

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FACULTAD DE DERECHO



**Intervención del estado en la economía: concepto y alcances
jurídicos**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

Waldo Borda Gianella

ASESOR:

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

Lima, enero de 2020

RESUMEN

La investigación presentada tiene como objetivo contribuir con el esclarecimiento de los alcances del concepto de intervención del Estado en la economía, proponiendo un marco conceptual que distinga sus distintos elementos y perfila las distintas variantes en las que se pueda concretar.

Como consecuencia de esta labor la Tesis permitiría constatar la existencia de vacíos en el estudio de la actuación del Estado en la economía, acarreados por la ausencia de reflexión respecto a las bases y presupuestos que sustentan el discernimiento jurídico desarrollado a nivel doctrinal.

Así, el análisis realizado identifica en un primer plano que el concepto de intervención del Estado en la economía no presenta una delimitación concreta, situación que conllevó a que en el presente estudio se proceda a contribuir con una propuesta de los distintos aspectos que comprenderían el concepto de intervención del Estado en la economía, perfilando la “extensión”, “intensión” y “término” que conforman el concepto. A partir de ello, la presente tesis ha permitido formular una definición del concepto de «intervención del Estado en la economía», perfilándola como aquella actuación del Estado en el marco del mercado que tenga como objeto o efecto la delimitación de los derechos fundamentales ejercidos por los agentes económicos en el mercado.

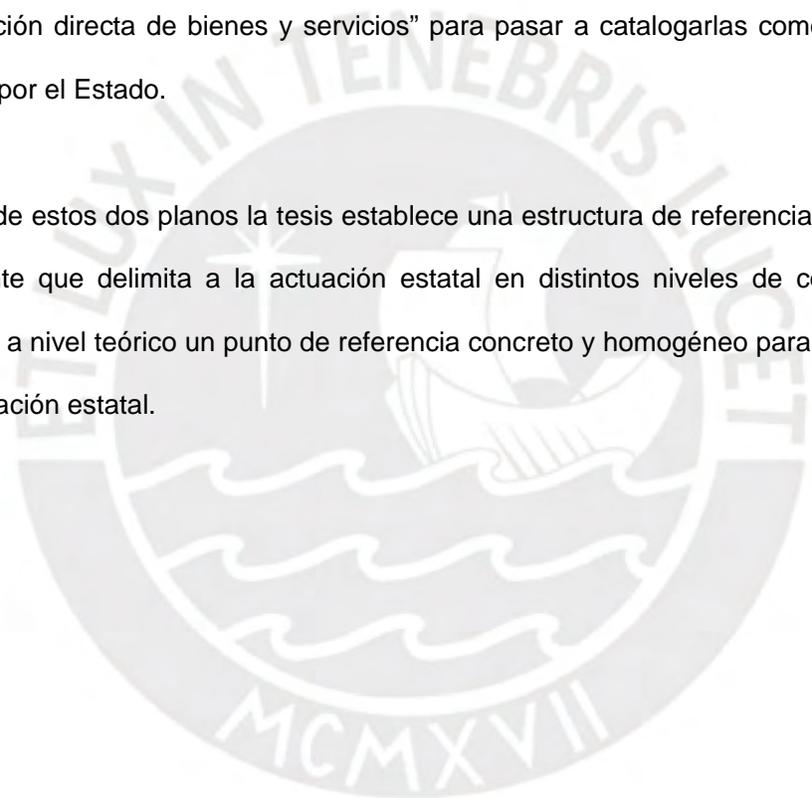
Los conceptos derivados de este primer plano permiten establecer un punto de referencia concreto para la actuación estatal al momento de ser estudiada, evitando preconcepciones implícitas que lleven a estudiar realidades distintas como si se tratasen de un mismo hecho.

En un segundo plano, y a partir del contraste con el concepto delimitado, la presente tesis identifica que el desarrollo actual de las formas de actuación del Estado,

desarrollado a nivel teórico, presentaba ciertas deficiencias en torno a sus criterios de configuración, consistentes en: (i) una incongruencia entre los criterios que establecían su configuración; (ii) una ausencia de diferenciación entre las actuaciones analizadas y sus elementos conformantes; y, (iii) la incorporación de criterios exógenos para configurar espacios específicos dentro de la clasificación.

Bajo este contexto, la labor realizada ha permitido depurar los alcances de la clasificación de las formas de actuación estatal, excluyendo de ellas a variantes como la “prestación directa de bienes y servicios” para pasar a catalogarlas como técnicas utilizadas por el Estado.

En virtud de estos dos planos la tesis establece una estructura de referencia ordenada y coherente que delimita a la actuación estatal en distintos niveles de concreción, aportando a nivel teórico un punto de referencia concreto y homogéneo para el estudio de la actuación estatal.



Índice

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: MARCO DE DESENVOLVIMIENTO DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA	12
1. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN	13
2. MODELO ECONÓMICO Y MODELO DE ESTADO	16
2.1. MODELO ECONÓMICO	17
2.1.1. ECONOMÍA DE MERCADO Y ECONOMÍA CENTRALIZADA	18
2.1.2. CONCEPTOS VINCULADOS A LA ECONOMÍA DE MERCADO	21
2.2. MODELOS DE ESTADO Y ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	29
2.2.1. ESTADO ABSTENCIONISTA O DE «LAISSEZ-FARE»	30
2.2.2. ESTADO DE BIENESTAR O «WELFARE STATE»	32
2.2.3. EL ESTADO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	33
3. FORMAS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	35
3.1. LA TRIPARTICIÓN CLÁSICA DE LA ACTUACIÓN ESTATAL	37
3.2. CLASIFICACIONES ACTUALES DE LA ACTUACIÓN ESTATAL	38
3.3. FORMAS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO	40
3.4. CLASIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	52
3.4.1. ROLES DE ACTUACIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	53
3.4.2. EFECTOS DE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	56
CAPÍTULO II: DELIMITACIÓN DE UN CONCEPTO DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA EN EL DERECHO PÚBLICO	59
1. EXTENSIÓN U OBJETO ENGLOBALADO BAJO EL CONCEPTO DE «INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA»	60
1.1. ACTUACIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	61
1.2. DISTINCIÓN ENTRE LA ATOMIZACIÓN Y EL TRATAMIENTO CONJUNTO DE LA ACTUACIÓN ESTATAL	62
2. INTENSIÓN O ATRIBUTOS DE LA «INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA»	63
2.1. LA EXISTENCIA DEL MERCADO	63
2.2. EL EFECTO DE LA ACTUACIÓN ESTATAL	70
3. ALCANCES DEL CONCEPTO DE «INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA» Y CONCEPTOS CERCANOS	77
4. CONTRASTE DE LAS ACEPCIONES ACTUALES DEL CONCEPTO DE «INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA»	78
4.1. SUJETO ACTIVO	79
4.2. ESPACIO DE DESENVOLVIMIENTO	80
4.3. SUJETO PASIVO	82
4.4. ACTUACIÓN O EFECTO PRETENDIDO	83
4.5. OBJETO O FIN BUSCADO	85
5. DELIMITACIONES CONCRETADAS COMO CONSECUENCIA DE LA LABOR DESARROLLADA	87
6. PRECISIONES FINALES DE LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	92
CAPÍTULO III: LAS FORMAS DE ACTUACIÓN ESTATAL EN EL MARCO DEL CONCEPTO DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	94
1. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y LAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	95

2. PROBLEMAS DE LAS PERSPECTIVAS ACTUALES DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO	97
2.1. INCONGRUENCIA EN EL CRITERIO DE CONFIGURACIÓN	99
2.2. AUSENCIA DE DIFERENCIA ENTRE LA ACTUACIÓN Y SUS ELEMENTOS CONFORMANTES	108
2.3. INCORPORACIÓN DE CRITERIOS EXÓGENOS	114
3. IMPLICANCIAS DE LAS DEFICIENCIAS EN LA CLASIFICACIÓN	118
3.1. REDELIMITACIÓN DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO	119
3.2. ALCANCES DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN DEL ESTADO EN EL MARCO DE LA «INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA»	129
CONCLUSIONES	132
BIBLIOGRAFÍA	136



Introducción

En la actualidad latinoamericana la figura del Estado y su actuación ha sido objeto de constante discusión a lo largo de los últimos meses. Situaciones como las protestas en Chile, detonadas por el alza de las tarifas en el transporte público, o el trasfondo electoral en Argentina, generado por la decepción en las medidas liberales vigentes, permiten evidenciar un descontento en el plano político y social que pretende cuestionar los alcances que presenta la actuación del Estado en el marco de nuestras vidas.

Ante este contexto, la disciplina del Derecho suele ser una de las llamadas a comprender y analizar las distintas actuaciones estatales que se plantean como alternativas para solucionar los problemas materia de discusión.

Muestra de esta reflexión, que no resulta nueva para los juristas, se aprecia en el debate respecto a los alcances que la “intervención” del Estado puede concretar, discutiéndose al respecto la posibilidad de una mayor presencia de éste en ámbitos como el sistema previsional, el transporte público, la educación y la salud.

No obstante ello, ante la necesidad de comprender la realidad a estudiarse, utilizando las distintas categorías y conceptos jurídicos existentes, se puede identificar que la intervención del Estado en la economía constituye un concepto que carece de un desarrollo jurídico expreso, centrándose su estudio en su categorización o en la determinación de las condiciones bajo las que resulta correcta su aplicación.

Esta situación, procedente en parte de una predisposición por el estudio de las actuaciones del Estado más recurrentes o aceptadas, implica que en la práctica la

mención a la “intervención” del Estado en la economía pueda no describir o hacer referencia a una misma realidad, al ser utilizada de manera flexible o en función a la interpretación de cada autor, derivando en que su posterior uso se concrete en posiciones disímiles que presenten conflicto entre sí.

El problema descrito resulta de especial relevancia al ser considerado en la coyuntura actual, en la que se necesita comprender las bases de las posturas discutidas a efectos de evitar que las discrepancias y conflictos existentes se deban a inconsistencias en la realidad referida en el análisis.

De igual manera, ante la presencia de distintas propuestas de actuación del Estado en la coyuntura actual, la ausencia de un concepto concreto de intervención del Estado en la economía podría generar la aplicación de las mismas exigencias a actuaciones que resulten disímiles, dificultando la viabilidad de aquellas en las que se aplica indebidamente tales requisitos.

En este contexto, el presente trabajo aspira a contribuir con el establecimiento de los alcances generales del concepto de intervención del Estado en la economía, a efectos de armonizar los posteriores desarrollos derivados de este concepto.

Esta propuesta parte de la hipótesis de que la existencia de posturas distintas y variadas en torno a la intervención del Estado; así como el posible conflicto o incompatibilidad entre estas, son el resultado de la utilización o referencia a una serie de acciones o conceptos carentes de delimitación, que hacen disímil al hecho referido por estas y a las implicancias atribuidas con ellas.

Ejemplo claro de ello se aprecia en el caso del derecho laboral, en el que se observa de manera simultánea su consideración tanto como el resultado de la

intervención estatal en la autonomía de la libertad empresarial¹ como un derecho humano inherente al hombre que se encuentra bajo consideración similar a la propiedad².

En este contexto se plantea como propuesta el establecimiento de un marco conceptual que defina a las distintas variantes de la actuación del Estado, tomando como punto de referencia a la intervención estatal en la economía, concepto que será esbozado en el presente trabajo.

La delimitación de este marco conceptual partirá por disociar la intervención del Estado en la economía de la mera existencia de actuación estatal, estableciendo los alcances del concepto que abarca a este accionar específico.

Para ello se tomarán como referentes conceptos económicos que permitirán entender cómo y con qué se relaciona el Estado en la realidad al momento de concretarse la actuación abarcada en este concepto, diferenciando este accionar de aquellos que representen una interacción distinta con el mercado y los individuos presentes en él.

¹ Boza Pró, Guillermo. Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo. En: Themis, 2014, Número 65, pp. 18.

² Declaración Universal de Derechos Humanos
Artículo 17.

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 23.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24.

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Cabe precisar que si bien los autores (economistas) recurridos para esta labor se encuentran en el ámbito anglosajón, su utilización y referencia comprende a campos de la teoría económica que resultan independientes a la corriente o sistema jurídico materia de estudio y aplicación (anglosajón o continental), al referirse a conceptos que describen y analizan la realidad de manera desligada al sistema legal vigente, por lo que la propuesta planteada no comprenderá en sentido alguno la extrapolación de instituciones anglosajonas al derecho continental.

Esta primera delimitación culminará con el contraste de los alcances del concepto arribado, procediendo a la comparación de este con características identificadas en las distintas acepciones del concepto de intervención existentes en la actualidad.

Los conceptos derivados de este paso inicial permitirán contribuir con el establecimiento de un punto de referencia concreto para la actuación estatal, que sea recogido al momento de ser estudiada, evitando preconcepciones implícitas que lleven a estudiar realidades distintas como si se tratasen de un mismo hecho. Igualmente, la distinción entre la intervención en la economía y otros tipos de actuación estatal permitirá evaluar y diferenciar los regímenes jurídicos aplicables a cada una de estas variantes, situación que no será materia de mayor evaluación en el presente estudio.

Una vez determinado el marco conceptual básico de la propuesta, se procederá a concretar su desarrollo, centrándose en los alcances de la intervención del Estado en la economía a partir de la evaluación de las distintas formas o variantes que puede presentar.

Ello implicará una reflexión de las distintas clasificaciones de la intervención estatal existentes en la actualidad, reconsiderando su delimitación a partir del impacto

generado por el concepto de intervención arribado y del estudio crítico de los criterios que configuran su clasificación.

La realización de esta segunda labor pretende abarcar un ámbito de estudio mayor al previsto por el Derecho Administrativo, rama que se enfoca en una parte específica de la actuación estatal, la correspondiente a la Administración, y que es usualmente utilizada para el estudio de la intervención del Estado, permitiendo abarcar la totalidad de la actuación estatal existente.

Es así como el Derecho Administrativo ha partido por diferenciar en un primer momento a la intervención estatal considerando tres variantes, como se aprecia en el caso de Jordana de Pozas, pasando posteriormente con el transcurrir de los años a proponer la incorporación de nuevas variantes en función de los cambios y nuevas soluciones que ocurren en la realidad³.

En ese sentido, si bien el continuo desarrollo de las categorías que clasifican a la intervención estatal se ha encontrado marcado por una continua actualización y alimentación de nuevas variantes, se puede apreciar que la construcción de estas tipologías no se habría detenido a reflexionar sobre la coherencia interna de sus criterios o sobre las bases que definen y orientan el universo materia de clasificación, situación que habría derivado en la generación de incongruencias dentro de su formulación.

A partir de esta labor, se logrará armonizar la percepción de las distintas concreciones de la actuación estatal, organizando en mayor medida el régimen jurídico aplicable a cada tipo de estas variantes para dar mayor coherencia y precisión a su tratamiento teórico.

³ Este es el caso de autores como Villar, Ariño y Parada.

En ese sentido, el presente trabajo aspirará a concretar una base clara de referencia para el accionar estatal existente, permitiendo su alusión y utilización homogénea al momento de su estudio y mención.



Capítulo I

Marco de desenvolvimiento del Estado y la Administración Pública en la economía

Como inicio de la labor planteada, el presente capítulo tiene como objetivo traer a consideración los principales conceptos y elementos vinculados al accionar del Estado que serán materia de referencia en la delimitación del concepto de «intervención del Estado en la economía» y en la posterior concreción de los alcances de la clasificación de las formas de intervención del Estado en la economía.

