político inspirador de un régimen

jurídico exigible a todos los ciudadanos. Y Ariño señala que en este sentido tiene tres manifestaciones: el régimen de la propiedad, de la empresa y el fiscal.

En lo que se refiere al derecho de propiedad, considerado como presupuesto necesario de la libertad, hay que señalar que es también un instrumento importante para el ejercicio de la solidaridad, lo que se manifiesta a través de la llamada ‘función social’ de la propiedad. Así, por ejemplo, el humanismo cristiano ha afirmado siempre el destino universal de todos los bienes y el deber moral de utilizarlos en forma tal que se deriven beneficios para la colectividad, pero ha resultado siempre difícil hacer operativa esta realidad desde el punto de vista jurídico y político. Si bien hay que tender a una concepción no egoísta —no insolidaria— del derecho de propiedad, difícilmente se puede conseguir por imposición legal. Puede, por ejemplo, estimularse por la vía fiscal, pero en ningún caso puede alterar sus contenidos esenciales. Esa función social tiene lo que las encíclicas pontificias denominan una ‘hipoteca social’, lo que significa que todo propietario es deudor social. Pero el derecho solo ha sabido hacer esta realidad en contados casos, en aquellos en los que un determinado tipo de propiedad se encuentra relacionado con el interés ambiental o científico, a la seguridad nacional o a la defensa de valores artísticos, y en estas circunstancias queda en menor o mayor grado vinculada con finalidades distintas del propio interés económico de su titular.

En el mundo de la empresa la solidaridad es un sistema de cooperación voluntaria, pues si bien algunos han insistido en la prioridad del trabajo respecto del capital por el hecho de que es realizado por personas, lo cierto es que son los titulares del capital, o sus representantes, quienes toman las decisiones más importantes referentes a la organización y dirección del proceso productivo, a los medios de financiación, a los precios o a la propia continuidad o liquidación de la empresa. Pero es indudable que en una empresa actual lo más importante es el capital intangible, del cual forman parte los trabajadores y su potencial humano.

De ahí es que se busca una integración y una identificación entre empleados y empresa, y desde esa perspectiva se habla de su función social, que vincula no solo a propietarios y trabajadores sino también a consumidores, usuarios y el entorno social. Pero como bien señala Ariño, sin dejar de reconocer el derecho de los trabajadores a participar en los beneficios empresariales y sin negar tampoco la responsabilidad social que tienen las empresas a través de las cuales se materializa la solidaridad social, lo que no puede hacerse es convertir a la empresa en una especie de organismo político-social en el que se apliquen las reglas de las mayorías o en un ente benéfico, porque una empresa es una organización económica que tiene que competir en las mejores condiciones de calidad y precio, y es esta su responsabilidad fundamental (Ariño, 1994, p. 87).

La tercera vía a través de la cual puede lograrse la solidaridad, sin duda con mayor efectividad, es la vía fiscal, a través de impuestos a los ingresos, al patrimonio, a las ventas, etcétera, para dar cobertura a necesidades sociales por parte del Estado y para la provisión de servicios públicos esenciales, en virtud de la cual paga más el que más tiene o el que mayores beneficios obtiene. Lo que no puede dejarse de afirmar es que la solidaridad por la vía fiscal es siempre una solidaridad *estatal*. Frente a la empresa o a la propiedad privada, mecanismos societarios de la solidaridad que se muestran en ocasiones como manifestación de egoísmo y explotación, el Estado aparece entonces como símbolo de bondad y de desinterés. Pero es preciso reconocer que la burocracia no encarna siempre el interés público, sino un sistema de intereses personales o de grupo y es difícil aceptar esa presunción de titularidad en exclusiva del interés público a favor de la administración, ya que esta o el Estado se han convertido en muchos casos en un mal necesario, en botín de partidos políticos y en fuente de corrupción, y no puede negarse que la experiencia de la gestión pública que quiere hacer realidad la solidaridad ha sido frecuentemente muy negativa, pues la ‘burocratización del altruismo’ ha dado lugar a una práctica cara y con malos servicios.

4.5. La doctrina social de la Iglesia católica se ha referido al principio de solidaridad en numerosas ocasiones. Paulo VI ha señalado que el deber de solidaridad de las personas es también el de los pueblos, pues los ya desarrollados tienen ‘la obligación gravísima’ de ayudar a los que están en vías de desarrollo; que ningún pueblo debe «pretender reservar sus riquezas para su uso exclusivo», más aún ante la creciente indignancia de los países subdesarrollados (PP, 48). Antes, Juan XXIII había señalado que la universal solidaridad humana como el sentimiento de fraternidad cristiana exigen, ‘de manera absoluta’, que los pueblos se presten activa y variada ayuda mutua (MM, 155). El deber de hospitalidad para con los inmigrantes extranjeros, que es deber de solidaridad humana y de caridad cristiana, incumbe tanto a las familias como a las organizaciones culturales (PP, 67). Y el deber de fraternidad de los pueblos se presenta bajo un triple aspecto: el deber de solidaridad, el de justicia social y el de caridad, y en ello va el porvenir de la civilización mundial (PP, 44). Todos los hombres y todos los pueblos deben asumir sus responsabilidades para edificar un mundo mejor, y en esta marcha «todos somos solidarios» (PP, 80).

La solidaridad sirve en el mundo del trabajo para luchar contra la «proletarización efectiva» y las difíciles condiciones de vida que les impone la economía actual; solo así puede realizarse la justicia social. Dice Juan Pablo II: «Esta solidaridad debe estar siempre presente allí donde lo requiere la degradación social del sujeto del trabajo, la explotación de los trabajadores y las crecientes zonas de miseria e incluso de hambre» (LE, 8). En la encíclica *Sollicitudo rei sociales*, publicada a los veinte años de la *Populorum progressio*, Juan Pablo II afirma:

Por consiguiente, los responsables de la gestión pública, los ciudadanos de los países ricos, individualmente considerados, especialmente si son cristianos, tienen la obligación moral —según el correspondiente grado de responsabilidad— de tomar en consideración, en las decisiones personales y de gobierno, esta relación de universalidad, esta interdependencia que subsiste entre su forma

de comportarse y la miseria y el subdesarrollo de tantos miles de hombres. Con mayor precisión, la encíclica de Paulo VI traduce la obligación moral como ‘deber de solidaridad’, y semejante afirmación, aunque muchas cosas han cambiado en el mundo, tiene ahora la misma fuerza y validez de cuando se escribió (SRS, 9).

Lo que el principio de solidaridad promueve es una colaboración, interacción y servicio que parta de los valores evangélicos y contribuya al crecimiento, progreso y desarrollo de todos los seres humanos. Este asunto se plantea con toda claridad en la encíclica *Sollicitudo rei socialis* (26)²¹. Juan Pablo II señala que la solidaridad como principio de la doctrina social lleva relación y tiene vínculos con los demás principios de inspiración cristiana, como el destino universal de los bienes, el bien común, la igualdad y la fraternidad en todos los hombres, etcétera. Se le propone así como la virtud a ejercer por los cristianos en relación con la sociedad, para de algún modo pagar la deuda que tienen con ella por las condiciones que esta ofrece de desarrollo y vida humana.