Esta adopción de conceptos y nomenclaturas permitirá en los capítulos posteriores la realización de un análisis que utilice como referencia en su discernimiento elementos claros que hayan sido sujetos a una previa delimitación, así como la comprensión de los aspectos de la realidad que estos comprenden al momento de ser referidos en el estudio de la intervención del Estado en la economía.

Debido a ello, se procederá a delimitar los conceptos y nomenclaturas de tres aspectos vinculados al marco de desenvolvimiento del accionar del Estado; los cuales permitirán comprender en mayor medida al accionar estatal materia de estudio: (i) el Estado y la Administración; (ii) el Modelo económico y Modelo de estado; y, (iii) la clasificación de la actuación estatal.

El primero de estos espacios, pretende la distinción entre el Estado y la Administración a efectos de diferenciar el ámbito subjetivo del accionar materia de estudio, el cual se posiciona en la generalidad del Estado en lugar del ámbito de la mayor concreción correspondiente a la Administración.

El segundo de estos espacios, pretende diferenciar entre el modelo económico y modelo de Estado, variables confluentes que determinan cómo se concreta la economía en un determinado país y como se da la relación del Estado con esta. La delimitación descrita será complementada con la incorporación de definiciones correspondientes a cinco conceptos económicos que serán utilizados al momento de delimitar los alcances de la intervención del Estado en la economía: (i) mercado; (ii) condiciones en las que opera la economía de mercado; (iii) titularidades; (iv) aparato coercitivo estatal; y, (v) roles de participación de los agentes en la economía.

Finalmente, el tercero de estos aspectos comprende una recopilación de las nomenclaturas o tipologías utilizadas en la actualidad para clasificar a la actuación estatal, cuyo acogimiento resulta necesario para su posterior contraste a la luz del concepto de intervención del Estado en la economía materia de desarrollo. Este aspecto, será complementado con una serie de nomenclaturas iniciales que serán propuestas a efectos de referirse a la actuación del Estado sin ingresar en la esfera de otras definiciones jurídicas preexistentes.

Una vez culminado este recuento se contará con los elementos necesarios para proceder con la reflexión materia del presente trabajo a fin de delimitar los alcances del concepto de intervención del Estado en la economía.

1. Estado y Administración

Como primer elemento a delimitar, la distinción y alcances del sujeto que realiza el accionar a ser analizado constituyen un aspecto primordial para aclarar el escenario en el que se presenta el objeto de estudio, circunscribiendo en cierta medida el ámbito a ser evaluado.

Esto permitirá comprender en el estudio realizado al sujeto activo de la actuación materia de análisis, identificando que, en lugar del ámbito concreto y específico de la Administración, la materia de estudio comprende un ámbito más general que incluye a esta última, abarcando el desenvolvimiento del Estado de manera indistinta a los elementos de este que procedan a realizarlo.

Así, para efectos del presente estudio corresponde tener en consideración la distinción entre el Estado y la Administración como sujetos activos del accionar materia de análisis, diferenciando los alcances de la realidad que son comprendidos por cada uno de estos términos.

En ese sentido, se entiende por Estado a la organización política de una sociedad que ejerce su poder sobre una determinada población y territorio, teniendo internamente una estructura orgánica en la que se distribuyen los distintos poderes que de esta organización política emanan⁴.

A diferencia de ello, la Administración constituye únicamente una parte concreta del Estado, encontrándose referida tanto a los órganos como a la actividad encargada de la satisfacción del bienestar colectivo que es realizada a través de las acciones previstas por el orden jurídico establecido, siendo usualmente vinculada al poder ejecutivo⁵.

⁴ Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral - IDEA Internacional y Asociación Civil Transparencia. Estado: Funcionamiento, Organización y Proceso de Construcción de Políticas Públicas. Lima: Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral - IDEA Internacional, 2008. Consulta: 8 de enero de 2020. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/A435FCFDD1E11B34052579490056BF87/\\$FILE/Estado_Funcionamiento_Organizaci%C3%B3n.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/A435FCFDD1E11B34052579490056BF87/$FILE/Estado_Funcionamiento_Organizaci%C3%B3n.pdf)

⁵ Brewer-Carías, Allan R. La Administración Pública. En: El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez, Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Monteávila. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, 2006, pp. 47-73.

La distinción entre Estado y Administración puede observarse claramente en autores como Dromi, quien «considera a la realidad política (Estado) como una parcela de la realidad social (sociedad) y a la Realidad administrativa (Administración Pública) como una parcela de la realidad política (Estado)»⁶:

«El Estado de estos tiempos, equivalente a lo que los griegos llamaban polis, los romanos civitas, los germanos Reich, representa la especie moderna del género de la organización política. En virtud de ello, el Estado es una de las formas que adopta la realidad dentro del contexto social. Inserta en esa realidad política se ubica la realidad administrativa, compuesta por un sistema integrado de funciones y prestaciones públicas con miras al bien común.

El Estado es una especie del género sociedad. El individuo participa simultáneamente de muchas sociedades (políticas, civiles, generales y particulares, obligadas y espontáneas), pero de ellas, la sociedad política, traducida como realidad estatal con un modelo de organización administrativa y pública permanente, le impone su intervención por razones de naturaleza en busca de una ordenación unitaria que asegure el bien del todo y de cada una de sus partes.

Justamente por ello, es el Estado la sociedad perfecta o soberana. Es la perfecta organización jurídico-política de la comunidad que procura el bien común.

(...)

Así como la realidad política afecta sólo a un sector de lo social, la realidad administrativa abarca únicamente un sector de lo político. Remite a una estructura organizacional (la Administración Pública), que se articula relacionamente con los individuos (administrados) en ejercicio de una función (la administrativa), y cuya regulación jurídica constituye el objeto específico del Derecho administrativo.

⁶ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo. Buenos Aires: Hispania Libros, 2009, 12va Edición, pp. 89 – 90.

Las realidades social, política y administrativa traducen etapas progresivas de lo general a lo especial. Por esta causa la realidad administrativa se constituye en el nervio motor de las anteriores, a través de una forma organizacional: la Administración Pública.»⁷

Al pretenderse que el objeto de estudio del presente trabajo corresponda al accionar del Estado comprendido por la «Intervención del Estado en la economía», la distinción entre Estado y Administración permite constatar que la labor desarrollada se ubica en el ámbito general de la actuación estatal, y no en el campo específico y concreto de la Administración Pública.

Así, queda claro que el análisis posterior tomará en consideración al accionar del Estado indistintamente del ámbito del poder estatal del que emane (Legislativo, Ejecutivo o Judicial), sin excluir por ello que comprenda a aquel realizado por la Administración.

2. Modelo económico y modelo de Estado

Como segundo elemento a ser delimitado, la distinción entre el modelo económico y modelo de Estado permite disociar los aspectos propios del mercado de aquellos que corresponden a la actuación estatal, diferenciando claramente entre el escenario y las acciones materia de análisis.

Es así que el sistema o modelo económico constituye el plano sobre el que se desenvuelven los individuos en la economía, definiendo de manera inicial el camino por el que se dará la asignación y transferencia de bienes y servicios realizados en la sociedad.

⁷ Ibidem pp. 90 – 91.

A diferencia de ello, el modelo de Estado se refiere al papel del Estado frente a los individuos, centrándose, entre otros, en el nivel de injerencia que éste presente frente a sus actividades económicas⁸.

2.1. Modelo económico

Se entiende por modelo económico al sistema social de asignación de trabajo y determinación de titularidades (medios de producción) que es acogido por una sociedad para el desenvolvimiento de su desarrollo e interacción. Así, según si el sistema de asignación de labores y titularidades se encuentra determinado por el mercado o un ente centralizado, se puede estar ante dos posibles modelos: i) la economía de mercado; y, ii) la economía centralizada.⁹

Debido a ello, la actuación del Estado en la economía encontrará en el modelo económico el plano que delimitará aquella realidad sobre la que podrá intervenir y; de ser el caso, participar, constituyendo uno de los principales elementos del escenario de su desenvolvimiento.

Como consecuencia de esta importancia, el modelo económico bajo el que se rige un país suele incorporarse de manera habitual en los textos constitucionales de los distintos Estados, estableciendo con ello de manera fija el tablero sobre el que se realizará la dinámica económica nacional. En el caso peruano, la adopción a nivel constitucional de un modelo económico se ha inclinado por la selección del modelo de “Economía de Mercado”¹⁰.

⁸ Corresponde precisar que en el análisis desarrollado por determinados autores en el ámbito jurídico, como es el caso Baldo Kresalja, no se plantea esta diferenciación entre sistema económico y modelo económico, subsumiendo el análisis a una apreciación directa del modelo económico vigente, ya sea que este corresponda uno mixto o presente una postura polarizada.

⁹ Mises, Ludwig von. *Human Action: a treatise on economics*. San Francisco, 1996, Fox & Wilkes, Cuarta edición, pp. 257 - 259.

¹⁰ La adopción de una economía de mercado como modelo económico no debe ser confundida con la adopción de la economía social de mercado como modelo de Estado, la cual implica un modelo de Estado que se desenvuelve en el marco de una economía de mercado.

La comprensión de este aspecto y de los conceptos económicos que lo rodean, permitirá entender en la labor planteada el espacio sobre el que tendrá injerencia el accionar realizado por el Estado, resultando relevante para distinguir el contexto de cada actuación a ser analizada.

En ese sentido, se procederá a distinguir los distintos tipos de modelos económicos, así como los conceptos económicos relacionados a la economía de mercado, a efectos de que estos sean posteriormente recogidos en el análisis a ser desarrollado.

2.1.1. Economía de mercado y economía centralizada

Se entiende por economía de mercado al modelo económico que concibe la titularidad de los medios de producción en manos de agentes privados, dejando la conformación y funcionamiento de las relaciones entre estos individuos al orden generado como consecuencia de la continua interacción en el proceso conocido como mercado.

En ese sentido, este sistema social de división de labores, guiado bajo las riendas del mercado, constituye un escenario en el que cada individuo, al actuar en su propio beneficio, actúa para la satisfacción de las necesidades de las demás personas, convirtiéndose en un medio que logra tanto la satisfacción de las necesidades de terceros como los fines propios.

Ello, en palabras de Mises, es definido de la siguiente forma:

«The market economy is the social system of the division of labor under private ownership of the means of production. Everybody acts on his own behalf, but everybody's actions aim at the satisfaction of other people's needs as well as the satisfaction of his own. Everybody

in acting serves his fellow citizens. Everybody, on the other hand, is served by his fellow citizens. Everybody is both a means and an end in himself, an ultimate end for himself and a means to other people in their endeavors to attain their own ends.

This system is steered by the market. The market directs the individual's activities into those channels in which he best serves the wants of his fellow men. There is in the operation of the market no compulsion and coercion. »¹¹

A diferencia del modelo expuesto, el modelo de economía centralizada se presenta cuando la actividad económica o de producción de los individuos es dirigida y ordenada por una autoridad central, impidiendo a los individuos recurrir libremente al mercado para aprovechar las oportunidades de transacción que puedan observarse¹².

En este modelo, se suele considerar que la titularidad de los medios de producción recae en el ente encargado de centralizar las decisiones de producción (Estado), ya que, incluso en los casos en los que la titularidad de los medios es poseída formalmente por los agentes privados, el sometimiento a los mandatos de la autoridad centralizadora hará que materialmente sea ella quien posea la titularidad de los medios de producción.

Ante el contraste de los dos modelos económicos expuestos, debe tomarse en consideración que la adopción de cualquiera de ellos constituye una opción excluyente en la que se determina de manera distinta la dinámica de los medios de producción vigentes; motivo por el cual no podrá considerarse que en una sociedad puedan coexistir o presentarse de manera conjunta¹³.

¹¹ Ibidem, pp. 257.

¹² Kirzner, Israel M. Market Theory. Indiana, 2007, Liberty Fund, Inc., pp. 14.

¹³ En el presente análisis se excluye la consideración del tipo de economía definida por Israel Kirzner como «autarkic economy» o economía autárquica, debido a que la consideración de un escenario en el que cada individuo satisface sus propias necesidades de manera aislada no conlleva a la presencia de un sistema social, elemento indispensable al evaluarse las opciones de modelos que puede adoptar una sociedad.

Ello se debe a que, de plantearse en algunos espacios concretos una asignación basada en los elementos del modelo de economía centralizada, la interacción que se dé en estos espacios con el resto del sistema social se encontraría regida por el orden generado por el mercado, produciendo que estos espacios aparentemente ajenos a la economía de mercado se encuentren regidos por esta.

Sobre el particular, Mises presenta una clara explicación de la imposibilidad de confluencia de ambos modelos económicos, afirmando que:

«The market economy or capitalism, as it is usually called, and the socialist economy preclude one another. There is no mixture of the two systems possible or thinkable; there is no such thing as mixed economy, a system that would be in part capitalist and in part socialist. Production is directed by the market or by the decrees of a production tsar or a committee of production tsars.

If within a society based on private ownership by the means of production some of these means are publicly owned and operated, that is, owned and operated by the government or on of its agencies- this does not make for a mixed system which would combine socialism and capitalism. The fact that the state or municipalities own and operate some plants does not alter the characteristic features of the market economy. The publicly owned and operated enterprises are subject to the sovereignty of the market. They must fit themselves, as buyers of raw materials, equipment, and labor, and as sellers of goods and services, into the scheme of the market economy. They are subject to the laws of the market and thereby depend on the consumers who may or may not patronize them.»¹⁴

A partir de ello, puede constatarse que el modelo económico determinará en gran medida el espacio de desenvolvimiento sobre el que se analizará al accionar estatal, determinando en la práctica las distintas variables que su actuación pueda concretar.

¹⁴ Mises, Ludwig Von. op. cit. Pp. 258.

2.1.2. Conceptos vinculados a la economía de mercado

Como modelo en el que se enmarcará el desarrollo planteado, la referencia al sistema de economía de mercado presupone la existencia y conocimiento de una serie de conceptos que resultan implícitos a su concreción, resultando necesario su entendimiento y comprensión al momento de realizar un análisis jurídico en el marco de este modelo económico.

Debido a ello, resulta pertinente traer a consideración cinco conceptos vinculados a la economía de mercado, cuyo conocimiento resulta necesario para comprender la realidad en la que será analizada la actuación estatal: (i) Mercado, (ii) Condiciones en las que opera el mercado; (iii) Titularidades; (iv) el aparato coercitivo; y (v) los roles de participación de los agentes en la economía.

Cabe recordar que, si bien los autores económicos recurridos pertenecen al ámbito anglosajón, los planteamientos teóricos recabados se encuentran referidos a la comprensión de aspectos generales del mercado, ámbito de la teoría económica que resulta independiente a la corriente o sistema jurídico materia de estudio y aplicación (anglosajón o continental), al referirse a conceptos que describen y analizan la realidad de manera desligada al sistema legal vigente. Es así como su consideración no plantea en sentido alguno la extrapolación de instituciones anglosajonas al ordenamiento actual.

i. Mercado

Un mercado existe cuando los individuos, frente a una necesidad determinada, pueden verla satisfecha optando por la realización de transacciones con otros,

produciendo como consecuencia de ello un beneficio para los agentes participantes de la transacción que ven obtenidos sus objetivos¹⁵.

Es así que el mercado es entendido como un proceso social dinámico en el que confluyen e interactúan individuos que demandan y ofertan bienes o servicios, optándose en él libremente por la realización de transacciones.

De manera más precisa, Mises define al mercado como un proceso en continuo cambio generado por la interacción de individuos, perfilándolo de la siguiente forma:

«The market is not a place, a thing, or a collective entity. The market is a process, actuated by the interplay of the actions of the various individuals cooperating under the division of labor. The forces determining the –continually changing- state of the market are the value judgments of these individuals and their actions as directed by these value judgments. The state of the market at any instant is the price structure, i. e., the totality of the exchange ratio as established by the interaction of those eager to buy and those eager to sell. There is nothing inhuman or mystical with regard to the market. The market process is entirely a resultant of human actions. Every market phenomenon can be traced back to definite choice of the members of the market society.

The market process is the adjustment of the individual actions of the various members of the market society to the requirements of mutual cooperation. The market prices tell the producers what to produce, how to produce, and in what quantity. The market is the focal point to which the activities of the individuals converge. It is the center from which the activities of the individuals radiate»¹⁶

Como se puede apreciar, la definición de Mises nos presenta al mercado como una realidad dinámica, un proceso cambiante en el que confluyen diversos agentes y elementos de forma continua y variable.

¹⁵ Kirzner, Israel M. op. cit. pp. 13.

¹⁶ Mises, Ludwig von. op. cit. pp. 257 – 258.

Esta realidad dinámica constituye el elemento central en la producción y obtención de bienestar de los individuos en la economía de mercado; por lo que los elementos necesarios para su configuración, constituyen condiciones necesarias para el establecimiento de esta, resultando su tratamiento relevante para su mayor comprensión.

La comprensión de este concepto permitirá posteriormente distinguir entre las actuaciones del estado que forman parte de la dinámica de mercado y aquellas realizadas afectando esta interacción existente entre los individuos, siendo necesario entender las condiciones requeridas para que este opere.

ii. Condiciones en las que opera la economía de mercado

Como un sistema social en el que se permite que las fuerzas del mercado determinen el orden de la interacción de los individuos para la producción, la economía de mercado presenta una serie de condiciones que deben confluir para lograr su desenvolvimiento, constituyendo elementos que permiten a la dinámica del mercado fluir libremente.

Con relación a ello, y desde una observación teórica, autores como Kirzner han considerado la existencia de un conjunto de condiciones que rigen la dinámica del mercado, identificándolas de la siguiente forma:

«In a market system each member of the society is free to act, within very wide limits, as he sees fit. Moreover, the system operates within a framework of law which recognizes individual rights to private property. This means that each individual is free at each moment to employ the means available to him for the purpose of furthering his own ends, providing only that this should not invade the property rights of others. At the same time each individual can plan his activities with the assurance provided by the law, first that the means

available to him at any one time are secure against appropriation by others, and, then, that he will not be prevented by others from enjoying the fruits of his productive activities.

The system recognizes the rights of individuals to enter into arrangements with one another which they believe will be of mutual benefit. (...) Our ideal system may be thought of as, in one way or another, ensuring the smooth fulfillment of such cooperative arrangements. »¹⁷

A partir del desarrollo planteado por el referido autor, es posible identificar la existencia de tres condiciones que resultan necesarias para la configuración del mercado: (i) la existencia de un marco normativo que reconoce las titularidades o «property rights» asignadas a los individuos; (ii) el respeto y la protección de las titularidades asignadas, reconociendo la no invasión de las titularidades de los demás individuos como el límite a la libertad para proveerse de bienestar; y, (iii) el reconocimiento de la facultad de los individuos de establecer transacciones entre sí.

Como se puede apreciar, las condiciones necesarias para el desenvolvimiento del mercado se encuentran fuertemente vinculadas en torno al concepto de titularidad, respecto del cual se requiere su reconocimiento, protección y facultad de disposición.

iii. Las titularidades o «*property rights*»

Como el punto de partida para la realización de cualquier transacción entre individuos, al determinar a partir de ellas los beneficios que podrán obtener con su accionar, las titularidades representan el objeto central de la dinámica de mercado, constituyendo su establecimiento y posterior protección la base de la economía de mercado.

¹⁷ Kirzner, Israel M. op. cit. pp. 26 – 27.

Al respecto, resulta clara la definición del concepto de titularidad que realiza Pejovich, quien lo define de la siguiente forma:

«Property rights are relations among individuals that arise from the existence of scarce goods and pertain to their use. They are norms of behavior that individuals must observe in interaction with others or bear the costs of violation. Property rights do not define the relationship between individuals and objects. Instead they define the relationship among individuals with respect to all scarce goods. The prevailing institutions are the aggregations of property rights that individuals have. My right to vote defines my position vis-à-vis other members of the community with respect to the choice of government. My right to a computer in my office defines my position vis-à-vis other individuals with respect to the access to that computer. Both rights are property rights.»¹⁸

En este sentido, las titularidades o «property rights» son entendidas como reglas que rigen las interacciones entre los individuos, vinculadas con aquellos elementos que pueden satisfacer sus necesidades, permitiendo determinar y asegurar los beneficios que obtendrán como resultado de su accionar¹⁹.

iv. El aparato coercitivo estatal

Como parte de las condiciones necesarias para la configuración del mercado, las titularidades que les son reconocidas a los individuos requieren en la práctica de una protección que haga material su existencia, pues de lo contrario las reglas establecidas serán simplemente vulneradas por los individuos para la obtención de un mayor bienestar personal.

¹⁸ Pejovich, Svetozar. *Economic Analysis of Institutions and Systems*. Norwell, 2000, Kluwer Academic Publishers, pp. 57.

¹⁹ Al corresponder a una delimitación conceptual que parte de la teoría económica, se identifica que esta especifica la necesidad de que el reconocimiento de titularidad sea concretado por ente en específica en la sociedad, sin perjuicio de lo cual se identifica que dicho reconocimiento puede ser concretado por los Estados a través de sus textos constitucionales.

Debido a ello, a diferencia de las otras condiciones, que implican un reconocimiento de reglas o facultades, el respeto y protección de las titularidades asignadas constituye una condición que requiere del establecimiento de determinadas instituciones u órganos que ejercerán en la sociedad el poder coercitivo y punitivo para garantizar la asignación de titularidades realizada.

En este contexto, el Estado, en lo concerniente a su accionar como aparato coercitivo que garantiza el respeto de las titularidades asignadas, constituye un elemento que puede configurar esta condición necesaria en el mercado, encontrándose comprendido como una concreción usual de esta condición que no implica necesariamente una afectación a la dinámica de mercado.

Al respecto, y desarrollando este aspecto, Kirzner reconoce que el sistema que configura el mercado resulta coherente con la existencia de un aparato coercitivo gubernamental, en la magnitud específica para garantizar el respeto de las condiciones necesarias para el desenvolvimiento del sistema de mercado, afirmando que:

«(...)while we make no other assumptions concerning the nature of the actions of individual members, we are assuming that no activity is expended with the sole purpose of replacing the market system by some system of societal organization governed by conditions substantially different from those outlined here. The system is thus consistent with the existence of the political and coercive apparatus associated with government, only to the extent necessary to ensure the maintenance of the conditions of a market system. »²⁰

De manera semejante, ya centrándose de forma más concreta en el Estado, Mises refiere que éste, como aparato social de coerción y compulsión, no interfiere con el mercado en la medida que se restrinja su desenvolvimiento, limitando el despliegue

²⁰ Kirzner, Israel M. op. cit. pp. 27

de su poder a prevenir o suprimir acciones que sean destructivas del desenvolvimiento de la economía de mercado, precisándolo de la siguiente manera:

«The state, the social apparatus of coercion and compulsion, does not interfere with the market and with the citizens' activities directed by the market. It employs its power to beat people into submission solely for the prevention of actions destructive to the preservation and the smooth operation of the market economy. It protects the individual's life, health, and property against violent or fraudulent aggression on the part of domestic gangsters and external foes. »²¹

Conforme se aprecia de estos autores, el accionar del Estado como aparato coercitivo, en tanto se limite a garantizar las condiciones necesarias para el desenvolvimiento del mercado, es consistente con el sistema de mercado, concretizando la protección de las titularidades y la facultad de disposición que se tienen sobre ellas.

Esta distinción será necesaria en el estudio posterior a fin de establecer una diferencia entre la actuación estatal que permite concretar esta condición y aquella que se da de manera posterior a ello.

v. Roles de participación de los agentes en la economía

Como parte del desarrollo de un agente o sujeto en el mercado, la posición desenvuelta por cada individuo en sus transacciones determinará las condiciones bajo las cuales se verá tratado, siendo consecuencia de las acciones por él implementadas.

Así, el rol desempeñado en el mercado constituye un referente importante para calificar el accionar desenvuelto por cada agente económico, siendo necesaria su

²¹ Mises, Ludwig von. op. cit. pp.257.

distinción al momento de analizar las interacciones existentes entre ellos en el mercado.

El rol realizado por los agentes económicos en cada transacción en el mercado puede diferenciarse a partir de la consideración de tres tipos de roles particulares, determinados en función a las características del individuo con relación a la transacción: (i) consumidor («*consumer*»), (ii) dueño de recursos («*resource owner*»); y, (iii) empresarios («*entrepreneur*»).²²

La comprensión de estos roles, permitirá diferenciar a la actuación estatal materia de análisis en los distintos casos en que implique una interacción en el marco del mercado, comprendiendo a cabalidad cada una de las variantes que puede implicar el accionar del Estado en esta parte de la realidad.

- **Consumidor**

Como papel primario de todo sujeto en el mercado, el rol de consumidor conlleva la utilización por parte de un sujeto de los recursos obtenidos en el ejercicio de otros roles, adquiriendo bienes y servicios para su consumo. En este papel, el sujeto selecciona entre las alternativas disponibles, optando por aquellas que le permitan satisfacer sus necesidades utilizando los recursos limitados con los que cuenta.

- **Dueño de recursos**

En un escenario de mercado, la dinámica de producción de bienes y servicios implica la confluencia de diversos recursos para la elaboración y posterior comercialización de bienes, resultando necesario la provisión de las materias básicas para su materialización.

²² Kirzner, Israel M. op. cit. Pp. 28 – 30.

En esta confluencia, la titularidad de los recursos en bruto corresponde de manera inicial a los sujetos a los que le son asignadas, quienes en su rol de «dueño de recursos» las incorporan a la dinámica del mercado al disponer la transferencia de estas mediante las transacciones de las que forman parte.

Así, ya sea por la tenencia de materias prima, mano de obra, entre otros, el rol de dueño de recursos se ubica en la actividad de producción como su primer eslabón, al conformar las transacciones iniciales de esta como consecuencia de la tenencia inicial de los recursos.

- **Empresario (Entrepreneur)**

A diferencia de los roles de «consumidor» y «dueño de recursos», fuertemente vinculados con un accionar en particular en la transacción (adquisición y venta, respectivamente), el rol de empresario implica la realización de un doble accionar articulado en el que se debe decidir que recursos deben ser utilizados (adquisición de recursos) y que bienes o servicios deben ser producidos (venta de productos o servicios), afrontando la incertidumbre en el resultado de la articulación de estas acciones.

Es así como el rol del empresario es el de adquirir una serie de recursos para su posterior venta como un bien o servicio terminado, asumiendo el riesgo por la especulación del beneficio a ser obtenido como consecuencia de ello.

2.2. Modelos de Estado y Economía Social de Mercado

A diferencia del modelo económico, el modelo de Estado constituye una construcción política que determina; entre otras cosas, los alcances del desenvolvimiento del aparato estatal frente a los individuos, reconociendo los derechos que estos poseen y las limitaciones establecidas al accionar estatal.

Dependiendo de su enfoque, esta construcción política puede presentar diversas variantes y matices, siendo posible su construcción centrándose en aspectos distintos a la propia dinámica del mercado, como son las variantes de modelos de Estado que enfocan su definición y contenido en la organización del Estado y el sistema de toma de decisiones.

En lo concerniente a la actuación del Estado frente a la economía, la construcción de los modelos de Estado se ha visto caracterizada por la necesidad de optar por una decisión política que se ubique en un punto entre dos posturas opuestas de actuación frente a la economía: (i) el abstencionismo; y, (ii) el intervencionismo absoluto.

Si bien estas posturas no suelen presentarse de manera pura, su definición resultará pertinente para la mejor apreciación de los modelos de Estado presentes entre estas dos posturas, como es el caso de la economía social de mercado adoptada en el Perú, permitiendo comprender que la actuación estatal suele implicar a su vez una valoración respecto a su correcto desenvolvimiento en el marco de los parámetros de cada ordenamiento.

Debido a ello, a continuación se presentarán de manera ilustrativa estos modelos de Estado, a efectos de ser conscientes de los distintos alcances en los que se permite la actuación estatal en un ordenamiento y comprender las implicancias de la economía social de mercado que resulta aplicable al caso peruano.

2.2.1. Estado abstencionista o de «laissez-faire»

Se considera Estado abstencionista o de «laissez-faire» al modelo de Estado en que se opta por limitar su actuación vinculada a la economía al mínimo indispensable

para preservar las condiciones necesarias para el desenvolvimiento del sistema de mercado.

Este modelo acoge una decisión política que considera al mercado sin presencia del Estado como el mejor medio para la obtención del bienestar de los individuos. Es así que, como constata Dromi, la característica central de este modelo es la actuación del Estado en la economía por medio de la abstención:

«En el liberalismo, en rigurosa teoría, el Estado obra por abstención: “no debe hacer”. Ese no hacer implica la obligación también de centralizar o concentrar el poder mínimo para asegurar que “no va a hacer”. Ello en un plano de teoría, dado que la escasa descentralización del sistema liberal se aproxima bastante al sistema autocrático, nada más que uno es “concentrado para no hacer” (régimen liberal) y otro es “concentrado para hacerlo todo” (régimen autocrático).»²³

Similar consideración respecto a este modelo puede observarse desde la teoría económica por autores como Stiglitz, quien refiere a ello de la siguiente forma:

«Muchos de los economistas más importantes del siglo XIX, como los ingleses John Stuart Mill y Nassau Senior, promulgaron la doctrina conocida con el nombre de *laissez faire*, según la cual el Estado debía dejar hacer al sector privado y no intentar regular o controlar la empresa privada. La competencia ilimitada era la mejor manera de servir los intereses de la sociedad.»²⁴

Debido a ello, este modelo se caracteriza por limitar el ámbito de competencias estatales, restringiendo en gran medida la actuación estatal con el objetivo de que los privados se desenvuelvan libremente sin la posibilidad de que se presente alguna actuación estatal que interfiera en ello.

²³ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo. Buenos Aires: Hispania Libros, 2009, 12va Edición, pp. 940.

²⁴ Stiglitz, Joseph E. La Economía del Sector Público. Barcelona, 2000, Antoni Bosch, Tercera Edición, pp. 13.

2.2.2. Estado de bienestar o «wellfare state»²⁵

El Estado de bienestar es el modelo de Estado en el que la decisión optada para la interacción del Estado con la economía es la de prestador de los bienes y servicios que en la sociedad se necesitan para la subsistencia de sus ciudadanos. En este modelo, se plantea que la dinámica del mercado no resulta suficiente para la obtención del bienestar de los individuos, procediendo ante ello a suplantarla por la actuación estatal para garantizar su bienestar.

En palabras de Ariño, este modelo de Estado tiene como función central la prestación de bienes y servicios para lograr el bienestar de las sociedades urbanas, destacando en su contenido fundamental los elementos de: «1) oferta de bienes tutelares, como educación, sanidad y vivienda; 2) garantía de rentas, como ocurre en lo relativo a las pensiones de jubilación, enfermedad, desempleo o familia; 3) garantía de relaciones laborales, a través de regulaciones legislativas, actuaciones reglamentarias, e intermediaciones del más variado signo; y 4) garantía de medio ambiente.»²⁶

La magnitud con la que la actuación del Estado es permitida puede llevar a implantar en la práctica un modelo de economía centralizada; en el cual el Estado, pretendiendo garantizar el bienestar de los individuos, termina centralizando los medios de producción y obligando a los individuos a dejar su libertad para obtener los aparentes beneficios que el Estado brindará, imposibilitando que se recurra al mercado para satisfacer necesidades.