4.6. Ahora bien, según la doctrina social, las acciones concretas para una mejora sustancial de la vida humana en sociedad deben realizarse con la colaboración de todos, especialmente de la comunidad internacional, pero también entre las mismas naciones en vías de desarrollo (SRS, 45). Y el ejercicio de la solidaridad dentro de cada sociedad es válido solo cuando sus miembros se reconocen como personas (SRS, 39), pues en la tarea de superar los obstáculos morales para el desarrollo,

²¹ En efecto, es en la encíclica *Sollicitudo rei socialis* donde se plantea más a fondo la noción y el alcance del principio de solidaridad: «Es así que, en este mundo dividido y perturbado por toda clase de conflictos, aumenta la convicción de una radical interdependencia, y por consiguiente, de una solidaridad necesaria, que la asuma y traduzca en el plano moral. Hoy quizás más que antes, los hombres se dan cuenta de tener un destino común que construir juntos, si se quiere evitar la catástrofe para todos. [...] El bien, al cual estamos llamados, y la felicidad a la que aspiramos no se obtienen sin el esfuerzo y el empeño de todos, sin excepción; con la consiguiente renuncia al propio egoísmo» (26).

es un valor positivo la conciencia creciente de la interdependencia percibida como sistema determinante de relaciones en el mundo actual, en sus aspectos económico, cultural, político y religioso, y asumida como ‘categoría moral’. Y afirma: «cuando la interdependencia es reconocida así, su correspondiente respuesta, como actitud moral y social y como ‘virtud’, es la solidaridad» (SRS, 38). En otro apartado, la encíclica SRS afirma que la solidaridad nos ayuda a ver al ‘otro’ —persona, pueblo, nación— no como un instrumento cualquiera para explotar por el bajo costo de la mano de obra y resistencia física, abandonándolo cuando ya no sirve, sino como un ‘semejante’. Por tanto, la solidaridad es en la doctrina social un camino hacia la paz y hacia el desarrollo. Y como virtud cristiana tiene numerosos puntos de contacto con la caridad (SRS, 39).

Al efectuar una referencia a la encíclica *Rerum novarum* y recordar que se opone tanto a la estatificación de los medios de producción, pues reduciría a todo ciudadano a una ‘pieza’ en el engranaje de la maquinaria estatal, también lo hace con una concepción de Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo de interés y de acción, pues al Estado le corresponde determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones económicas y salvaguardar así las condiciones fundamentales de una economía libre, la encíclica *Centesimus annus* afirma:

Para conseguir estos fines, el Estado debe participar tanto directa como indirectamente. Indirectamente, y según el principio de subsidiaridad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente, y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro (CA, 15) (Nothelle-Wildfeuer, 2008, p. 12).

Contra lo que podría ser entre nosotros una idea aceptada, Ursula Nothelle-Wildfeuer afirma que la ‘opción preferencial por los pobres’ (un concepto que tiene sus raíces en la Teología de la Liberación latinoamericana) no debe confundirse con el concepto de solidaridad. Afirma que la validez universal del principio de solidaridad evidencia que no se trata de una opción exclusiva, de tomar partido por los pobres y en contra de los ricos, sino de tomar partido por el ser humano. Y ello es así porque todo tipo de solidaridad que se fundamenta en el no respeto de la universalidad de la dignidad humana es reprochable desde el punto de vista ético.

4.7. Sorprendieron a los conquistadores españoles, y así lo pusieron de manifiesto los cronistas del siglo XVI, los notables logros económicos y administrativos de los incas, aunque se trataba de una economía sin moneda, mercado ni comercio. La reciprocidad, dice María Rostworowski:

[...] era un sistema organizativo socioeconómico que regulaba las prestaciones de servicios a diversos niveles y servía de engranaje en la producción y distribución de bienes. Era un ordenamiento de las relaciones entre los miembros de una sociedad cuya economía desconocía el uso del dinero. Existió en todo el ámbito andino y actuó como eslabón entre los diversos modelos de organizaciones económicas presentes en el amplio territorio (Rostworowski, 1988, p. 61).

Se distinguen dos niveles de reciprocidad: por una parte las comunidades rurales (*ayllus*) unidas entre sí por lazos de parentesco, y por otra, el Estado inca rodeado de un aparato militar y administrativo, beneficiario de las prestaciones de servicio de sus súbditos y cuyos excedentes eran redistribuidos. Rostworowski hace un amplio análisis de la evolución de la reciprocidad antes y durante el Imperio incaico y de su rol primordial como eje de los éxitos incas.

Las formas de trabajo tales como el *ayni* o reciprocidad, la *minga* o colectivismo y la *mita* o servicio estatal eran todas formas de trabajo que corresponden a sociedades de escaso desarrollo de sus fuerzas productivas y se venían ejercitando desde antes de que se consolidara el Imperio incaico. El trabajo familiar y el *ayni* dependían de los compromisos y reciprocidades de cada grupo doméstico.

El *ayni* es una de las formas más antiguas y comunes de trabajo en el planeta: operaba en el desarrollo del ciclo agrario y en toda actividad inmanente a ella. Se trata de un intercambio de trabajo entre los grupos domésticos, el préstamo de trabajo que una persona o conjunto de personas hacían a otro individuo o conjunto de individuos, a condición de que se les devolviera en fecha oportuna y en iguales estipulaciones de tiempo y envergadura de tarea. Dice Waldemar Espinoza que:

[...] el *ayni* no era exactamente un socorro mutuo de hermandad, sino un trabajo interesado: un dar para recibir, un dame y toma sinfín. Tenían un definido y ancho concepto de la reciprocidad generalizada e interesada: nadie debía proporcionar nada a otro por el elemental mundo y lirondo hecho de regalar. Todo lo que se daba se hacía con la idea de ser correspondido; o en otras frases, se lo hacía meditando en la devolución (Espinoza, 1997, p. 202).

La *minga*, por el contrario, dependía del consenso de quienes integraban el *ayllu* (familia extensa), planificados y controlados por sus líderes, como los curacas o *camayos*. Eran faenas colectivas en obras de bienestar de toda la familia extensa, y a diferencia del *ayni*, debían ser cumplidas obligatoriamente. Estos trabajos colectivos engendraban vínculos de solidaridad y garantizaban el confort de cada familia extensa o *ayllu* mediante el ejercicio común o mancomunado, impulsado por la profunda necesidad de resolver problemas socioeconómicos que beneficiaban a todos.

La *mita*, por su parte, estaba ordenada, planificada y supervigilada por el Estado y generaba rentas mediante el cultivo de tierras, el cuidado del ganado, la explotación de minas o la confección de armas y objetos artesanales. Una de las características de la organización de la población en lo que a economía se refiere durante el imperio de los incas —y antes también, quizá— fue el estrecho vínculo existente entre las relaciones de parentesco, la reciprocidad y la riqueza, y algunas de sus manifestaciones sobreviven hasta hoy mismo. La ausencia de pobreza en los Andes prehispánicos, tan mencionada en las crónicas españolas, se debía al vigor de los intercambios recíprocos que no consistían básicamente en bienes sino en aprovechamiento de la energía humana del grupo de parentesco. Franklin Pease afirma que «la solidaridad sustentada en el parentesco era, entonces, lo que evitaba la pobreza en los Andes, y ello llevó a conocidas alabanzas de los cronistas» (Pease, 1991, p. 60).

El modelo económico inca ha sido calificado de redistributivo debido a las funciones que cumplía el propio Estado, que acaparaba en gran parte la producción del país, la cual era distribuida según sus intereses. Esto presuponía un modelo centralista institucional. Entonces, la reciprocidad y la redistribución pueden combinarse en la misma sociedad: la primera corresponde a la forma horizontal del intercambio, y la segunda a la forma vertical entre las unidades locales y la autoridad central. Gran parte de la redistribución era consumida por el sistema de la reciprocidad, por el cual el Estado se venía obligado constantemente a renovar grandes ‘donativos’ a los diversos señores étnicos, a los jefes militares, etcétera. (Rostworowski, 1988, p. 261).

Hemos mencionado aquí estas formas de trabajo en el antiguo mundo andino porque ha sido muy común que al describir su operatividad se mencione con frecuencia el concepto de solidaridad para hacerlas más inteligibles. No obstante, creemos que eso es solo parcialmente posible —y quizá hasta inexacto—, pues en la sociedad andina

era desconocido el concepto de persona y de derechos fundamentales tal como hoy los entendemos. La circunstancia de que, desde el punto de vista económico, fuera una sociedad igualitaria y sin hambre no puede hacer que se olvide que sus habitantes no tenían la autonomía existencial desarrollada por el mundo occidental. La solidaridad, tal como la entendemos ahora, es en buena medida una opción personal que beneficia a otros y gratifica a quien la realiza, pero esta decisión no parece haber sido posible en el mundo andino prehispánico.

4.8. Algunos de los conceptos de la cultura andina mencionados han sido retomados en una reflexión —de inspiración marxista— vinculada con lo público y privado. En un ensayo sobre el lugar y significación de América Latina, Aníbal Quijano considera que una de las interrogantes cruciales es la relación entre lo público y privado, «porque en ella están implicadas virtualmente todas y cada una de las instancias de la existencia social contemporánea» (Quijano, 2014a, pp. 705 y ss.), ya que el debate de esta cuestión compromete todo el sentido y legitimidad de los principales proyectos históricos actuales.

Quijano afirma que la presión por la ‘modernización’ de América Latina se ejerce por agentes no latinoamericanos, presión que abarca el modo de producir, los estilos de consumir, de la cultura y de los sistemas de organización social y política de los países del capitalismo desarrollado, considerados como ‘paradigmas’ de una exitosa modernización. Pone de relieve el papel que jugó el descubrimiento de América en la formulación europea de la modernidad y el surgimiento de utopías específicas. Mientras que en Europa la modernidad florece abonada por el capitalismo, en América Latina —desde el último tercio del siglo XVIII— se establece una brecha entre las necesidades ideológicas de la modernidad y la desarticulación económica, con la consecuencia de que el poder es ejercido por los sectores más ligados a la desigualdad y al despotismo.

Quijano distingue entre la ‘razón instrumental’ desarrollada y después impuesta por los países del norte o sajones, y después por los Estados Unidos, caracterizada por considerar a lo racional como lo útil —perspectiva dominante del poder—, y lo que denomina ‘razón histórica’, desarrollada por los países del sur europeos, en donde la idea predominante de racionalidad se constituye definiendo los fines, que son la liberación de la sociedad de toda desigualdad, de la arbitrariedad, es decir, en contra del poder existente, constituyendo una promesa de libertad, de equidad, de solidaridad. Y es desde la ‘razón instrumental’ que se ejerce poder sobre América Latina para su modernización, fines impuestos por el capitalismo. Llama a esto «la tramposa quimera de la modernidad sin revolución», pero que no ha conseguido destruir la simiente de la utopía de equidad, solidaridad y libertad.

Frente a ese escenario, Quijano desecha las posiciones extremas neoliberales, populistas y socialistas estalinistas, porque no conducen a la igualdad ni a la democracia política, que representan finalmente una oposición entre lo privado-capitalista y lo estatal-capitalista, dos caras de la ‘razón instrumental’. Propone un privado no capitalista sino social, que repone la reciprocidad andina como el fundamento de la solidaridad y la democracia universalmente constituidas. Para Quijano, ese nuevo privado-social y su articulación pública-no estatal funcionan como promesas liberadoras de una sociedad racional y moderna.

La propuesta obliga a una resignificación de la problemática de lo público y de lo privado. Para Quijano, el mercado implica una relación de poder que excluye la reciprocidad, porque se trata de un tipo de intercambio que no se funda en el valor de cambio sino más bien en el valor de uso. Su propuesta es opuesta a la fragmentación que genera el mercado, pues es parte de una concepción globalizante del mundo. Recordando la experiencia andina, afirma que la reciprocidad no necesariamente requiere igualdad, pero sí solidaridad, y que no es impersonal como lo es el mercado.

4.9. El principio de solidaridad parte de la existencia y de la igualdad de todos los seres humanos, así como de su igual valoración de las relaciones recíprocas de las personas entre ellas y con toda la sociedad ('ser-con-otros'). La moral debe proteger tanto al individuo como a la comunidad a la que pertenece. Por tanto, el ejercicio de solidaridad significa el deber de poner en práctica la justicia. Solo en esta vinculación del concepto de solidaridad (como instrumento) con la justicia (social) (como objetivo) se puede llegar a una determinación adecuada de su contenido.

La solidaridad implica reconocer la responsabilidad de aquellos con poder para empoderar a los más débiles para que brinden su aporte al bien común con sus capacidades propias y recursos y la disposición de estos últimos de brindar ese aporte (vertical). También debe interpretarse como la ayuda mutua entre las personas (horizontal). Por consiguiente, se deben integrar esos dos principios en la dignidad humana. Solo cuando se motiva a los seres humanos a cumplir las responsabilidades que son capaces de asumir se puede lograr la solidaridad.

Ahora bien, el principio de solidaridad no es opuesto sino integrativo con respecto al de la subsidiaridad. En situaciones de emergencia —por ejemplo, epidemias— o de deficiencia organizativa de la vida civil —por ejemplo, problemas en el abastecimiento de agua— y de exigencia social —como la protección del medio ambiente—, el principio de subsidiaridad no puede decidirse mediante una abstención o retroceso en la intervención del Estado, pues la subsidiaridad horizontal se apoya en un principio de ética pública.

Son esas razones las que llevaron en el inicio de la segunda mitad del siglo XX, en el campo político, a defender al denominado 'Estado Social', porque fue entendido como la concreción de la solidaridad institucionalizada y organizada. Ello se ratifica en el hecho de que no se basa en la mera voluntariedad, sino que se manifiesta en las correspondientes relaciones jurídicas. En consecuencia, fueron muchos los defensores de la ética social cristiana —considerada como justicia social, en el sentido

de una justicia de participación— que coincidieron con los objetivos perseguidos por el Estado social, tomando en cuenta el concepto de solidaridad —en conjunto con los otros principios sociales— como el instrumento necesario para su implementación. Pero los conocidos límites de su financiabilidad y su olvido del principio de subsidiaridad dieron lugar a un comportamiento caracterizado como dependiente y pasivo (un ‘forraje cómodo’, en frase de W. Röpke), lo que llevó a su cuestionamiento y a volver a plantear con más fuerza la necesaria complementariedad entre los principios de solidaridad y subsidiaridad.

4.10. Conviene entonces preguntarse hasta qué punto es compatible la solidaridad con un sistema de economía de mercado o de economía social de mercado de nuestros días. Ya hemos definido a esta última como un sistema de organización económica basado en la propiedad privada, en la libertad de iniciativa y de contratación, y en el que las decisiones económicas se llevan a cabo mediante la libre actuación de los sujetos, siendo el mercado un mecanismo de coordinación de información —y en esta dimensión ni solidario ni insolidario—, por cuanto los incentivos que provee son estrictamente económicos (Ariño, 1994, p. 91). Algunos opinan que por sí mismo no conduce a la solidaridad, porque esta es finalmente una virtud moral de carácter personal, fruto de una determinada concepción de la vida y de determinados valores. La solidaridad puede ser estimulada fiscalmente, pero debe ser fundamentalmente promovida por convicciones morales, y cuando ello no ocurra, el Estado deberá intervenir coactivamente imponiendo obligaciones redistributivas.

Dice Ariño citando a Argandoña:

[...] hay que distinguir entre la solidaridad como virtud y la solidaridad como resultado social. Esta última depende en gran parte de aquella; el Estado tiene poco que hacer sobre la primera, pero deberá responder en cambio del segundo. Su misión consistirá en diseñar sistemas —esto es, regulaciones— con los que conseguir

el mejor resultado a la vista del nivel de solidaridad personal que cada sociedad muestre en cada momento. Las estructuras políticas, jurídicas, institucionales, deberán ser aquellas que faciliten —más aún, que promuevan— el ejercicio de la solidaridad como virtud. Pero en la medida en que ello no se consiga, el Estado deberá de asumir por sí mismo el logro de aquellos resultados en cada momento se estimen irrenunciables. Bien entendido que con el aparato ortopédico estatal —recaudación, burocracia, gestión pública— no se resolverá nunca el problema, y que la sustitución del mercado por otro sistema de organización económica no cambiaría la realidad de nuestro mundo insolidario sino que desplazaría la insolidaridad de unas formas a otras. La experiencia de estos años así lo acredita.

Más allá del realismo que transmiten estas reflexiones, no las compartimos totalmente, pues creemos que la solidaridad debe ser un valor presente en el ordenamiento jurídico y en la administración de justicia.