²⁵ Si bien existe la posibilidad de presentarse diversas magnitudes de intervención en el modelo de Estado de bienestar, en el presente acápite se pondrá énfasis en su materialización bajo su máxima magnitud de injerencia, la cual constituirá el polo opuesto al modelo de abstencionismo.

²⁶ Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima, 2004, ARA Editores, pp. 140.

Como consecuencia de ello, este modelo de Estado suele encontrarse fuertemente vinculado con un modelo de economía centralizada, en oposición al modelo de estado abstencionista que permite el libre desenvolvimiento de una economía de mercado.

2.2.3. El Estado en la economía social de mercado

Dejando en un segundo plano los polos previamente expuestos, la economía social de mercado constituye un modelo de Estado alejado de las posturas polarizadas del «laissez-faire» y «welfare state»; en el cual, si bien se reconoce que el mercado debe ser el hilo conductor de la provisión de bienestar para los individuos, se consiente la actuación del Estado en la medida necesaria para garantizar la obtención de bienestar social, en cuanto este no logre ser procurado por la dinámica del mercado.

Conforme se puede apreciar, la economía social de mercado muestra una opción política concordante con el libre desenvolvimiento de los individuos en el mercado, sin dejar de lado la procura de condiciones mínimas de bienestar material a los sectores desfavorecidos, en aras de conducir a la existencia de una libertad material que les permita participar en la interacción del mercado. He de ahí que resulte clara la percepción de este modelo como una tercera vía entre los modelos de Estado polarizados y los defectos que estos conllevan, tal como es afirmado por Haberle:

«La economía social de mercado constituye a menudo la aludida tercera vía y un logro de alto rango. (...) La victoria ha sido para el tipo de Estado constitucional, porque ha conseguido, y ésta no es ni mucho menos la última razón, aportar soluciones justas a las cuestiones sociales. (...) El Estado constitucional muestra “la tercera vía” entre los fallos del Estado y los fallos del mercado, por usar las palabras habituales en la disputa, a través de las estructuras que ha desarrollado para su mercado, de las funciones positivas que ha

logrado a través de la economía de mercado y de las correcciones que costosamente ha realizado con principios materiales y procesales.»²⁷

En el caso del Perú, este modelo de Estado se encuentra expresamente recogido en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, refiriendo el papel que el Estado desarrollará en torno al mercado:

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.

(Énfasis agregado)

Al respecto, al referirse a la economía social de mercado, el Tribunal Constitucional peruano ha procedido a su caracterización considerando que en este modelo de Estado se plantea la primacía de la libertad de los individuos de la mano de la promoción de la igualdad material, permitiendo la obtención de una libertad real de manera independiente a la existencia de condiciones que generen que los beneficios del mercado sean menores para determinados sectores de la población:

«La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo de ingresos.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

²⁷ Haberle, Peter. Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado. ReDCE N°5 Enero-Junio 2006 pp. 26

c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.»²⁸

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha procedido a definir de manera más concreta a la economía social de mercado, perfilándola como un modelo que se opone tanto a la economía planificada y de dirección centralizada como a la economía de *laissez faire*, reconociendo que el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas ni interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.²⁹

En ese sentido, la economía social de mercado constituye un modelo de Estado que determina la posibilidad de actuaciones estatales en función de la deficiencia del mercado para procurar el bienestar a los individuos.

3. Formas de actuación del Estado en la economía

Como tercer aspecto a ser delimitado, las formas de la actuación del Estado en la economía corresponden a la asignación al accionar estatal de una serie de nomenclaturas o tipologías particulares.

Bajo esta clasificación, en función al autor de referencia, se agrupa bajo diversos parámetros teóricos al accionar desarrollado por el Estado, diferenciando a partir de categorías con similares elementos a las formas que esta actuación puede materializar.

Ya sea desde la perspectiva del Derecho Público Económico o del Derecho Administrativo, a lo largo de los años distintos autores han clasificado de diversas

²⁸ Resolución final recaída en el expediente 008-2003-AI/TC, considerando 13.

²⁹ Resolución final recaída en el expediente 008-2003-AI/TC, considerando 16.

maneras las formas que puede asumir el accionar estatal al momento de incidir en la esfera de los individuos.

Si bien este tipo de clasificaciones pueden ser consideradas como referenciales por algunos autores, la existencia de una tipología constituye un mecanismo para comprender a cabalidad las distintas variaciones que puede tener la materialización de la actuación estatal, resultando relevante su consideración.

Es así como por medio de ello se facilita el estudio, comprensión, utilización y consecuencias de las distintas variantes del accionar estatal, al permitir observar de manera sistematizada las concreciones particulares que la actuación del Estado puede materializar.

En el mismo sentido, tal como afirma Cassagne, la clasificación de las formas de intervención del Estado en la economía «constituye una herramienta jurídica necesaria para la aplicación e interpretación del derecho, en particular en los supuestos de carencia normativa»³⁰, al permitir acercarse de manera más precisa a actuaciones del Estado que no cuenten con un desarrollo normativo particular.

Esta situación se debe a que, a nivel teórico, se ha solido atribuir requisitos y estándares particulares para cada una de las formas de actuación planteadas, siendo utilizados ante la ausencia de disposiciones normativas que desarrollen de manera expresas las exigencias en torno a una actuación en particular.

En el marco de la labor realizada, el conocimiento de las distintas clasificaciones permitirá de manera posterior reflexionar respecto de las implicancias que la delimitación del concepto de intervención del Estado en la economía tendrá sobre

³⁰ Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima, 2010, Palestra Editores, Tomo II, pp. 455.

las variantes de actuación estatal consideradas a nivel teórico, permitiendo evaluar la realización de posibles modificaciones a este ámbito.

Debido a ello, y de manera preliminar a la labor realizada, se procederá a traer a consideración las perspectivas actuales de las formas de actuación del Estado, reseñando las distintas variantes de actuación estatal consideradas. Igualmente, se presentará una nomenclatura establecida específicamente para el presente trabajo, a efectos de evitar durante el desarrollo de la labor planteada la referencia a connotaciones de otras nomenclaturas.

3.1. La Tripartición Clásica de la actuación estatal

En la actualidad, las principales clasificaciones de las formas de actuación del Estado suelen incorporar en su tipología la presencia de tres o cuatro formas de actuación, existiendo autores que llegan a plantear el establecimiento de una quinta o sexta forma.

No obstante ello, las clasificaciones de los distintos autores suelen caracterizarse por presentar ciertos rasgos comunes, de manera independiente a la cantidad de variantes de actuación estatal que puedan considerar, presentando en sus clasificaciones la incorporación de tres variantes: (i) una referida a la limitación de derechos; (ii) una referida a la realización de incentivos por medio de estímulos; y, (iii) una referida a la realización de prestaciones asistenciales.

Esta situación se presenta debido a que la mayoría de las posturas planteadas parten de considerar en sus antecedentes una misma clasificación de las formas de actuación del Estado, la cual diferencia tres formas de actuación: (i) la actividad de policía; (ii) la actividad de fomento; y, (iii) la actividad de servicio público.

Con relación a esta clasificación tripartita, autores como Muñoz Machado y Santamaría Pastor atribuyen su producción al jurista español Jordana de Pozas, quien habría incorporado a la clasificación dual preexistente (actividad de policía y actividad de servicio público) una tercera variante bajo los términos de “actividad de fomento”³¹.

Así, esta tipología es denominada por autores como Martín Mateo como la tripartición clásica de la administración, debido a que diversos autores plantean a partir de ella la reformulación de las formas de actuación o intervención estatal, resaltando en estas nuevas propuestas el mantenimiento de los elementos de la clasificación tripartita³².

3.2. Clasificaciones actuales de la actuación estatal

De manera adicional a las tres formas de actuación comprendidas en la postura clásica, diversos autores han planteado en sus tratados la existencia de una cuarta, quinta, o incluso sexta forma del accionar estatal, a efectos de perfeccionar la clasificación clásica existente ante la realidad cambiante observada en el Estado.

Con relación a esta situación, resultan ilustrativas las palabras de Santamaría Pastor, quien identifica a los autores que plantean estas nuevas formas de actuación:

«Apenas ha habido autores que no hayan querido completarla con un cuarto o quinto término: así, con la actividad de gestión industrial o económica (Villar), con la actividad de planificación (Ariño) o con la actividad arbitral (Parada); pero todas estas propuestas, absolutamente estimables, no hacen sino añadir categorías singulares, adyacentes y

³¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, 2009, Iustel, 2da edición, Tomo II, pp. 253 – 254.

³² Martín Mateo, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Navarra, 2005, Editorial Aranzadi, 2da edición, pp. 349.

complementarias de la tríada de Jordana, algunas de las cuales, en otras opiniones, pueden encajarse en alguno de sus tres términos.»³³

De manera semejante, Muñoz Machado también procede a identificar a estos autores, resaltando la importancia que la postura tripartita tuvo a nivel doctrinal:

«La clasificación de Jordana tuvo un éxito extraordinario entre la doctrina española, que la aceptó sin más contestación que añadir, a lo largo del tiempo, algunas otras manifestaciones de la actividad administrativa que merecían ser sustantivadas también, como las de carácter industrial o de dación de bienes y servicios al mercado (Villar Palasí, Ariño), arbitral (Parada), planificadora (S. Martín–Retortillo). »³⁴

Muestra de estas incorporaciones pueden apreciarse en el caso de autores como Villar Palasí³⁵, quien incorpora a la clasificación tripartita a la labor de prestación directa de bienes y servicios realizada por el Estado³⁶, configurando una postura con cuatro variantes del accionar estatal.

A diferencia de ello, autores como Parada Vázquez y Gaspar Ariño han establecido en las clasificaciones formuladas la consideración de hasta cinco o seis formas de actuación del Estado, incorporando a las formas actuación del Estado a la actividad sancionadora y arbitral, en el caso del primero³⁷; o la actividad de prestación directa de bienes y servicios, la actividad arbitral, y la actividad de planificación, en el caso del segundo.

³³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, 2009, Iustel, 2da edición, Tomo II, pp. 254.

³⁴ Muñoz Machado, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Madrid: Iustel, 2011, Volumen IV, pp. 487

³⁵ Villar Palasí, José Luis. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, 1992, Agisa, 3era edición, pp.55 – 56.

³⁶ En este contexto, es resaltante el caso de la clasificación planteada por Dromi, quien a pesar de desarrollar igualmente una clasificación que considera cuatro formas de actuación, difiere de los elementos considerados, estableciendo una clasificación orientada en la influencia del accionar del Estado en la economía que considera cuatro formas: (i) la planificación económica; (ii) el fomento administrativo; (iii) la empresa pública; y, (iv) la policía económica. Dromi, Roberto, Derecho Administrativo. Buenos Aires: Hispania Libros, 2009, 12va Edición, pp. 943.

³⁷ Parada Vázquez, Ramón. Derecho Administrativo. Barcelona, 2004, Marcial Pons, 15va edición, Volumen I, pp. 369 – 370.

Es así como se puede observar que el estado de la cuestión vinculado a la clasificación de las formas de actuación del Estado se ha encontrado a lo largo de los últimos años compuesto por una gran variedad de clasificaciones, diversificándose a partir del planteamiento de nuevas variantes en función al autor considerado.

3.3. Formas de actuación del Estado

Partiendo de las distintas perspectivas de clasificación reseñadas, corresponde para efectos del presente trabajo traer a consideración las distintas variantes de actuación estatal comprendidas por las clasificaciones de las formas de actuación del Estado existentes, al ser referentes de concreciones particulares del accionar estatal que posteriormente serán materia de reflexión a partir del concepto de intervención del Estado en la economía arribado.

En ese sentido, se procederá a realizar un recuento de las distintas formas de actuación consideradas en la actualidad por diversos autores en el marco del accionar estatal, de manera independiente a la valoración que se realice de ellas de manera posterior.

3.3.1. Actividad de policía u ordenación

Se entiende por actividad de policía al accionar del Estado que produce como efecto en los individuos una limitación en sus derechos, teniendo como objetivo tanto el mantenimiento del orden público como el control del riesgo de las actividades realizadas, aspectos que se concretan a través del condicionamiento de la forma de actuar de los ciudadanos.

Conforme lo afirma Gaspar Ariño, esta actuación del Estado posee un carácter principalmente restrictivo, estableciendo de manera coactiva limitaciones, condiciones o cargas al accionar de los individuos.

« (...) la actividad de policía es una actividad que se manifiesta a través de normas o actos “de imperio”, en cuanto que se imponen coactivamente a los ciudadanos. Se trata de limitaciones, condiciones o cargas, necesarios para una ordenada convivencia. Incluye esta actividad tanto la potestad legislativa como la reglamentaria, con todas sus secuelas de aplicación limitadora y coactiva, o incluso ablativa, plasmada en instrumentos como las órdenes, las licencias, permisos, prohibiciones, etc. Es la actividad clásica y esencial del Estado, y va íntimamente unida a la noción de “orden público”».³⁸

No obstante, ello, tal como lo reconoce Cassagne, esta actividad se plantea para hacer compatible el ejercicio y contenido de los derechos de los individuos que interactúan en la sociedad, evitando la generación de conflictos por la sobreposición o choque de estos.

« (...) existe otra actividad de limitación, extinción, etc., de derechos privados que se manifiesta a través del poder de legislación mediante leyes y reglamentos que limitan el ejercicio y el contenido de los derechos individuales para hacerlos compatibles con los derechos de otros o con los fines de interés público que persigue la comunidad. En este último supuesto se habla de “poder de policía”, aun cuando, por lo común, esta denominación se reserva, entre nosotros, a cierto tipo de actividad reglamentaria de los derechos individuales que realiza el Congreso.»³⁹

Ya entrando en el ámbito de esta actuación, y tal como lo identifica Ariño, desde la perspectiva de la economía, se puede apreciar que mediante esta actividad la administración condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos

³⁸ Ariño Ortiz, Gaspar. Op. Cit pp. 336 – 337.

³⁹ Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima, 2010, Palestra Editores, Tomo II, pp. 437 – 438.

presentes en el mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos.⁴⁰

Esta actividad es denominada por autores como Santamaría Pastor como actividad de ordenación, a efectos de dissociar sus alcances de los previstos por el antiguo concepto de actividad de policía, el cual consideraba solo la actividad destinada al mantenimiento del orden público como parte de sus alcances.

«Este tipo de actividad administrativa es también conocida tradicionalmente entre nosotros, como antes señalamos, como actividad de policía. Es necesario advertir, no obstante, que esta expresión posee, en el lenguaje usual, un campo semántico más restringido: hace referencia, exclusivamente, a la actividad de mantenimiento del orden público y de indagación y persecución de las actividades ilícitas (policía de seguridad) y, específicamente, a los colectivos de servidores públicos encargados de la misma (policía nacional, autonómica y local); una actividad que, ciertamente, se halla comprendida dentro de la noción técnica de actividad administrativa de ordenación (la policía de seguridad es actividad administrativa de policía), pero que no la agota.»⁴¹

De igual manera, el mencionado autor también refiere que el acogimiento de esta denominación se realiza con el objetivo de evitar que los alcances de esta categoría sean confundidos o vinculados con connotaciones provenientes del antiguo concepto de actividad de policía que existía en un inicio.