4.11. La búsqueda de un mínimo de armonía en las condiciones de vida, de una cierta pero no absoluta igualdad, es sin duda una idea-fuerza que está presente en la concepción cristiana del principio de solidaridad. Y ello se refuerza al considerar la Constitución a la dignidad de la persona humana como el centro y fin de todo el sistema político-legal. La inviolabilidad de los derechos que son inherentes a la persona, el libre desenvolvimiento de su personalidad y el derecho a su bienestar no dejan duda de que el principio de solidaridad constituye un valor superior del ordenamiento jurídico²².

²² Los siguientes artículos son de aplicación a esa afirmación: artículo 1: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»; artículo 2: «Toda persona tiene derecho a: (1) a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (2) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole».

Si bien nuestra Constitución solo ofrece una referencia explícita a la solidaridad²³, hay otras referencias normativas en las que esta puede vislumbrarse implícitamente. Además, la misma caracterización del Estado como social presupone un Estado prestacional cuya razón de ser última ha de verse en la solidaridad. La Constitución peruana vigente tiene manifestación implícita en los artículos 2.24.h (nadie debe ser víctima de violencia); artículo 4 (la comunidad y el Estado protegen a los ciudadanos y a la familia); artículo 7 (todos tienen derecho a la protección de su salud); artículo 10 (el Estado reconoce el derecho universal a la seguridad social); artículo 11 (el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones); artículo 22 (el trabajo es un deber y un derecho); artículo 44 (son deberes primordiales del Estado [...] proteger a la población [...] y promover el bienestar general); artículo 59 (el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad); artículo 65 (el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios); artículo 68 (el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas); artículo 70 (el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común); artículo 87 (el Estado fomenta y garantiza el ahorro); artículo 103 (la Constitución no ampara el abuso del derecho); artículo 162 (corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad); Disposición Final Cuarta (las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos), etcétera.

Dichas referencias nos llevan a afirmar que el concepto de solidaridad no puede reducirse a su contenido económico, ya que posee además un alcance jurídico y político que lo desborda, actuando como un instrumento de articulación y cohesión social, caracterizado por su intransferible contenido axiológico.

²³ Constitución Política del Perú, artículo 14: «La Educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad [...]».

4.12. El Tribunal Constitucional se ha referido en varias de sus sentencias al principio de solidaridad. Por ejemplo, al comentar el contenido del derecho a la educación, a la cual da el más alto rango, pues se fundamenta en los principios esenciales de la democracia y se vincula con el desarrollo económico y social, señala que debe estar dirigido a fortalecer en la persona humana el principio de solidaridad. La solidaridad implica la creación de un desarrollo ético común para las personas adscritas a un entorno social y reconoce que es un principio de organización de la sociedad, en que cada individuo haga causa común con los demás por la mejor marcha del grupo humano en su conjunto (STC 04232-2004-AA, FJ 10 y 13).

En otra sentencia, el Tribunal ha señalado que el valor de la solidaridad se encuentra en el cimiento mismo de los derechos fundamentales, y cumple una función inspiradora de la organización social. Afirma que en algunos casos los derechos sociales, que deben interpretarse como verdadera garantía del ciudadano frente al Estado, han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad. También ha afirmado que en el marco del Estado social y democrático de derecho el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del 'otro', frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente, que mina las bases de la fraternidad y la unidad de la comunidad políticamente organizada (STC 2945-2003-AA/TC).

4.13. Vemos, pues, que si bien la práctica de la solidaridad parece más tarea de individuos que de sistemas, tanto la doctrina como nuestro Tribunal Constitucional consideran que su vigencia no solo es compatible con un sistema de economía social de mercado, sino uno de los cimientos de los derechos fundamentales, por lo que normalmente el Estado debiera establecer un marco regulador económico favorable a su práctica sin por ello predeterminar el protagonismo de la gestión privada, protagonismo que da presencia real al principio de subsidiaridad.

4.14. Finalmente, no podemos dejar de recordar, como dice Gonzalo Portocarrero, que:

[...] el Perú es una nación muy nueva que está constituyéndose sobre la base de un país muy antiguo. La verdad de este aserto es irrefutable, pues en la sociedad peruana la solidaridad, el valor que funda la nación, dista de ser aún una actitud común. La tendencia a jerarquizar fragmenta nuestra sociedad ya que la gente mira al otro como más, o como menos, pero no como un igual. Sacar ventaja es el sentido común pues vivimos en una sociedad donde la ley tiene escasa vigencia de manera que el dilema es abusar o ser abusado. Los sentimientos de respeto y fraternidad son incipientes y su desarrollo tendrá que basarse tanto en las tradiciones que compartimos los peruanos como en la promesa de un proyecto sugerente de vida en común. La diversidad cultural, que es un hecho inapelable y a la larga positivo, significa que en el Perú consolidar la nación significa impulsar una adhesión reflexiva a las leyes como el único marco que hace posible el orden y la realización de la justicia (Portocarrero, 2014).

Como vemos, a pesar de su historia milenaria, el Perú debe recorrer un largo trecho de amigable convivencia para que se extienda naturalmente la solidaridad entre sus habitantes. Se trata de una tarea de gran aliento y de largo plazo. Pero desde ahora mismo no puede aceptarse un sistema económico que la deje de lado. El desarrollo del Perú y de su gente pasa por una conjugación dinámica, como ya se ha dicho, entre subsidiaridad y solidaridad.

CAPÍTULO VIII

NOTAS CONCLUSIVAS

1

Si la iniciativa económica individual y su expresión máxima como ‘libertad de empresa’ son derechos fundamentales, deben ser considerados como ‘institutos conexos a la democracia’. Dice Peter Häberle que, si no son tutelados los derechos fundamentales, no existe para la minoría posibilidad de convertirse en mayoría y que ello es una característica esencial de la democracia. La democracia liberal —afirma— tiene necesidad de un ciudadano político que haga efectivamente uso de sus derechos porque, por medio de la garantía de los derechos fundamentales los titulares de estos, son puestos efectivamente en la condición de ciudadanos activos del Estado (Häberle, 2008, pp. 71 y ss.). Los derechos fundamentales deben entenderse como un límite para el Estado y no protegen a un individuo que se contrapone como extraño al Estado, sino que forman parte del Estado y lo condicionan. En efecto, los derechos fundamentales protegen esferas privadas de la vida individual y social, en sí y para sí, las protegen como presupuesto de la vida política, esto es, no solo los garantiza para la exclusiva satisfacción individual del ciudadano no político.

Este pensamiento de Häberle es complementado adecuadamente por Bidart Campos:

Cuando conjugamos la diversidad de condicionamientos, de influencias y de factores que inciden en el sistema político, y decimos que el Estado como gestor y promotor del bien común público debe neutralizar los nocivos, procesarlos y transformarlos del mejor modo posible para revertir a la sociedad aportes y productos funcionalmente positivos, volvemos a percibir que la política —en el mejor y más genuino sentido del término— tiene que inocular su acción en el sistema económico para ordenarlo de manera conducente y favorable hacia todos cuantos componen la sociedad, especialmente los más débiles, los menos favorecidos, los carenciados y los excluidos. El encadenamiento que el fin social de la economía en beneficio de la persona necesita lograr con el fin de bienestar general encuentra un buen gozne en el principio de subsidiaridad bien entendido, bien interpretado y bien aplicado [...]. La sola interacción de los intereses económicos individuales en el seno de la sociedad no genera espontáneamente el ordenamiento de la economía; tampoco la libre competencia y el mercado constituyen el principio ordenador, que viene situado en la esfera del fin estatal de bien común público y que reclama una política social y económica activa por parte del Estado. Solo engarzado en esta visión de reparto competencial, el principio de subsidiaridad encuentra curso de funcionamiento elástico en el Estado Social y Democrático de Derecho (Bidart Campos, 1999, p. 123).

2.