«De ahí el peligro de contaminación semántica que entraña utilizar el concepto de policía para englobar lo que no es más que un conjunto inorgánico de actividades administrativas de limitación; un concepto que genera una tendencia a suponer la existencia de potestades interventoras donde no las hay, que legitima la creación de poderes implícitos o naturales donde no puede haberlos o, cuando menos, que propicia interpretaciones expansivas y

⁴⁰ Ariño Ortiz, Gaspar Op. Cit pp. 337.

⁴¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, 2009, Iustel, 2da edición, Tomo II, pp. 257.

ampliatorias de las potestades creadas por la ley, en perjuicio de la libertad. Por eso preferimos el empleo de un nombre más neutro, como el de actividad de ordenación, que no es más que un rótulo sistemático bajo el que se examinan las diferentes técnicas de intervención sobre la conducta de los ciudadanos, pero que no sienta perjuicio alguno sobre su origen ni sobre su régimen jurídico.»⁴²

Es así como la actividad de policía u ordenación abarca un ámbito mayor al solo mantenimiento del orden público, comprendiendo a su vez el control del riesgo en las actividades realizadas por los individuos, las cuales son reguladas a través de esta forma de actuación estatal.

3.3.2. Actividad de fomento

Se entiende por actividad de fomento al accionar del Estado que produce en los individuos un incentivo para la abstención o realización de determinadas actividades, orientando y encauzando la iniciativa de estos para el desarrollo del bien común.

Jordana De Pozas, a quien diversos autores atribuyen la consideración inicial de esta forma de actuación del Estado, considera a la actividad de fomento como la realización de una acción de estímulo sobre la actuación que desenvuelvan los individuos, promoviendo que su desenvolvimiento se realice encaminándose hacia opciones que impliquen un mayor provecho para el bien común. Es así como este autor la define en los siguientes términos:

“La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia directa sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate.

⁴² Ibidem, pp. 261.

Podríamos definirla como la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estimen de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos”⁴³

De manera semejante a esta definición, y haciendo una expresa referencia la posibilidad de producir estímulos disuasivos, Gaspar Ariño define a la actividad de fomento estableciendo como eje central el encaminamiento del accionar de los individuos al beneficio común, considerando que esta orientación puede implicar en determinados casos la disuasión del desarrollo de determinadas conductas:

“Por lo tanto, la actividad de fomento se configura como una actividad de estímulo y presión, realizada de modo no coactivo, sobre los ciudadanos y grupos sociales, para imprimir un determinado sentido a su actuación. El Estado actúa mediante estímulos de carácter económico, tales como las subvenciones, las exenciones fiscales, los créditos, etc. De este modo, el Estado no manda ni impone, sino que ofrece y necesita de la colaboración del particular para que la actividad fomentada se lleve a cabo.

En el ámbito de la vida económica, mediante esta actuación de fomento se trata de orientar e incentivar (o disuadir) la acción económica privada, encaminando la acción de los agentes hacia la producción de determinados bienes o servicios, necesarios para la colectividad.”⁴⁴

Manteniendo la misma línea planteada por ambos autores, Dromi define a la actividad de fomento como la acción dirigida a proteger o promover las actividades de los particulares que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general, reconociendo la existencia de estímulos positivos, que otorguen una ventaja o beneficio al optar por el accionar promovido, y estímulos negativos,

⁴³ Jordana de Pozas, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. En: Revista de Estudios Políticos. Año 9, Número 48, pp. 46.

⁴⁴ Ariño Ortiz, Gaspar. Op. Cit pp. 379.

que constituyen obstáculos o cargas impuestas para dificultar por medios indirectos las actividades contrarias a las que se desean promover⁴⁵.

Es así que la actividad de fomento, al perfilarse como el accionar del Estado que produce en los individuos un incentivo para la abstención o realización de determinadas actividades, se materializa a través de acciones que pueden impactar de manera positiva o negativa en los individuos sujetos a esta actuación estatal.

3.3.3. Actividad de servicio público o garantía

A diferencia de las formas de actuación previamente descritas, la actividad de servicio público ha pasado en diversos momentos por un constante y continuo debate en torno a la conducta estatal que debe encontrarse bajo sus alcances, existiendo diversas posturas de aquello que es comprendido en esta forma.

Esta situación se debe a que, a nivel teórico y normativo, diversos autores y países han optado por considerar bajo distintos contenidos al «servicio público», llegándose a escenarios en los que las actuaciones establecidas a nivel normativo como servicio público pueden no concordar con el desarrollo doctrinal llevado en la materia.

No obstante ello, puede apreciarse a nivel doctrinal la existencia de una postura recurrente respecto a los alcances que constituyen al servicio público como forma de actuación del Estado, destacando la existencia de una titularidad estatal (directa o indirecta) respecto de la prestación materia de actuación.

En este contexto, autores como Dromi refieren al servicio público como aquella prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario,

⁴⁵ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo. Buenos Aires: Hispania Libros, 2009, 12va Edición, pp. 977 – 978.

realizadas de manera directa o indirecta por el Estado bajo determinadas condiciones, reconociendo que este tipo de actividades se encuentra sujetas a un régimen jurídico particular:

«El servicio público es una organización de medios para una actividad o función estatal, y el término público es indicativo de la condición del sujeto titular (personas públicas); del fin del servicio (público); del régimen jurídico al que se somete (Derecho público); y de los destinatarios o usuarios (el público).

(...) se trató de conferirle un “régimen jurídico especial”, distinto del régimen jurídico general de la actividad pública. Se buscó su tipificación en la triada de elementos: “finque cumple” (satisfacer una necesidad pública, colectiva, de interés público), “organización que lo presta” (Administración Pública activa, directa o indirectamente) y “forma o régimen jurídico que lo regula” (manifestado en los caracteres de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad y obligatoriedad). Caracteres a los que se suman la calidad y la eficiencia por mandato constitucional.»⁴⁶

La postura referida plantea que la actividad de servicio público es aquella mediante la cual, frente a la existencia de determinados bienes o servicios considerados necesarios para el desarrollo de los individuos, el Estado se reserva la titularidad de la actividad de producción, prestándola en forma directa o indirecta y asegurando estándares mínimos de calidad y continuidad⁴⁷

La consideración de la titularidad estatal o publicatio en la noción de servicio público también es observada por autores como Villar Ezcurra, quien identifica una vinculación inseparable entre el servicio público y la reserva de la actividad por parte del Estado.

⁴⁶ Dromi, Roberto. *Ibidem*, pp. 789 – 790.

⁴⁷ Ariño Ortiz, Gaspar. *Op. Cit.* Pp. 564 – 569.

«El servicio público se concibe como una actividad de prestación basada en la idea de que la Administración se reservaba en todo caso la titularidad de la actividad (y a eso denominaba publicatio), mientras que el ejercicio de esa actividad podría ser igualmente reservado a la esfera de la Administración o ser concedido a los particulares. Servicio Público y publicatio (o reserva) de la actividad formaban un binomio inseparable y, con ello, se desvela el auténtico papel desempeñado por la Administración en la actividad de servicio público.»⁴⁸

Debido a la rigurosidad de esta postura, diversos autores han complementado esta forma de actividad estatal con una categoría denominada «servicio públicos virtuales o impropios», a efectos de considerar a aquellas actividades de interés público en las que se encuentra la participación del Estado mediante prestación directa o regulada sin existir una titularidad exclusiva sobre su realización.

Conforme lo afirma el propio Gaspar Ariño, bajo este término se han considerado actividades en las que se permite la participación y control de su desarrollo por parte del Estado, a pesar de no existir una declaración que las califique como servicio público:

«Se trata de una serie de actividades en las que no se da una formal declaración de servicio público, pero respecto de las cuales, por razón del interés público especial que encierra, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial: el Estado conserva poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad.»⁴⁹

Así, en el marco de esta perspectiva se permitiría de manera excepcional aplicar el régimen jurídico de los «servicios públicos» a actividades prestadas por particulares, a pesar de no existir una titularidad estatal sobre ellas, entendiéndose

⁴⁸ Villar Ezcurra, José Luis. Derecho Administrativo Especial: Administración Pública y Actividad de los Particulares. Madrid: 1999, S.L. Civitas ediciones, pp. 35.

⁴⁹ Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima, 2004, ARA Editores, pp. 571.

ello como una extensión del régimen jurídico del servicio público propio, cuya fuerza expansiva no llega a generar una publicatio respecto de la actividad⁵⁰.

3.3.4. Actividad de producción de bienes y servicios

Tal como su denominación lo indica, la actividad de producción de bienes y servicios comprende el accionar estatal orientado a la producción de bienes y servicios para su comercialización en el mercado, desenvolviéndose en principio como un agente más que provisiona bienes y servicios.

Esta forma de actuación, conforme a la definición planteada por Gaspar Ariño, se caracteriza por la ausencia de reservas estatales de titularidad y la ausencia de una prestación de un servicio público, elementos que la diferenciarían de la actividad de «servicio público»:

«Se trata de actividades en que el Estado actúa como un agente más del mercado, sin reserva alguna de titularidad, en la producción o comercialización de bienes, mediante fórmulas organizadas de actuación generalmente jurídico privadas (empresas públicas o mixtas) La diferencia fundamental con las actividades de prestación, además de la cuestión de la titularidad exclusiva, es que en estas actividades no hay en rigor prestación de un servicio público, sino «dación de bienes al mercado». »⁵¹

En ese sentido esta forma de actuación del Estado, omitiendo el despliegue de un régimen particular para su desarrollo, se desenvuelve en el marco de la dinámica de mercado, desempeñando el rol de empresario mediante la producción de bienes y servicios para proceder a su comercialización en el mercado.

⁵⁰ Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima, 2010, Palestra Editores, Tomo II, pp. 409.

⁵¹ Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima, 2004, ARA Editores, pp. 338.

3.3.5. Actividad de planificación

La actividad de planificación constituye una forma de actuación del Estado caracterizada por la articulación del accionar estatal con el objetivo de impactar de manera particular en el desenvolvimiento de la dinámica de mercado, a efectos de lograr un mayor bienestar.

Esta forma, considerada en la clasificación de Gaspar Ariño, pretende abarcar el accionar del Estado que estructura como influir en la actividad económica desarrollada por los agentes en el mercado, teniendo como objetivo el producir un escenario más beneficioso para la sociedad:

«La planificación es una técnica de intervención en la actividad económica por la cual la Administración pretende encauzar, racionalizar o someter a un diseño previo la actividad económica, en función de aquello que se considere necesario o beneficioso para el conjunto del país. »⁵²

Conforme a lo planteado por Gaspar Ariño, esta forma de actuación estatal se presentaría en dos modalidades, siendo la primera de ellas la “planificación tradicional”; la cual, debido a la desconfianza del mercado como instrumento para la asignación justa de recursos, pretende sustituir la dinámica del mercado por una planificación de las actividades económicas.

Por su parte, la segunda de estas modalidades correspondería a una planificación indicativa y estratégica que resulta complementaria y acorde con el mercado, reservando su actuación directa, únicamente en ciertos aspectos y sectores para cubrir necesidades básicas⁵³.

⁵² Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima, 2004, ARA Editores, pp. 409 – 410.

⁵³ Ídem.

3.3.6. Actividad arbitral

Considerada por algunos autores como una forma de actuación estatal, la actividad arbitral se caracteriza por el desempeño por parte del Estado de un rol decisorio en los conflictos o controversias presentadas entre los individuos.

Así, mediante esta actividad, el Estado dirime las disputas existentes respecto a la atribución de un derecho o responsabilidad frente a una situación particular, estableciendo a quien corresponde su titularidad.

Esta actividad, según los autores que plantean su incorporación, es diferenciada de la actividad de ordenación debido a que, con la solución de controversias a favor de una de las partes, la actividad arbitral terminaría beneficiando necesariamente a uno de los sujetos participantes, aspecto que no estaría previsto en la actividad de ordenación:

«La Administración resuelve, en efecto, litigios entre particulares en múltiples ocasiones. Y no solo sobre litigios acerca de los derechos o relaciones estrictamente administrativas, sino sobre relaciones y derechos privados. (...)

Aquellos supuestos y otros análogos no encajan en la actividad administrativa de policía o limitación porque, aun admitiendo que al resolver esos conflictos la Administración restringe el derecho o la actividad de un particular, lo que limita a uno incrementa en la misma medida la actividad o derecho de otro sujeto. El contenido del acto arbitral se aproxima al de las sentencias o decisiones judiciales civiles en cuanto aplicación objetiva de las normas y principios jurídicos. Ciertamente que con la actividad administrativa arbitral se está protegiendo un interés público, lo que justifica la atribución de la potestad por la norma sectorial; pero lo mismo ocurre cuando el juez civil decide entre opuestas pretensiones privadas que no pueden sustraerse al fin o interés que la norma protege y que debe contar en la interpretación y aplicación judicial (la defensa de la propiedad, de la infancia, la seguridad de las relaciones económicas, etc.) En todo caso, la actividad arbitral no tiene su razón de ser predominante en el interés público, ni en un beneficio directo de la Administración como

sujeto, sino en la equidad con que debe resolver entre los sujetos enfrentados; por ello, la Administración asume o debe asumir en el cumplimiento de esta actividad una actitud de rigurosa neutralidad, exactamente la misma que han de adoptar los órganos judiciales en los procesos civiles.»⁵⁴

Debido a ello, la actividad arbitral se presenta como el accionar estatal dirimente que pretende materializar la equidad entre los individuos incurso en la controversia, debiendo desempeñar el Estado una actuación y rol neutral similar al adoptado por un juez.

3.3.7. Actividad sancionadora

Concluyendo con las distintas variantes de las formas de actuación del Estado consideradas en la actualidad, algunos autores han llegado a afirmar que la labor sancionadora del Estado, mediante la cual se establece la existencia de infracciones normativas y se procede a castigarlas, constituye una forma adicional de actuación del Estado, distinta a las previamente expuestas.

Dentro de este sector, en el que se encuentra Ramón Parada, la diferenciación de la actividad sancionadora frente a la de ordenación se sustenta en que mediante ella se realizaría una función cuasi jurisdiccional que no pretendería la limitación de derechos, elemento que conllevaría a su exclusión de los alcances de la actividad de ordenación.

«Parece, en efecto, obligado separar la llamada actividad administrativa de limitación o de policía de la actividad administrativa sancionadora, porque toda norma y actividad sancionatoria presupone una infracción o conducta antijurídica del destinatario de la sanción, lo que impide decir que se está limitando su derecho: no hay limitación jurídica allí donde hay conducta contraria a Derecho. En todo caso, la causa que da origen al acto

⁵⁴ Parada Vázquez, Ramón. Derecho Administrativo. Barcelona, 2004, Marcial Pons, 15va edición, Volumen I, pp. 529 – 530.

sancionador es sustancialmente distinta de la de otros actos limitativos (autorizaciones previas, mandatos, prohibiciones) y las cuestiones y problemas de los que se origina la actividad de limitación, dado que esa actividad (o norma sancionatoria) tiene naturaleza garantizadora de cualquier otro tipo de actividad administrativa.»⁵⁵

Es así como mediante la actividad sancionadora se pretendería abarcar la actuación punitiva del Estado que reprime las conductas contrarias a derecho, garantizando que los individuos no se excedan de los alcances de sus facultades.

3.4. Clasificación de la actuación del Estado en la economía

Tras la consideración de las formas de actuación del Estado vigentes, corresponde el planteamiento de una nomenclatura o clasificación del accionar del Estado que resulte independiente a las formas de actuación previamente consideradas.

Este aspecto, necesario para el análisis posterior, tiene como objetivo el poder denominar al accionar estatal sin conllevar implícitamente la atribución de alguna característica en la nomenclatura utilizada, permitiendo un estudio con mayor claridad.