El enjuiciamiento al régimen económico de cualquier texto constitucional implica reconocer que no existe disposición constitucional en materia económica que por sí misma pueda garantizar un crecimiento estable en la economía y una distribución equitativa entre los participantes, pues intervienen muchas variables que no es fácil enumerar.

Pero las normas constitucionales sí podrán ayudar a lograr esos objetivos si su aplicación se realiza con pericia y con prudencia, ya que el texto constitucional es una referencia o derrotero para los gobernantes sobre sus obligaciones, pero no puede ser mucho más que ello (Kresalja y Ochoa, 1999, p. 733).

Ahora bien, hay que recordar que la intervención del Estado en la economía se produce también como consecuencia de los fallos que ahí se presentan o por la ausencia de competencia económica. Es opinión generalizada que no todas las tareas del gobierno en el ámbito económico pueden realizarse a través del mercado, pues hay abusos que corregir, riqueza que distribuir y otros objetivos de política económica. La inmensa promoción de las tesis neoliberales durante la década de 1990 ha hecho a muchos olvidar que, si se elimina toda intervención estatal o se disminuye severamente alegando para ello la presencia indisputada del principio de subsidiaridad, se afectan gravemente los dos grandes valores de la modernidad: la libertad y la igualdad, a los que no deben renunciar ninguna ética política ni liberal ni socialista (Cortina, 2000, p. 275).

3.

Para comprender a cabalidad el contenido del principio de subsidiaridad y teniendo presente que la meta última del Estado es el logro del bien común, hay que señalar que su contenido y realización son variables porque las prioridades entre las comunidades no son iguales. Como referencia a esa variabilidad puede recordarse la flexibilidad en el análisis de las coyunturas económicas y sociales que ha servido en diferentes países como fundamento a las declaraciones de servicio público a distintas actividades económicas y que, como hemos dicho, son un complemento del principio de subsidiaridad.

La privatización total de la vida económica es imposible en una realidad como la nuestra, donde los servicios públicos, sean administrados

por el Estado o concesionados a empresas privadas, no han podido cubrir muchas de las carencias esenciales. Más bien, es conveniente la promoción de un sistema abierto y competitivo de gestión de servicios públicos esenciales que mantengan sus características de universalidad, continuidad, regularidad y exigibilidad. A todo ello debe sumarse un organismo regulador autónomo y con respaldo político suficiente como para no ser capturado por los concesionarios. Entre nosotros no se ha debatido en profundidad cuál debe ser la amplitud y la extensión de la explotación económica privada de los servicios asistenciales, a pesar de que su situación material y la de su personal está lejos aún de dar una cobertura adecuada. Pero es claro que resulta iluso creer que la pura lógica del mercado —esto es, de la competencia— servirá para satisfacer todas las necesidades esenciales de los ciudadanos, o que ello devengará en factible con solo enunciar la existencia y respeto al principio de subsidiaridad.

4.

Estudiar la teoría del desarrollo en nuestros días no solo tiene por objeto el mercado sino también los aspectos políticos, técnicos, históricos e institucionales. La edificación del Estado social y democrático de derecho requiere juicios éticos y por tanto de conocer cuánta vigencia tienen los derechos fundamentales, a los cuales todavía muchos no tienen acceso en nuestro país, o lo tienen solo parcialmente. El nuevo papel del Estado demanda una participación activa de la sociedad civil y de una mejor educación, pero también de un reparto más equitativo de lo que se produce. Y ello solo podrá lograrse con medidas extraordinarias y selectivas que debe tomar el Estado, pues el mercado no las brindará.

Los países latinoamericanos, como el Perú, han debido transitar por intervenciones indiscriminadas en la economía en múltiples ocasiones en sus historias republicanas. Frente a ello, se ha tratado de asignar

al Estado un carácter subsidiario en un entorno político y económico distinguido por la globalización y una persistente desigualdad. Las mejoras obtenidas por la liberalización de los mercados y la desregulación no han podido ni deseado articular una estrategia de desarrollo ni fortalecer al empresariado nacional. Hay que reconocer que el modelo concurrencial subyacente que exige la competencia económica no puede darse con plenitud en el Perú: el desarrollo solo aparece cuando la acumulación de capital conduce a la creación de valores que se esparcen en la colectividad. Un Estado subsidiario y únicamente regulador no parece ser una vía eficaz para lograrlo.

5.

La intervención de los poderes públicos en la economía ha estado fundamentalmente dirigida a evitar el abuso en el ejercicio de los derechos y libertades por los particulares y la intervención relacionada con el pensamiento político de cada época. Así, tanto el sistema político como el económico se han fundamentado en los valores de la libertad y la igualdad, y ha sido la consecución de esta última lo que ha originado un tipo de intervención que el régimen de libertad absoluta era incapaz de alcanzar. La historia de la economía, y de modo paralelo la del derecho, demuestran la importancia que ha tenido la intervención de los poderes públicos en la economía, bien para garantizar la propia libertad, bien para promover la igualdad de los hombres, ideas-fuerza que han conformado el sustrato de la historia de la humanidad. En tiempos recientes, del concepto de Estado como mero gendarme se ha dado paso a las intervenciones esporádicas destinadas a resolver problemas coyunturales y, aún más, a la creación de un sistema de intervención institucionalizado. Siempre el grado de intervención estatal ha sido el resultado de la evolución de las teorías económicas y de las ideas filosófico-políticas que el derecho ha cristalizado (Viciano, 1995, pp. 39-40).

La intervención pública o estatal en la economía ha sido ampliamente legitimada durante el siglo XX, aunque hoy se halla en crisis. Durante los últimos años hemos asistido a un proceso de desregulación, lo que no supone una desaparición de normas, sino la sustitución del tradicional derecho administrativo por normas vinculadas con el derecho de la competencia, que comprende las relaciones entre privados, pero también la conducta de los poderes públicos en el mercado. En términos generales, puede afirmarse que la intervención del Estado en la economía es graduable, según se requiera para la adecuada protección del interés social mediante un marco de principios o reglas (intervención normativa) que establece condiciones obligatorias para ejercer determinadas actividades, como la banca o los seguros, o de una actuación directa del Estado (intervención productiva), esto es, iniciativa pública económica. La intervención de los poderes públicos en la economía están en nuestros días enmarcadas en la Constitución, pues ya no se discute si debe o no existir esa intervención, sino más bien tratar sobre su extensión y sentido.

6.

Uno de los objetivos usualmente asignados en los textos constitucionales a los poderes públicos es defender el sistema de competencia entre empresas fundamentado en la libertad de empresa. Esta última no es una libertad de autonomía porque, en el Estado social y democrático de derecho, diversos preceptos habilitan al Poder Ejecutivo o al Legislativo para que intervengan en forma directa o de forma indirecta para garantizar, frente a los abusos en el ejercicio de la libertad cometidos por los particulares, la supervivencia de un sistema de economía de mercado orientado al interés público. La búsqueda de bienestar general a través del interés particular requiere una intervención que evite los abusos mencionados y que oriente la actividad de los particulares hacia el bienestar de la colectividad, pero sin impedir de forma innecesaria el ejercicio individual de la libertad de empresa.

Los límites extrínsecos de la libertad de empresa son aquellos que derivan de la sociedad y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten. Son externos en cuanto limitan la esfera de actuación individual, es decir, el derecho subjetivo desde fuera, desde los derechos y los intereses de aquellos que no ejercen la libertad de empresa, intereses que protegidos también por el Estado se oponen a un concreto interés particular. Estos límites externos usualmente son cláusulas de habilitación para la intervención de los poderes públicos en la economía y deben considerarse como una excepción al principio general de libertad de empresa, que está, con el de libre competencia, debidamente constitucionalizado. Son ejemplos de estos límites extrínsecos el concepto de Estado social, la planificación, los principios rectores de la política económica, la iniciativa pública, etcétera.

Es un difícil equilibrio el que debe producirse entre la libertad de empresa y la intervención del Estado, pues se corre el peligro de que esta última sea vista como arbitraria y sin fundamento. Y si fuera así sería contrario al espíritu de la Constitución y al Estado democrático de derecho. Un intervencionismo cada vez más extendido no solo pone en peligro la libertad del individuo frente al poder, sino que afecta la tradicional conexión individuo-Estado, favoreciendo la primacía del Poder Ejecutivo y la utilización de normas especiales y circunstanciales frente a las leyes de carácter general más duraderas.

7.

En la concepción de un Estado social y democrático de derecho, que nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado en muchas ocasiones como objetivo e ideal constitucional, la intervención pública debe efectuarse en beneficio de otros intereses constitucionales que muchas veces se contraponen a los derechos subjetivos de los operadores económicos en el ejercicio de su libertad de iniciativa y de libertad de empresa, intereses tales como los de los consumidores o de los potenciales competidores que obligan a la intervención limitando la libertad

de los operadores del mercado. En esa concepción del Estado no hay derechos subjetivos concretos absolutos a través de los que se instrumentalice la libertad de empresa, por lo que esta última debe estar encaminada al cumplimiento de una función social, esto es, del interés general. La libertad de empresa en cuanto a derecho social reconocido en el texto constitucional es parte integrante del interés público. Por eso, cuando la libertad de empresa deja de ser un derecho social para presentarse como un derecho de autonomía contrapuesto a otros intereses protegibles, será necesaria una intervención que limite esa libertad.

La iniciativa pública es un instrumento al servicio de los objetivos que presiden el orden económico de la Constitución, de modo que no tiene vida propia, no es susceptible de una utilización independiente para el logro de fines desconectados de los que la Constitución determine. Solo estos fines justificarán la creación de empresas públicas que concurrirán y competirán en igualdad de condiciones con las empresas privadas, porque solo de esta forma se garantiza la libre competencia que, como sabemos, es un requisito básico para la defensa de la libertad de empresa²⁴.

8.

Es indudable que en un momento determinado la libertad económica puede tener en un país una gran amplitud, que el rol subsidiario del Estado depende de múltiples variables y que cualquier intervención de los poderes públicos en la economía tiene como límite los derechos y las libertades que la Constitución reconoce a los ciudadanos. En la Constitución de 1979, el Estado podía intervenir de manera dinámica

²⁴ Tal como afirma Viciano, «consecuencia de todo ello es que, como excepción —que no subordinación— al principio de libre empresa, la función pública a cumplir a través de la iniciativa pública en la economía deberá cumplir los requisitos que toda iniciativa pública limitativa de la libertad de empresa debe reunir: carácter necesario —es decir, razonabilidad, interpretada con carácter restrictivo—, proporcionalidad entre la intervención directa y la función social asignada, y por último, dicha función social deberá existir no solo en el momento de inicio de la actividad pública, sino también durante toda la existencia de esa actividad económica pública» (1995, p. 186).

y agresiva no solo mediante la planificación sino también como actor empresarial. Esto ha sido desterrado en la Constitución vigente, que llega a poner en duda que el Estado esté en realidad naturalmente facultado para intervenir, pues exige que solo realice actividad empresarial subsidiariamente, de manera directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional y autorizado por ley expresa, recibiendo su actividad el mismo tratamiento legal que la privada (artículo 60).

Al incorporar esta exigencia parecería que los constituyentes hubieran olvidado cuál es el patrón de acumulación internacional que beneficia a las empresas transnacionales y a los estados capitalistas avanzados, subordinando la capacidad de maniobra en materia económica de los estados nacionales. Los datos de la realidad nos llevan a señalar que no se puede enfrentar el reto del desarrollo en el actual proceso de globalización en países con las características del nuestro, sin la presencia y participación del Estado. La creación de vías propias de desarrollo deberá hacerse con políticas de largo alcance que interpolen la ciencia, la tecnología y la cultura. La adopción de medidas extraordinarias y selectivas para reforzar la cohesión social e impulsar la creación de puestos de trabajo y el ahorro nacional no puede hacerse bajo la sola acción del mercado. Ello no significa descartar la importancia de la libre iniciativa y de la libertad de empresa, pues la creatividad humana jamás podrá ser reemplazada por la burocracia estatal, pero las decisiones fundamentales que pueden influir en el nivel de vida de la población en los próximos lustros deberán tomarse en los niveles de decisión más altos, que son los gubernamentales. Si esas decisiones son apropiadas, la libre iniciativa en materia económica alcanzará una operatividad antes desconocida y creará y repartirá riqueza; por tanto, la defensa sin matices del principio de subsidiaridad del Estado en materia económica y la negación a una intervención cualitativamente distinta son obstáculos más que ventajas para lograr el ansiado desarrollo de la sociedad peruana. La historia de naciones más desarrolladas así lo pone en evidencia.

9.

La pericia y prudencia de los gobernantes al proponer un modelo de desarrollo y de acción estatal para superar el subdesarrollo en un país como el Perú no tienen por qué encontrar que la formulación constitucional del principio de subsidiaridad es un inconveniente u obstáculo irremontable. Por cierto, tal como hemos señalado, su aplicación incorrecta bajo los parámetros neoliberales vigentes debe ser superada mediante cambios en las normas constitucionales, pero también en su interpretación cotidiana, materia esta que sí ha sido abordada por el Tribunal Constitucional pero no por los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Prácticamente todas las propuestas de reforma en materia constitucional económica han aceptado la continuación del principio de subsidiaridad; lo que ha cambiado son más bien las propuestas para hacer la intervención del Estado menos dificultosa, y también para que algunos organismos del Estado no continúen interpretando en forma tan extrema dicho principio, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en el caso del llamado ‘consumidor razonable’, tal como hemos expuesto anteriormente (punto 7.3).

La acción estatal sigue siendo fundamental para enfrentar un asunto vital para los ciudadanos, como es el cambio tecnológico y cualitativo del trabajo. Ideales como el del pleno empleo aparecen como imposibles, pero también la creencia que el libre mercado propondrá por sí mismo una mejora o superación de la situación laboral actual. Lo precario e informal en el trabajo no puede continuar, y menos con sucedáneos tales como la sociedad del tiempo libre o la sociedad del ocio, que siguen siendo promesas del actual sistema capitalista (Beck, 2000, p. 16). Para una sociedad de ciudadanos, autónoma y consciente de sí misma, se requiere seguridad material para no caer en regímenes e ideologías de corte autoritario. Pero, sobre todo, se requiere el impulso a la iniciativa e inventiva individual, lo que encuentra soporte en el principio de subsidiaridad, y por la necesidad de reconocer la diversidad, el escepticismo

y el individualismo propio de nuestro tiempo (Beck, 2000, p. 167). Una vez más, el modelo de economía social de mercado, del que es parte esencial el principio de subsidiaridad, debe ser correctamente interpretado y aplicado, pues contiene matices que pueden hacer muy eficaces las políticas de Estado y la participación privada.

En el caso del Perú, la acción del Estado es además inevitable en materia económica, no solo porque tiene una participación decisiva en el ámbito de la moneda, impuestos, bienes y servicios, sino porque el Perú continúa siendo un país sin proyecto nacional, productor de materias primas y productos sin mayor valor agregado, perforada cotidianamente su soberanía por conglomerados extranjeros con anuencia mayoritaria de sus políticos, y porque en tal condición, no ha incrementado el contenido tecnológico de su producción ni inventado nada importante, razones por las cuales está marginado de los foros internacionales más importantes con pérdida gradual de su poder de negociación (de Rivero, 2001, p. 14). El principio de subsidiaridad por sí mismo tampoco es un obstáculo en este sentido, siempre que no se interprete como una abstención continua y frívola del Estado en los asuntos económicos, pues entonces sí se convertirá en un obstáculo a superar.

10.

Considero que en la parte final de estas notas es pertinente citar a Pedro Planas en un texto de 1999 que sigue teniendo plena vigencia:

Por tanto, la cuestión constitucional que actualmente afecta al Perú no es un dilema en torno a si la Constitución de 1993 es o no mejor que la de 1979 [...], sino en torno a la necesidad imperiosa de restaurar en el Perú los consensos institucionales mínimos, aquellos que nos permitan vivir en un auténtico Estado de derecho, con sano equilibrio de poderes, alternancia política y efectiva descentralización territorial y presupuestal (Planas, 1999, p. 45).