Es así como con la definición de nomenclaturas se evitará que los términos seleccionados puedan ser considerados a partir de alguna definición o caracterización conceptual atribuida por otro autor, circunscribiendo las posibles connotaciones existentes.

A efectos de desarrollar esta labor, se procederá a establecer una nomenclatura de referencia tomando en consideración la utilización paralela de dos criterios de clasificación: (i) un criterio empírico, en función al rol desarrollado por el Estado en

⁵⁵ Parada Vázquez, Ramón. Derecho Administrativo. Barcelona, 2004, Marcial Pons, 15va edición, Volumen I, pp. 370.

la materialización de la acción realizada; y (ii) un criterio de causalidad, en función al efecto que produzca la acción estatal en el mercado.

Estos criterios corresponden a una diferenciación entre la actuación materialmente realizada por el Estado y el impacto que esta pueda presentar en la realidad, a efectos de disociar estos elementos al momento de estudiar el accionar estatal.

3.4.1. Roles de actuación del Estado en la economía

Tomando como criterio central el rol desarrollado por el Estado en el marco de su actuación, se puede distinguir la presencia de dos bloques de roles en los que se pueden agrupar el accionar estatal: (i) los roles como agente económico; y, (ii) los roles en ejercicio del ius imperium; distinguiéndose entre éstos si el Estado se encuentra desarrollándose como un agente económico en el mercado o si se encuentra en el ejercicio del ius imperium estatal.

i. Roles como agente económico

El primer bloque de nomenclaturas se encuentra conformado por las distintas acciones del Estado realizadas asumiendo cada uno de los roles que corresponden a un agente económico en el mercado, diferenciándose la existencia de tres tipos de actuación en función al rol asumido: (i) Adquisición; (ii) Venta; y, (iii) Actividad empresarial⁵⁶.

⁵⁶ Las definiciones presentadas a continuación toman como referencia los distintos tipos roles ejercidos por agentes económicos en el mercado, los cuales fueron materia de desarrollo en la sección 2.1.2.v. del presente trabajo.

- **Adquisición**

Se entiende por adquisición al accionar del Estado consistente en la compra⁵⁷ de bienes o servicios en el mercado para su utilización en la realización de acciones de ius imperium⁵⁸.

Mediante este tipo de acción el Estado se ubica en el rol de consumidor dentro de la dinámica del mercado, suministrándose los bienes y servicios necesarios para el desenvolvimiento posterior de las facultades que le son inherentes.

Muestra de ello resultan las distintas adquisiciones de papel u otros productos necesarios para el funcionamiento de las distintas entidades estatales; las cuales, al igual que otros agentes, deberán recurrir al mercado para la provisión de estos bienes.

- **Venta**

Se entiende por venta a la transferencia de titularidad de los bienes o prestaciones de servicio que el Estado, tras poseer o adquirir para el ejercicio de su ius imperium, ya no requiere para el desenvolvimiento de sus funciones.

Mediante este tipo de acción el Estado, ubicándose en el rol de dueño de recursos⁵⁹, se desprende de aquellos bienes o servicios que, tras ser

⁵⁷ Se encuentran comprendidas dentro de esta categoría tanto la transferencia de propiedad real como el arrendamiento u otros tipos de derechos sujetos a transacción.

⁵⁸ Bajo este supuesto se excluyen las compras relacionadas con la realización de actividades productivas, en la medida en que estas entrarán a formar parte de un accionar vinculado a un rol distinto.

⁵⁹ Debido a que los recursos de los que se dispone en esta acción no son obtenidos por parte del Estado para su posterior comercialización, corresponde considerar que el Estado se encuentra desenvolviéndose en el papel de dueño de recursos, al disponer de bienes que ya no poseen el valor necesario para su utilización.

aprovechados de manera total o parcial, ya no resultan necesarios para el desenvolvimiento de sus funciones, siendo necesario su desprendimiento⁶⁰.

Ejemplo de esta situación se presenta en los remates de bienes dados de baja por las entidades estatales, en el marco de las cuales se procede a la venta de activos que dejaron de ser útiles para el Estado.

- **Actividad empresarial**

Se entiende por actividad empresarial al accionar del Estado consistente en la compra de una serie de recursos para su posterior transacción como un bien o servicio terminado, asumiendo el riesgo por la especulación del beneficio obtenido. Esto es, cuando realiza una actividad económica en el mercado que no implica solo uno de los roles previos.

Mediante este tipo de acción el Estado, ubicándose en el rol de empresario, realiza un doble accionar articulado en el que decide qué recursos deben ser utilizados y qué bienes o servicios deben ser producidos, afrontando la incertidumbre en el resultado de la articulación de estos actos.

Este accionar articulado se distingue de la mera compra o venta aislada de bienes y servicios, conformando una actuación compleja destinada a producir una sinergia en la obtención de beneficios, la cual se genera como consecuencia de estructurar las transacciones realizadas y gestionar el riesgo que conlleva su materialización.

⁶⁰ Queda excluidas de este rol aquellas ventas generadas como consecuencia de la realización de actividades productivas, al encontrarse comprendidas dentro del desenvolvimiento de un rol distinto.

ii. Roles en ejercicio del ius imperium

El segundo bloque de nomenclaturas se encuentra conformado por las distintas acciones del Estado realizadas desarrollando las atribuciones y prerrogativas que le son conferidas por el ordenamiento jurídico

Al no encontrarse en principio estas atribuciones de ius imperium en las facultades que el ordenamiento confiere a los demás individuos (agentes económicos), corresponden a un bloque de actuación distinto al clasificado con anterioridad, siendo posible su diferenciación a partir de los distintos roles desarrollados por el Estado en el ejercicio de sus facultades.

Entre estos distintos roles que puede presentar el accionar estatal en ejercicio del ius imperium pueden observarse como ejemplo los roles de: (i) Regulador; (ii) Recaudador; y, (iii) Seguridad, en función de la prerrogativa estatal desarrollada en cada momento.

No obstante ello, debido a la variedad de roles comprendidos en este bloque, solo se procederá a utilizar una nomenclatura general de este tipo de roles, haciendo referencia a estos bajo la denominación de «ejercicio de ius imperium».

3.4.2. Efectos de la actuación del Estado en la economía

Tomando como criterio central el efecto producido por el Estado en el mercado, se factible distinguir la actuación estatal a partir de la magnitud que puede representar el accionar estatal con respecto al mercado y los agentes presentes en él.

Esta nomenclatura tomará como referente al accionar ordinario realizado por los propios agentes económicos en el mercado, así como las condiciones necesarias para que el mercado pueda desenvolverse como tal, identificando así la existencia

de tres variantes: (i) Construcción, referida a las acciones necesarias para la continuidad de las condiciones de mercado; (ii) Interacción, referida a las acciones ordinarias de cualquier agente en el mercado; e, (iii) Incidencia, referida a acciones que producen un impacto mayor al desenvolvimiento de los agentes en el mercado.

i. Construcción

Se entiende por Construcción al accionar del Estado desenvuelto para materializar y garantizar la permanencia de las condiciones necesarias para el desenvolvimiento del mercado.

Bajo este accionar se encuentran comprendidas de manera general actuaciones tales como el garantizar los derechos de propiedad o asegurar la integridad física de los individuos, aspectos que permiten el mantenimiento de la dinámica de mercado.

ii. Interacción

Se entiende por Interacción al accionar del Estado en el mercado que produce en él variaciones semejantes a las que son inherentes al normal desenvolvimiento y presencia de cualquier agente privado en el mercado.

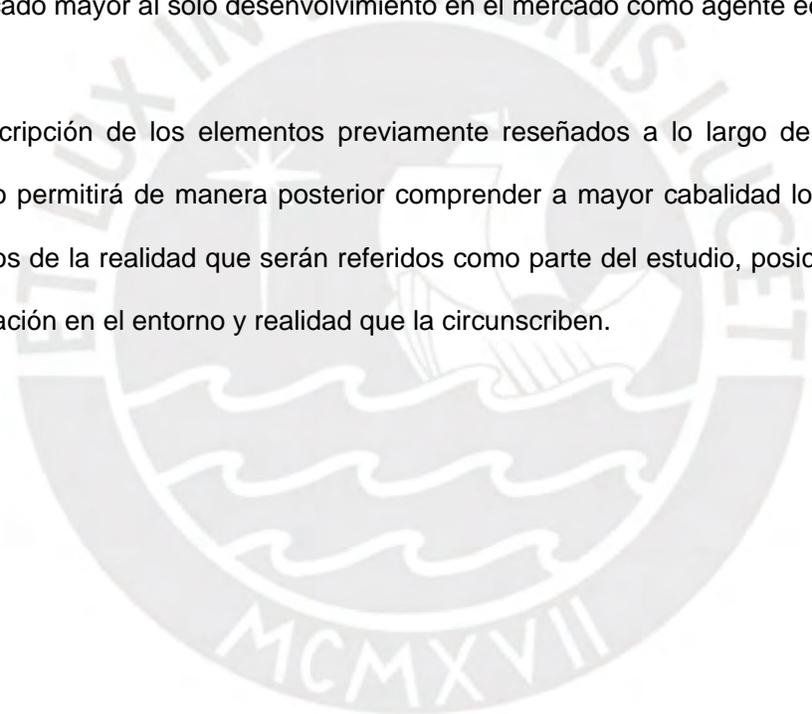
Bajo este accionar se encuentran comprendidas de manera general actuaciones tales como: la adquisición de bienes para el normal funcionamiento del aparato estatal (útiles de oficina, entre otros), la contratación de trabajadores, y la venta de los bienes muebles estatales ya no utilizados por renovación, al implicar estas la concurrencia como un agente adicional en el mercado.

iii. Incidencia

Se entiende por incidencia al accionar del Estado en el mercado que produce una variación de sus condiciones mayor a la producida por la sola actuación de un agente privado en el mercado.

Bajo este accionar, se encuentran comprendidas actuaciones tales como: la regulación del mercado mediante disposiciones normativas, la adquisición de monedas por los bancos centrales para tratar de controlar el tipo de cambio y la prestación asistencial de bienes y servicios, resultando común a ellas un impacto en el mercado mayor al solo desenvolvimiento en el mercado como agente económico.

La descripción de los elementos previamente reseñados a lo largo del presente capítulo permitirá de manera posterior comprender a mayor cabalidad los distintos aspectos de la realidad que serán referidos como parte del estudio, posicionando a la actuación en el entorno y realidad que la circunscriben.



Capítulo II

Delimitación de un concepto de intervención del Estado en la economía en el derecho público

Luego de la identificación de los principales elementos y aspectos vinculados al accionar del Estado, corresponde como siguiente paso el perfilar los alcances del accionar estatal comprendido bajo el concepto de «intervención del Estado en la economía».

Esta labor, permitirá en la práctica distinguir qué tipo de actuación estatal es objeto de estudio, diferenciando la posible aplicación de regímenes o requisitos en función de cuál variante de actuación se encuentre siendo analizada. Ello, en contraposición con el tratamiento actual del concepto, logrará evitar la recurrencia a la intervención como una categoría conceptual genérica y carente de delimitación.

Al respecto, a nivel teórico un concepto constituye una herramienta mental que nos ayuda a aprehender los fenómenos existentes, sintetizando elementos de la realidad para su apercibimiento abreviado como una unidad de pensamiento abstracto⁶¹.

Esta unidad se encuentra constituida por la presencia de tres elementos que la conforman:

- i) la extensión, que alude al objeto o fenómeno de la realidad que puede englobarse en el mismo;
- ii) la intensión, que refiere al significado, atributos o notas definitorias que conforman el concepto; y,

⁶¹ Díez Sastre, Silvia. La Formación de Conceptos en el Derecho Público - Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos. Madrid, 2018, Marcial Pons, pp. 46 – 48.

iii) el término, que es el símbolo o etiqueta que da cobertura a la relación existente entre la intensión y la extensión del concepto⁶².

En el caso de la «intervención del Estado en la economía» su utilización por diversos autores ha partido por un conocimiento implícito, omitiendo precisar en su estudio cuál es el objeto que comprende este concepto o las características que le son atribuidas.

Muestra de ello es el caso de autores como Gaspar Ariño, Juan Carlos Cassagne, y Roberto Dromi, entre otros, quienes a pesar de estudiar distintas manifestaciones de la intervención estatal no abordan en sus obras una delimitación de los alcances de este concepto.

En ese sentido, atendiendo a esta situación se partirá por plantear una propuesta de los alcances del concepto jurídico bajo el término «intervención del Estado en la economía», procediendo de manera posterior al contraste de sus componentes con los identificados en las acepciones de este concepto presentadas por distintos autores.

1. Extensión u objeto englobado bajo el concepto de «intervención del Estado en la economía»

Al momento de estudiar o debatir la «intervención del Estado en la economía» resulta recurrente preguntar entre los presentes “¿Cuál es tu opinión respecto a esta intervención?”, situación que suele preceder a la consulta “¿En qué casos estás de acuerdo con la intervención estatal?”.

⁶² Ibidem pp. 48 - 51

A primera vista, estas interrogantes resultan el punto de partida de toda discusión académica en torno a la «intervención del Estado en la economía», situación que va emparejada con la percepción y posibilidad de que una actuación estatal pueda afectar nuestra situación en la realidad.

No obstante ello, al producirse estas discusiones no suele presentarse como interrogante si se está ante una intervención estatal, resultando aún más improbable responder a esta pregunta indicando que lo presentado no corresponde a una intervención del Estado.

Este problema se debe a la extrapolación de la valoración individual de las actuaciones estatales que deben o no ser permitidas en nuestro ordenamiento, aspecto que genera en las personas que se pregunten si algo resulta correcto o incorrecto sin tener certeza del objeto que es materia de evaluación.

Ante esta situación, corresponde identificar de manera clara los alcances del objeto comprendido por el concepto de «intervención del Estado en la economía», el cual se encuentra conformado por una actuación del Estado en el marco del modelo o sistema económico existente⁶³.

1.1. Actuación del Estado en la economía

Como situación o hecho identificado por el concepto, la actuación del Estado en la economía constituye la realidad comprendida bajo la «intervención del Estado en la economía», representando el punto de partida de su estudio.

⁶³ Conforme se hiciera referencia en el capítulo anterior, el análisis a realizarse distingue entre el modelo económico y el modelo de mercado adoptado por un ordenamiento, encontrándose enmarcado el presente análisis en el ámbito del modelo económico y de los conceptos económicos ligados a ello que fueron materia de consideración en la sección 2.1 del Capítulo I.

Este objeto refiere a la acción realizada por el Estado en la realidad, situación que a pesar de parecer evidente constituye un referente que requiere de su consideración de manera expresa.

Por su parte, la mención a la economía en esta actuación corresponde a la perspectiva desde la que se enfoca la interacción del Estado con el entorno, la cual considera a aquella actuación estatal que se da en el marco del mercado, en tanto modelo económico vigente.

1.2. Distinción entre la atomización y el tratamiento conjunto de la actuación estatal

En la consideración del hecho o realidad comprendida por el concepto de «intervención del Estado en la economía» corresponde adicionalmente ser conscientes de que la actuación estatal analizada puede presentarse en la realidad de manera conjunta o atomizada.

Es así que la identificación del objeto comprendido por el concepto puede abarcar tanto a una acción estatal simple e individual como a aquella compleja, compuesta por una serie de acciones individuales.

Ello resulta relevante para identificar que el objeto materia del concepto podrá presentar cierta heterogeneidad en función de la complejidad de la actuación materia de estudio, llegando incluso a poder analizarse una actuación estatal que resulte un componente de otra.