Este autor señala que los consensos que involucraban aspectos muy sustantivos para el ordenamiento político estaban consagrados en la Constitución de 1979 y fueron unilateralmente alterados por los promotores de la Constitución de 1993. Para Planas, reconocer a una Constitución como fruto de un consenso surge de un triple compromiso constitucional: del compromiso previo de los constituyentes —esto es, ponerse de acuerdo en una norma que inspire a los futuros gobiernos—, del compromiso final de los propios constituyentes de aceptar y respetar el texto constitucional que emane de su deliberación, y del compromiso posterior de gobernantes y parlamentarios de respetar y cumplir su normatividad. Planas cree que el consenso es indispensable para la convivencia en cualquier sociedad democrática y que ello hace realidad la afirmación de que toda Constitución es fruto de una transacción, que es sinónimo de ceder entre las diversas posiciones para llegar a un acuerdo esencial, ya que lo contrario a transar es imponer (Planas, 1992, p. 431).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1996). *Doctrina Social de la Iglesia*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- AA.VV. (1993a). *El neoliberalismo en cuestión*. Bilbao: Sal Terrae.
- AA.VV. (1993b). *Once grandes mensajes*. Madrid: Biblioteca de Autores Católicos.
- Agurto S., Carolina & Omar Alvarado E. (2011). No todo tiempo pasado fue mejor. Algunos alcances sobre el principio de subsidiaridad y la Resolución N° 3134-2010/SC1/INDECOPI. *Actualidad Jurídica*, 206, 53-64.
- Alva Castro, Luis (2003). ¿Qué papel debe desempeñar el Estado en la economía? *Legal Express*, 27, 7.
- Alzamora, Óscar (1991). *La Iglesia y lo social*. Lima: Asociación Vida y Espiritualidad VE.
- Apoyo S.A. (1992). *La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979*. Lima: Apoyo.
- Aragón Reyes, M. (1995). *Libertades económicas y Estado Social*. Lima: McGraw-Hill.
- Ariño, Gaspar (1981). La empresa pública. En VV.AA., *El modelo económico de la Constitución española* (II, pp. 13-234). Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- Ariño, Gaspar (1993). *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons.

- Avendaño V., Jorge (1980). Propiedad y empresa en la nueva Constitución. En VV.AA., *La nueva Constitución y su aplicación legal* (pp. 133-153). Lima: Francisco Campodónico.
- Bassols Coma, Martín (1985). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.
- Beck, Ulrich (2000). *Un nuevo mundo feliz*. Barcelona: Paidós.
- Benedicto XVI (2009). *Caritas in veritate. Sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad*. Lima: Paulinas.
- Bernales Ballesteros, Enrique (1997). *La Constitución de 1993*. Lima: Constitución y Sociedad - ICS.
- Bidart Campos, Germán (1999). *El orden socioeconómico en la Constitución*. Buenos Aires: Ediar.
- Bobbio Norberto (1996). *Estado, gobierno y sociedad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bodenheimer, Edgar (1964). *Teoría del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Böhmler, Andreas (1998). *El ideal cultural del liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo*. Madrid: Unión Editorial.
- Borea Odría, Alberto (2007). *El sistema democrático constitucional peruano en la era de la globalización y los derechos humanos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Brugger, Walter (1988). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Biblioteca Herder.
- Bullard, Alfredo (2003). ¡El Estado es robo! *Legal Express*, 27, 6.
- Bullard, Alfredo (2011). Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiaridad. *Diálogo con la Jurisprudencia* 149, 17-28.
- Bustamante Belaunde, Alberto (1996). Perú: ¿Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado? En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios* (pp. 213-224). Lima: Comisión Andina de Juristas, Fundación Konrad Adenauer.
- Cairo Roldán, Omar (2008). *Escritos constitucionales*. Lima: Communitas.
- Calvez, Jean-Ives (1991). *La enseñanza social de la Iglesia*. Barcelona: Herder.

- Casaroli, Agostino (1987). Diálogo entre Iglesia y economía. En Thesing Joseph (ed.), *Iglesia y economía. Responsabilidad común por el futuro de la economía mundial* (pp. 28-35). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.
- Cassagne, J. (1994). *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CELAM (1977). *Medellín, reflexiones en el CELAM*. Madrid: Biblioteca de Autores Católicos.
- CELAM (1987). *La pastoral social en América Latina*. Bogotá: Consejo Episcopal Latinoamericano.
- CELAM (1992). *Santo Domingo. Conclusiones*. Lima: Conferencia Episcopal Peruana.
- CELAM (1997). *Puebla*. Lima: Paulinas.
- Chirinos Soto, Enrique (1979). *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima: Andina.
- Cortina, Adela (2000). *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos.
- Cruces Burga, Alberto (2014). ¿Qué es la Economía Social de Mercado en el Perú? *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, 19, 173-180.
- De Juan Asenjo, Óscar (1984). *La constitución económica española*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- De Lucas, Javier (2008). *El concepto de solidaridad*. México D.F.: Porrúa.
- De Rivero, Oswaldo (2001). *El mito del desarrollo*. Lima: FCE.
- Entrena Cuesta, Ramón (1981). El principio de libertad de empresa. En Fernando Garrido Falla (coord.), *El modelo económico en la Constitución española* (pp.103-166). Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- Erhard, Ludwig (1996). *Bienestar para todos*. Barcelona: Folio.
- Espinoza Soriano, Waldemar (1997). *Los incas, economía, sociedad y Estado en la era del Tahuantinsuyo*. Lima: Amaru.
- Eyzaguirre del Sante, Hugo (ed.) (2008). *Libertad económica y lucha contra la pobreza*. Lima: UPC.

- Fernández Segado, Francisco (1994). El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993. *Revista de Estudios Políticos* 84, 27-68.
- Fernández Segado, Francisco (2013). *El principio de solidaridad en la Constitución española de 1978*. Anuario 2010-2012. Lima: Academia Peruana de Derecho.
- Font Galán, Juan Ignacio (1979). Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Mercantil* 152, 205-239.
- Font Galán, Juan Ignacio (1987). *Constitución Económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos.
- Frosini, Tommaso (2002). Subsidiaridad y Constitución. *Revista de Estudios Políticos* 115, 7-25.
- García Belaunde, Domingo (1989). Normas económico-financieras en la nueva Constitución. En *Teoría y práctica de la Constitución peruana* (I, pp. 115-126). Lima: Eddili.
- García Belaunde, Domingo (1993). La Constitución económica peruana. En *Teoría y práctica de la Constitución peruana* (II, pp. 53-97). Lima: Justo Valenzuela.
- García Belaunde, Domingo (1996). La reforma del Estado en el Perú. En VV.AA., *La Constitución de 1993* (pp. 371-393). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- García Belaunde, Domingo (2013). La Constitución peruana de 1993: una supervivencia pese a todo pronóstico. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 18, 211-229.
- García Toma, Víctor (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, tomo II. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- Garrido Falla, F. (1981). *Introducción general*. En *El modelo económico en la Constitución española*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- Gutiérrez, Gustavo (1972). *Teología de la liberación*. Salamanca: Sígueme.
- Gutiérrez Camacho, Walter (2005). Del régimen económico. En *La Constitución comentada* (I, pp. 787-917). Lima: Gaceta Jurídica.