Esta distinción permite constatar que al momento de estudiar o analizar una actuación estatal no podrá dejarse de lado para su valoración individual la consideración de estas como parte conformante de otra actuación estatal de mayor

complejidad, aspecto que contribuirá a verificar la presencia de sus características al momento de valorar su calificación como una «intervención del Estado en la economía».

2. Intensión o atributos de la «intervención del Estado en la economía»

Luego de definido el objeto comprendido por el concepto de «intervención del Estado en la economía», corresponde como siguiente punto de estudio la determinación de las características o atributos que la actuación del Estado debe presentar para ser comprendida dentro del concepto materia de definición.

Al respecto, resulta necesario recalcar que la identificación de atributos inherentes al concepto de «intervención del Estado en la economía» constituye un elemento indispensable para su configuración, dado que la consideración irrestricta de la actuación estatal como una intervención llevaría a vaciar de contenido a este concepto.

En ese sentido, como parte de la intensidad del concepto de «intervención del Estado en la economía» se puede reconocer la presencia de dos atributos o características específicas: i) la existencia del mercado; y, ii) el efecto producido.

2.1. La existencia del mercado

i. Alcances generales

Como primer atributo de la «intervención del Estado en la economía», la existencia del mercado refiere que un elemento básico para la materialización de esta actuación estatal será la necesaria existencia de la dinámica de interacciones denominada como «mercado».

Esta situación se debe a que, en tanto este concepto comprende a aquellas actuaciones estatales realizadas en el marco del mercado, la presencia de este constituirá un elemento indispensable para su configuración.

En ese sentido, la identificación de este primer atributo permite distinguir una serie de actuaciones estatales que quedarán excluidas de la calificación de «intervención del Estado en la economía», al presentarse como precedentes de la configuración del mercado.

Así, puede afirmarse que, al constituir la «Intervención del Estado en la Economía» una actuación que se desenvuelve en el marco del mercado, el accionar del Estado que se encuentre implicado como condición indispensable para la existencia del mercado no podrá ser considerado a su vez como una «Intervención del Estado en la Economía», al constituir un elemento preexistente a su realización. En otras palabras, previamente a la existencia del mercado las acciones realizadas por el Estado no pueden calificar como una intervención en la economía, al no existir el elemento central en el que se desenvolverán⁶⁴, el «mercado».

Como consecuencia de esta situación, se aprecia que la calificación de las acciones del Estado como «Intervención del Estado en la Economía» se encuentra establecida por la preexistencia de las condiciones necesarias para la configuración del mercado, por lo que de ser necesaria la realización de acciones del Estado para materializar estas condiciones ellas no podrán implicar ser calificadas como intervenciones.

⁶⁴ Este escenario se plantea como una abstracción previa, en el cual los elementos indispensables para la existencia del mercado confluyen, dándole origen y posibilitando que se pueda hablar de una intervención.

La constatación de este primer elemento hace necesaria la identificación de la actuación estatal enmarcada en cada una de las condiciones necesarias para la existencia del mercado, a efectos de poder excluirlas de la calificación de «Intervención del Estado en la Economía» desarrollada.

i. La definición inicial de titularidades

Como primera de las condiciones necesarias para el desenvolvimiento del sistema de mercado, la definición inicial de titularidades consiste en el reconocimiento por parte del ordenamiento de las titularidades que poseen los distintos individuos, las cuales serán materia de transacción en la dinámica conocida como mercado.

El reconocimiento de estas titularidades constituye el marco que permite a los individuos emplear los medios a su disposición para el logro de los fines buscados, aspecto reconocido por autores como Kirzner:

« In a market system each member of the society is free to act, within very wide limits, as he sees fit. Moreover, the system operates within a framework of law which recognizes individual rights to private property. This means that each individual is free at each moment to employ the means available to him for the purpose of furthering his own ends, providing only that this should not invade the property rights of others. At the same time each individual can plan his activities with the assurance provided by the law, first that the means available to him at any one time are secure against appropriation by others, and, then, that he will not be prevented by others from enjoying the fruits of his productive activities. »⁶⁵

Como se puede apreciar, el planteamiento de esta condición implicará una actuación por parte del Estado reconociendo las titularidades iniciales⁶⁶ de los

⁶⁵ Kirzner, Israel M. op. cit. pp. 26.

⁶⁶ Como se verá en el siguiente punto, este reconocimiento de las titularidades conformantes del mercado es necesario para el despliegue posterior del aparato coercitivo estatal destinado a garantizar su respeto, permitiendo que los individuos puedan beneficiarse de su propio trabajo sin la incertidumbre de que estos beneficios les sean arrebatados de manera indebida.

individuos, a través de su incorporación en el marco jurídico, constituyendo un entorno primigenio en el que los individuos se desenvolverán para realizar sus actividades económicas. En casos como el ordenamiento peruano el establecimiento de estas titularidades puede apreciarse a través de los textos constitucionales y ciertas leyes⁶⁷.

Debido a ello, al recién permitirse el flujo de la dinámica de mercado con el reconocimiento por parte del Estado de las titularidades iniciales⁶⁸, no podrá afirmarse que mediante las acciones estatales necesarias para su concreción, como son el reconocimiento de los derechos fundamentales (entre ellos los de propiedad y libertad de empresa) y la asignación de las reglas de responsabilidad que les correspondan, se esté influyendo sobre el mercado, en la medida en que este recién se estará conformando con la concreción del accionar estatal referido.

La distinción establecida permite posicionar en el marco de la «Intervención del Estado en la Economía» los distintos derechos que se han construido como victorias sociales; los cuales, al no configurarse inicialmente como titularidades asignadas en la dinámica de mercado, constituyeron en un principio intervenciones del Estado en la economía que fueron posteriormente incorporadas dentro de las titularidades iniciales de los individuos en la sociedad⁶⁹.

Un ejemplo claro de esta situación se puede apreciar en el extremo del derecho fundamental a la libertad referido a la prohibición de la esclavitud, aspecto que tras

⁶⁷ Muestra de ello en el caso peruano se aprecia en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, disposición en la cual se establecen distintas titularidades que son reconocidas a los individuos por el Estado, tales como la integridad, propiedad y la libertad de empresa.

⁶⁸ Si bien el reconocimiento de las titularidades en otros sistemas de organización social no requiere de la actuación de un ente del tipo estatal para su concreción, en el marco de la organización social conocida como Estado será este quien realice la labor.

⁶⁹ Muestra de la incorporación de una titularidad inicial nueva en el ordenamiento puede apreciarse cuando determinados derechos no reconocidos con anterioridad son incorporados o reconocidos a nivel constitucional.

su configuración inicial podría haber sido considerado como una «Intervención del Estado en la Economía» por los agentes económicos afectados, quienes habrían visto menoscabado su derecho de propiedad.

No obstante ello, una vez que esta titularidad pasó a ser considerada como parte de las titularidades iniciales reconocidas por el Estado, concretadas usualmente de manera conjunta con la adopción del modelo económico, ya no resultaría factible su calificación como una «Intervención del Estado en la Economía».

ii. El Estado como aparato organizado para el cumplimiento de las reglas iniciales

Como otra de las condiciones del sistema de mercado, la existencia y desenvolvimiento de un aparato organizado que haga cumplir y respetar las titularidades inicialmente asignadas refiere a la necesidad de la presencia de un ente que haga material el reconocimiento de las titularidades existentes, disuadiendo de su vulneración y estableciendo mecanismos de protección.

Esta condición del mercado es asumida en la mayoría de las sociedades actuales por el Estado, quien se constituye como un aparato coercitivo para garantizar las condiciones necesarias para el desenvolvimiento del sistema de mercado.

Siendo ello así, las acciones realizadas por el Estado para garantizar el respeto de las titularidades inicialmente reconocidas⁷⁰, así como otras condiciones del mercado, constituyen actuaciones que permiten concretizar la dinámica del sistema de mercado, motivo por el cual no podrán ser calificadas como una «Intervención del Estado en la Economía».

⁷⁰ En este punto cabe precisar que la vida e integridad de los individuos se encuentran calificadas como cualquier otra titularidad, motivo por el cual no se plantean separadas como una actuación del Estado independiente.

En efecto, conforme ya fuera referido previamente, al constituir ciertas actuaciones del Estado condiciones necesarias para el desenvolvimiento de la dinámica de mercado, no se puede considerar que el accionar del Estado implicado en ellas pueda influir en el mercado, al ser estas las condiciones que lo concretizarán.

Así, se puede apreciar que acciones estatales como las que han caracterizado el modelo de Estado de «laissez-faire», en el cual se plantea un Estado mínimo sin interferencia estatal en el mercado, no entrarían a calzar dentro del concepto de «Intervención del Estado en la Economía», al solo constituir parte de las condiciones para el propio desenvolvimiento del mercado.

Muestra de ello en el caso peruano se aprecia en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú, en el cual de manera adicional al reconocimiento del derecho de propiedad se establece su garantía por parte del Estado al referir que “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza”.

Sobre el particular, y con relación a este análisis, resultan ilustrativas las palabras de Mises al referir que el Estado, como aparato de coerción y compulsión, puede desenvolver su accionar sin que ello implique considerar que se esté interfiriendo con el mercado y la actuación de los individuos en el sistema de mercado:

«The state, the social apparatus of coercion and compulsion, does not interfere with the market and with the citizens' activities directed by the market. It employs its power to beat people into submission solely for the prevention of actions destructive to the preservation and the smooth operation of the market economy. It protects the individual's life, health, and property against violent or fraudulent aggression on the part of domestic gangsters and external foes»⁷¹

⁷¹ Mises, Ludwig von. op. cit. pp. 281.

De manera semejante y con una perspectiva cercana, se puede apreciar que esta compatibilidad entre la actuación del Estado y la dinámica de mercado ha sido identificada por autores como Hayek, quien considera que en el orden espontáneo (dentro del cual se considera el mercado) resulta indispensable una organización que asegure el cumplimiento de las reglas:

Entre las organizaciones que existen dentro de la Gran Sociedad ocupa una posición muy especial la que llamamos gobierno. Aunque es concebible que el orden espontáneo que llamamos sociedad pueda existir sin gobierno, cuando el mínimo de reglas necesarias para la formación de un tal orden se observa sin que exista un aparato organizado para hacerlas cumplir, en la mayoría de las circunstancias la organización que llamamos gobierno resulta indispensable para asegurar que esas reglas sean obedecidas.»⁷²

En ese sentido, puede apreciarse que la sola existencia del Estado y el ejercicio de su *ius imperium* para el aseguramiento de las condiciones de mercado no podrán ser calificadas como una «Intervención del Estado en la Economía», en la medida en que se encuentren ligadas al mantenimiento de las condiciones del mercado.

Esto se debe a que ambos aspectos no resultan contradictorios con la dinámica existente en el mercado, constituyen elementos preexistentes a la actuación materia de estudio que podrán ser utilizados para disuadir la vulneración de las titularidades asignadas y concretar mecanismos de protección de estas.

iii. La Construcción del Estado en la economía

A partir de la verificación de la existencia del mercado como primer atributo característico de la «Intervención del Estado en la Economía», corresponde constatar que el reconocimiento de este elemento conlleva a su vez a la generación

⁷² Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Madrid, 2006, Unión Editorial, pp. 70.

de una categoría o concepto distinto, el de la Construcción del Estado en la economía.

El establecimiento de este concepto se debe a la distinción realizada entre las actuaciones estatales desenvueltas en el marco del mercado y las actuaciones estatales necesarias para su configuración, generando la concreción de un ámbito de actuación distinto, concerniente a las actuaciones estatales que permiten la construcción del sistema de mercado.

Debido a ello, y a pesar de no ser materia central de estudio, corresponde distinguir este tipo de actuación estatal con el fin de diferenciarla de aquella que corresponda a una «Intervención del Estado en la Economía», otorgándole para ello el término «construcción» en alusión a su rol dentro de la configuración del sistema de mercado.

Así, el atributo de «existencia de mercado» permitirá distinguir entre dos variantes de la actuación estatal claramente diferenciadas, la intervención y la construcción, perfilando los alcances de ambos conceptos⁷³.

2.2. El efecto de la actuación estatal

i. Alcances generales

Como segundo atributo del concepto de «Intervención del Estado en la Economía», el efecto de la actuación estatal refiere al impacto generado por la actuación estatal en la realidad comprendida por el mercado.

⁷³ Debido a que el tratamiento jurídico general de la actuación estatal no constituye materia de estudio, el concepto de construcción no será objeto de mayor desarrollo en el presente trabajo.

Al respecto, debe constatarse que al considerar a la intervención del Estado como a aquella actuación realizada en el marco del mercado, esta debe de ser diferenciada de la actuación correspondiente al mercado en sí.

La pertenencia a la dinámica de mercado se encuentra conformada por la materialización de los distintos roles existentes como agente económico, consistentes en: (i) consumidor; (ii) dueño de recursos; y, (iii) empresarios.

A diferencia de ello, la actuación estatal desplegada en una intervención, en tanto distinta al mercado en sí, va más allá del desarrollo de estos roles, desarrollando las atribuciones y prerrogativas que le son conferidas de manera exclusiva por el ordenamiento jurídico.

Es así como el Estado, a través de este accionar, realiza una injerencia en la esfera de autonomía de los individuos, produciendo como efecto en mayor o menor medida una limitación en los derechos fundamentales ejercidos en el mercado.

No obstante, en determinados casos la actuación estatal puede en la práctica producir esta afectación mediante el desenvolvimiento de los distintos roles de los agentes económicos existentes en el mercado, generando el mismo efecto que al desenvolver su *ius imperium*.

Esta situación genera que la distinción entre la actuación estatal y la de los agentes económicos se concrete únicamente a partir del efecto producido, otorgándole una posición determinante de manera indistinta al medio de concreción empleado por el Estado.

En ese sentido, se aprecia que el segundo elemento característico de una «Intervención del Estado en la Economía», se encontrará constituido por el efecto producido con su accionar, el cual corresponderá a la limitación de los derechos fundamentales ejercidos por los agentes en el mercado.

A diferencia de ello, la actuación estatal desenvuelta sin afectar los derechos de los agentes en el mercado no trascenderá de la mera participación en la dinámica de mercado, resultando parte conformante de esta y similar a la de cualquier otro agente económico presente en él.

ii. La interacción del Estado en la economía

De manera semejante a lo identificado en el caso del atributo «existencia del mercado», el efecto de la actuación estatal constituye una característica de la «Intervención del Estado en la Economía» que permite constatar la generación de un concepto o categoría distinto, el cual corresponde a la Interacción del Estado en la economía.

Esta situación se debe a que la distinción realizada entre las actuaciones del Estado limitadoras de derechos y las concretadas como un agente más en el mercado permiten diferenciar una injerencia en la esfera jurídica del individuo de la sola «interacción» en la dinámica de mercado.

Como consecuencia de ello, el atributo de «efecto de la actuación» permite distinguir entre dos variantes de la actuación estatal realizadas en el marco del mercado, perfilando los alcances específicos de cada una de estas y separando a la actuación estatal objeto de definición de la interacción del Estado en la economía.

Ejemplos de este tipo de actuación estatal excluido del concepto de «Intervención del Estado en la Economía» pueden identificarse en el desenvolvimiento por parte del Estado de los distintos roles como agente económico.

En el caso del rol de consumidor muestra de esta actuación puede apreciarse en la adquisición por parte del Estado de bienes necesarios para su funcionamiento cotidiano, tales como papel, tinta, entre otros; recurriendo para su aprovisionamiento a los distintos proveedores existentes en el mercado.

De manera similar, la actuación del Estado en el rol de dueño de recursos puede observarse en el caso de la venta por parte del Estado de bienes dados de baja, escenario en el cual estos bienes son ofrecidos al mercado por carecer de utilidad para el Estado.