- Guzmán N., Christian (2011). El principio de subsidiaridad empresarial del Estado en el reciente precedente del INDECOPI. *Actualidad Jurídica* 206, 41-48.
- Häberle, Peter (1997). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: PUCP.
- Häberle, Peter (2008). Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. Constitución Económica del Perú, Justicia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina* 6, 31-49.
- Heck, Bruno (1987). Alocución ante S.S. Juan Pablo II. En J. Thesing (ed.), *Iglesia y economía. Responsabilidad común por el futuro de la economía mundial*. (pp. 12-16). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.
- Herrero de Miñón, Miguel (2003). *El valor de la Constitución*. Barcelona: Crítica.
- Huapaya, Ramón (2002). El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo. *Revista Peruana de Derecho Público* 4, 69-88.
- Huapaya, Ramón (2012). *Propuesta de interpretación del principio de subsidiaridad en la Constitución*. *Sociedad de Economía y Derecho*, 27. http://www3.upc.edu.pe/sociedadlibre/Det_Bol1.asp?CON=8946&BOL=18&EJE=777&SEC=Opini%F3n
- Innerarity, Daniel (2006). *El nuevo espacio público*. Madrid: Espasa Calpe.
- Innerarity, Daniel (2014). «La reinención de lo privado». *El País*, España, 2 de julio de 2014.
- Juan Pablo II (1987). Justicia y más humanización para todos. En J. Thesing (ed.), *Iglesia y economía. Responsabilidad común por el futuro de la economía mundial* (pp. 17-20). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.
- Kresalja, Baldo (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Themis* 39, 39-98.
- Kresalja, Baldo (2001a). Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional. En *Las tareas de la transición democrática* (pp. 131-182). Lima: Comisión Andina de Juristas.

- Kresalja, Baldo (2001b). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993. *Ius et veritas* 22, 272-306.
- Kresalja, Baldo (2003). El rol del Estado en la economía. *Legal Express* 27, 4-5.
- Kresalja, Baldo (2004). La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En *Homenaje a Jorge Avendaño* (pp. 473-576). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Kresalja, Baldo & César Ochoa (1999). Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional. *Pensamiento Constitucional* 6, 729-790.
- Kresalja, Baldo & César Ochoa (2009). *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Landa Arroyo, César (2008). Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993. *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina* 6, 51-70.
- Landa Arroyo, César (2013). Del constitucionalismo autoritario al constitucionalismo democrático: a veinte años de la Constitución de 1993. En I. Rodríguez, (comp.), *La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
- Lucas Verdú, Pablo (1977). *Curso de Derecho Político*, volumen II. Madrid: Tecnos.
- Mardones, José Ma. (1991). *Capitalismo y religión*. Bilbao: Sal Terrae.
- Martín Mateo, R. (1999). *El marco público de la economía de mercado*. Madrid: Trivium.
- Montoya, Víctorhugo (2008). La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico. *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina* 6, 71-113.
- Nothelle-Wildfeuer, Ursula (2008). Die Sozialprinzipien der Katholischen Soziallehre. En A. Rauscher (ed), *Handbuch der Katholischen Soziallehre* (pp. 143-163). Berlín: Duncker & Humblot.
- Ochoa Cardich, César (1987). Economía y Constitución: la influencia del pensamiento neoliberal en el modelo de la Constitución peruana de 1979. En *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación* (pp. 616-679). Lima: Cultural Cuzco.

- Ochoa Cardich, César (1990). El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado. En *Lecturas sobre temas constitucionales*, 5. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Ochoa Cardich, César (1994). Constitución financiera: bases del derecho constitucional tributario. En *Lecturas sobre temas constitucionales*, 10 (pp. 127-139). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Ochoa Cardich, César (1995). Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993. En *Lecturas sobre temas constitucionales*, 11 (pp. 85-95). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Ochoa Cardich, César (2011). El principio de subsidiaridad de la iniciativa pública. *Actualidad Jurídica* 206, 33-40.
- Ochoa, César (s/f). *El principio de subsidiaridad de la iniciativa pública en el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Análisis de la Resolución N° 2472/2010/SCI-INDECOPI*. Documento de trabajo.
- Olaechea, Manuel P. (2002). *¿La Constitución de 1979?* Lima: Estudio Olaechea.
- O'Leary, S. & José María Fernández Martín (1995). ¿Hacia la Europa de las regiones? El principio de subsidiaridad, la integración europea y el futuro de las entidades subestatales. *Revista de Estudios Políticos* 90, 299-322.
- Parejo A., Luciano (2001)(1999). *Notas sobre el principio de subsidiaridad y el gobierno local*. Barcelona: Punts de Vista, Fundació Carles Pi Sunyer.
- Pasco C., Mario (1980). El tema del trabajo y la nueva Constitución. En *La nueva Constitución y su aplicación legal* (pp. 67-108). Lima: Francisco Campodónico.
- Pease, Franklin (1991). *Los incas*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Pérez Sánchez, Pedro (2013). *El principio de subsidiaridad. Su función en el orden social*. Lima: Mar Adentro.
- Planas, Pedro (1992). *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril.
- Planas, Pedro (1999). *El fujimorato: estudio político-constitucional*. Lima: Kelly.
- Portocarrero, Gonzalo (2014). «Andes milenarios». *El Comercio*. Lima, 30 de julio de 2014.

- Quijano, Aníbal (2014a). Lo público y lo privado. Un enfoque latinoamericano. Publicado originalmente en *Modernidad, identidad y utopía en América Latina* (1988). En A. Quijano, *Antología esencial* (pp. 705-733). Buenos Aires: Clacso.
- Quijano, Aníbal (2014b). El principio de subsidiaridad. *Revista de Derecho Público* (edición especial), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Quintana, Eduardo (2011). El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. *Diálogo con la Jurisprudencia* 149, 29-33.
- Quispe Correa, Alfredo (2007). *La Constitución económica*. Lima: Horizonte.
- Ratzinger, J. (1987). Economía de mercado y ética. En J. Thesing (ed.), *Iglesia y Economía. Responsabilidad común por el futuro de la economía mundial* (pp. 21-27). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.
- Rojo, Ángel (1983). Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. *Revista de Derecho Mercantil* 169-170, 309-344.
- Rojo Salgado, Argimiro (2000). Globalización, integración mundial y federalismo. *Revista de Estudios Políticos* 109, 29-72.
- Rostoworowski de Diez Canseco, María (1988). *Historia del Tabuantsuyo*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Rubio, Marcial & Enrique Bernal (1981). *Perú: Constitución y Sociedad Política*. Lima: Desco.
- Rubio Correa, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución política de 1993*, tomo 3. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ruiz-Eldredge, Alberto (1980). *La Constitución comentada*. Lima: Atlántida.
- Ruiz, Gonzalo, Martha Martínez & Eduardo Quintana (2006). El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia* 22, 106-125.
- Sánchez Agesta, Luis (1961). El principio de función subsidiaria. *Revista de Estudios Políticos* 121, 5-22.

- Sánchez Albavera, Fernando (1989). Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución. En *La Constitución diez años después* (pp. 75-135). Lima: Fundación Friedrich Naumann.
- Sánchez Blanco, Ángel (1992). *El sistema económico de la constitución española*. Madrid: Civitas.
- Scheickendantz, Carlos (2001). El principio de subsidiaridad en la Iglesia. Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica. *Teología y Vida* 42(3), 280-291.
- Stober, Rolf (1992). *Derecho administrativo económico*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Thesing, Josef (ed.) (1987). *Iglesia y Economía: responsabilidad común por el futuro de la economía mundial*. Mainz: v. Hase & Koehler Verlag.
- Torres y Torres Lara, Carlos (1993). *La nueva Constitución del Perú. 1993*. Lima: Desarrollo y Paz.
- Trigo, P. (1993). Conclusión. El mundo como mercado. Significado y juicio. En AA.VV., *El neoliberalismo en cuestión* (pp. 303-319). Bilbao: Sal Terrae.
- Vargas Llosa, Mario (2012). *La civilización del espectáculo*. Madrid: Alfaguara.
- Viciano P., Javier (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zegarra M., Gonzalo (2013). Eterno resplandor de un mente sin recuerdos (constitucionales). La Constitución de 1993 ha dejado de ser semántica y ahora es normativa. No hay por qué cambiarla. En Cecilia O'Neill (ed.), *El derecho va al cine* (pp. 125-154). Lima: Universidad del Pacífico.

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
noviembre 2015 Lima - Perú