Finalmente, el desenvolvimiento del Estado en el rol de empresario puede identificarse en el caso de la realización de actividad empresarial de manera acorde con la dinámica de mercado, evitando la generación de ventajas o beneficios como consecuencia de la incorporación de medidas adicionales tales como subsidios⁷⁴.

iii. La intervención mediante la utilización de un rol de agente económico

Como consecuencia de la delimitación esbozada, corresponde como siguiente paso de análisis, detallar los alcances que la actuación estatal tiene al desenvolver una «intervención del Estado en la economía» a través de la utilización de los distintos roles existentes en el mercado.

Con relación a ello se identifica que, en función del rol desarrollado, la actuación estatal como agente económico en el mercado puede dar paso a la generación del

⁷⁴ Esta concreción de la actuación estatal será materia de desarrollo en el siguiente punto.

efecto necesario para su calificación como una intervención estatal, en la medida que produzca una limitación en los derechos fundamentales de los agentes del mercado.

En el caso del rol de consumidor, muestra de la implementación de una «intervención del Estado en la economía» se puede constatar cuando el Banco Central de Reserva, encargado de preservar la estabilidad monetaria del país, procede a la adquisición de dólares americanos para alterar la evolución del tipo de cambio vigente, presentando una injerencia en la esfera de los individuos.

Este supuesto permite apreciar cómo el Estado, situándose como un consumidor, puede restringir los derechos fundamentales de los agentes en el mercado, limitando la propiedad a través de la modificación del valor del dólar americano en el mercado.

En el caso del rol de dueño de recursos, esta situación se puede identificar cuando el Estado arrienda sus instalaciones en periodos en los que las tiene en desuso, ofertándolas a precios inferiores al mercado por medio de la generación de un subsidio indirecto.

El supuesto mencionado se concreta al restringir la libertad de empresa de los agentes del mercado, imposibilitando o dificultando su concurrencia en el mercado ante la existencia de una oferta que no asume los costos implicados en su actividad.

Finalmente, en el caso del rol de empresario, ejemplos de intervención se observan en la incorporación de subsidios a la oferta de la actividad empresarial estatal y al

concretar el control de la comercialización de un bien por intermedio de una empresa estatal.

El primero de estos supuestos se presenta cuando el Estado, al momento de realizar actividad empresarial, incorpora en su oferta subsidios que reduzcan su precio frente al resto de competidores en el mercado, restringiendo la libertad de empresa de estos agentes.

En el mismo sentido, el segundo de estos supuestos se presenta cuando el Estado limita en un nivel de la cadena la compra y venta de un determinado producto, a efectos de controlar su comercialización. Esta situación se presenta en el caso de la Empresa Nacional de la Coca – ENACO, empresa estatal que posee por mandato de la Ley la exclusividad de la compra de la hoja de coca a los agricultores y de la venta posterior para su distribución.

Los supuestos presentados resultan ejemplificativos de las concreciones que la actuación estatal puede presentar al materializar una «intervención del Estado en la economía» por medio del desarrollo de uno de los roles de los agentes económicos en el mercado, siendo necesario su análisis en cada caso particular para determinar su calificación.

iv. Importancia de la delimitación de la interacción del Estado en la economía

Una vez culminada la delimitación vinculada a los efectos de la actuación estatal, resulta pertinente concluir recalcando que la aplicación de este parámetro contribuye con una mayor claridad en el tratamiento de la actuación estatal, diferenciando en una actuación estatal su calificación como «Intervención del Estado en la Economía» de la configuración de uno de los distintos roles que el accionar estatal puede presentar como agente económico en el mercado.

Sobre el particular, a través de la disociación de la modalidad de actuación desenvuelta, distinguiéndola del efecto producido, puede diferenciarse el tratamiento de la actuación estatal a partir de los dos rubros que la componen (el acto y el efecto), calificando de manera separada el rol desenvuelto (consumidor, dueño de recursos, empresario, ius imperium) y el efecto producido (interacción⁷⁵ o intervención).

Esta distinción resultará especialmente útil al analizar actuaciones del Estado que se sujetan a requisitos de corrección que les son asignadas en función a la actuación desenvuelta (rol) o al efecto producido con el accionar Estatal («Intervención del Estado en la Economía»), disociando estas exigencias para que puedan ser atribuidas de manera independiente y en función a cada característica de la actuación estatal, evitando extenderlas a otras que no compartan el elemento que determina cada requisito.

Así, tomando como ejemplo a la actividad empresarial estatal, puede observarse que el artículo 60 de la Constitución Política del Perú establece un régimen normativo aplicable al rol de empresario, que plantea ciertas exigencias de manera independiente al efecto producido con esta actuación, resultando indistinto a la aplicación de estos requisitos los efectos que pueda producir esta actuación y las exigencias vinculadas a su calificación o no como una «Intervención del Estado en la Economía».

No obstante esto, de producirse una «Intervención del Estado en la Economía» será necesario aplicar las exigencias establecidas a toda limitación de derechos, debiendo cumplir adicionalmente con las exigencias del artículo 60 de la

⁷⁵ Conforme fuera definido en el punto 5.2.2. del Capítulo I, se entiende por interacción al accionar del Estado que produce en el mercado un efecto semejante al producido por los agentes económicos privados presentes en esta dinámica.

Constitución Política del Perú en caso se materialice por medio del desenvolvimiento del rol de empresario.

Debido a ello, la diferenciación planteada permite una mayor precisión en el análisis y tratamiento de la actuación estatal, aspecto que, como se verá más adelante, permitirá aclarar ámbitos de mayor concreción vinculados al accionar estatal.

3. Alcances del concepto de «intervención del Estado en la economía» y conceptos cercanos

A partir del desarrollo precedente, se ha concretado la delimitación de los alcances del concepto de «intervención del Estado en la economía», detallando de manera clara la extensión, intensidad y término conformantes de este concepto.

Esta situación permite formular de manera precisa una definición del concepto de «intervención del Estado en la economía», el cual se encuentra constituido por aquella actuación del Estado en el marco del mercado que tenga como objeto o efecto la delimitación de los derechos fundamentales ejercidos por los agentes económicos en el mercado, presentando los siguientes elementos:

Elementos del concepto de «intervención del Estado en la economía» formulados

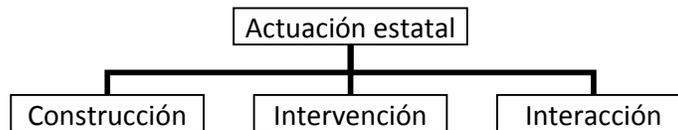
Extensión	Intensión	Término
Actuación del Estado en el marco del mercado	Objeto o efecto de delimitar derechos fundamentales	Intervención del Estado en la economía

Fuente: Elaboración propia.

De igual manera, el análisis desarrollado ha permitido posicionar a la «intervención del Estado en la economía» en el marco de las distintas variantes que la actuación

estatal puede asumir, concretando el establecimiento de una clasificación inicial de las diferentes variantes que la actuación estatal puede materializar.

Variantes de la actuación estatal propuestas



Fuente: Elaboración propia.

Este desarrollo permite una mayor precisión al momento de manejar el análisis y estudio de las distintas actuaciones concretadas por el Estado, generando una base común que contribuirá a la generación de un tratamiento teórico coherente.

No obstante ello, a efectos de consolidar su concreción teórica, el concepto arribado será materia de contraste con elementos correspondientes a distintas acepciones del concepto de intervención del Estado en la economía existentes en la actualidad.

4. **Contraste de las acepciones actuales del concepto de “Intervención del Estado en la Economía”**

Conforme se hiciera referencia al inicio del presente trabajo, la intervención del Estado en la economía constituye una realidad que ha sido afrontada en su estudio a través de diversas perspectivas, presentando en el caso de muchos autores un tratamiento que oscila entre su definición implícita y su vinculación a concreciones particulares del accionar estatal.

Debido a ello, al momento en que la «Intervención del Estado en la Economía» es materia de reflexión no suele presentarse un tratamiento particular del contenido del

concepto, centrándose en mayor medida su desarrollo en estudiar las formas que puede tomar este accionar estatal y en analizar de manera específica el accionar desarrollado por la Administración.

Esta situación hace que las acepciones existentes deban ser observadas a partir de las múltiples referencias que cada autor realiza, las cuales se centran usualmente en la intervención materializada por la Administración.

En este contexto, y con el fin de realizar un contraste con aspectos concretos formulados por otros autores, se procederá al análisis y comparación del concepto de intervención arribado a partir de cinco componentes o elementos identificados en este y en diversas acepciones existentes: (i) el sujeto activo de la acción; (ii) el espacio en el que se desenvuelve; (iii) el sujeto pasivo de la acción; (iv) la actuación o efecto pretendido; y, (v) el objetivo o fin buscado con la acción.

4.1. Sujeto activo

Como primer elemento, el sujeto activo corresponde a aquel que realiza la actuación materia de referencia, observándose en la definición esbozada que este sujeto correspondería al Estado. Ello se aprecia al constatarse que, ya sea de manera directa o mediante la utilización de otro sujeto, el Estado constituye el sujeto que concreta la intervención, siendo el eje central de la realidad materia de estudio.

Esta apreciación resulta similar a la planteada por autores como Cassagne y Dromi, quienes ven en la intervención del Estado en la economía una actuación por parte del Estado, ya sea materializada directamente por este⁷⁶ o indirectamente a

⁷⁶ Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima, 2010, Palestra Editores, Tomo I, pp. 333 – 334.
«Aparte de todas las construcciones doctrinarias que se han esbozado, la intervención del Estado en la vida económica aparece reconocida en las encíclicas papales. En este sentido, la Encíclica Cuadragésimo Anno ha expresado que "existen bienes respecto

través de la incidencia en la concreción de determinadas acciones por parte de terceros⁷⁷.

Debido a ello, resulta clara la consonancia de este primer elemento con otras acepciones del concepto de intervención existentes en la actualidad, correspondiendo su mantenimiento como parte del concepto.

4.2. Espacio de desenvolvimiento

Como segundo elemento, se identifica que el concepto desarrollado establece de manera clara un espacio en el que se concreta la actuación estatal materia de consideración, el cual consiste en el mercado, en tanto la realidad que rodea a la actuación estatal en la intervención en la economía.

Esta nota característica resulta semejante a la constatada en distintas acepciones del concepto de intervención del Estado en la economía, apreciándose que, ya sea

de los cuales se pueden sostener con razón que deben ser reservados a la colectividad en tanto que vienen a conferir un poder tal que no pueden dejarse en manos de personas privadas sin peligro para el bien público”, doctrina que se reitera en la Encíclica Mater et Magistra.

Sin embargo, como principio la intromisión del Estado en el campo reservado a la actividad individual debe ajustarse al llamado principio de la suplencia o subsidiariedad, por cuyo mérito la intervención estatal sólo procede ante la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada.

Este principio – que ha sido considerado básico en la doctrina del derecho natural – encuentra su explicación en que si el fin del Estado consiste en procurar el bien común de la sociedad, resulta conveniente reservar a ésta el bien que por sí sola pueda realizar. Para ello, el Estado debe estimular, encauzar la iniciativa privada y sólo cuando ésta carezca de capacidad y decisión necesaria debe ser suplida por la acción directa estatal. La intervención no consiste, pues, nunca en un fin en sí misma sino en una sustitución o suplencia de la iniciativa privada, lo cual explica los procesos de reversión que muchos países han iniciado al privatizar sus empresas estatales.»

⁷⁷ Dromi, Roberto. op. cit. Pp. 942.

«La Administración por un lado interviene para dirigir y por otro para ejecutar. Entonces, la intervención es directiva y directa; de orientación y de sustitución; administrativa e incluso legislativa, según los casos.

(...)

El Estado interviene en la economía a través de dos técnicas o modalidades:

- a) *Intervención directiva. Es la intervención de orientación o política económica estricta, también llamada “administración ordenadora”. Este proceso de intervención, generalmente legislativo, se traduce en programas de ayuda, subvenciones articuladas en una política de fomento y planes de desarrollo. Su objetivo es estimular la participación privada en la actividad económica, mediante juntas, consorcios, corporaciones, cooperativas y otras asociaciones. Los instrumentos jurídicos de que se vale el Estado, con la finalidad de regulación, ordenación y promoción, son la planificación económica y el fomento administrativo.*
- b) *Intervención directa. Es la intervención de ejecución, también llamada “administración prestacional”, en la cual el Estado es un sujeto económico más que participa y dirige actividades económicas. Es una intervención estatal administrativa pues generalmente traduce su obra por medio de empresas públicas. La intervención directa, a su vez, puede ser: por participación en situación de competencia, o por lo menos no sustantiva de la actividad económica privada, y por sustitución de actividades económicas privadas, que se incorporan al sector público, con carácter monopólico y, por tanto, totalmente excluyente de la participación privada.*

Los instrumentos jurídicos que utiliza el Estado son la empresa pública y el poder de policía económico.»

por el direccionamiento de una actividad económica (Dromi⁷⁸), la restricción de los derechos ejercidos por un agente económico (Ariño⁷⁹), la injerencia en las relaciones económicas entre agentes del mercado (Kresalja y Ochoa⁸⁰) o la sustitución en la realización de actividades productivas (Cassagne⁸¹, Dromi⁸²), la actuación desenvuelta por parte del Estado se presenta en el marco del mercado, afectando el status quo de la interacción existente en él⁸³.

La presencia de este aspecto también es apreciada incluso si se recurre a autores en materia economía, observándose como ejemplo el caso de Stiglitz, para quien la

⁷⁸ Dromi, Roberto. op. cit. Pp. 940.

«En un sistema liberal la intervención es solamente directiva (no directa) y facultativa (no obligatoria). Además, esa intervención debe ser orientadora y fiscalizadora, pero jamás sustitutiva. El Estado, de intervenir, debe hacerlo para señalar el camino, pero no para ejecutarlo. Por eso a este tipo de intervención se le llama directiva, de carácter facultativo y, en su caso, de realización simplemente legislativa, por cuanto se traduce en leyes.

No es una intervención coactiva, sino simplemente orientación. Como es una economía libre, no es compatible con la planificación. El Estado no planifica, sólo crea y asegura ciertas condiciones, pues la titularidad de los medios de producción está en manos del sector privado, que asume la gestión directa de las actividades económicas. En el sistema liberal se atiende a las necesidades del mercado, sujeto a las leyes de la oferta y la demanda.»

⁷⁹ Ariño Ortiz, Gaspar. op. cit. Pp. 147 y 42.

«El "Estado de Derecho" garantizaba las libertades, los derechos fundamentales, la paz y el orden público; constituía un excelente sistema de defensa frente a las intervenciones del Estado en el ámbito de los bienes o derechos de los ciudadanos. Pero no garantizaba en absoluto la sanidad, la educación. La protección frente al desempleo, la protección del suelo, de los ancianos, la cultura, etc. El Estado de Derecho miraba al individuo y trataba de protegerle frente a las intervenciones limitadoras del Estado.»

«Al establecer y regular la intervención de los órganos estatales en la economía, el derecho debe mantener, en primer lugar, su función de defender la libertad individual y, por lo tanto, de limitar –dosificar, medir, cuantificar– el poder de intervención del Estado sobre nuestras vidas, tanto de cada uno de sus órganos, como de su actuación conjunta; y en segundo lugar, debe velar para que ese espacio de libres transacciones y operación económica, que hoy llamamos "mercado", sea suficiente y ofrezca los grados de libertad que necesitan sus protagonistas.»

⁸⁰ Kresalja, Baldo y César Ochoa. Derecho Constitucional Económico. Lima: PUCP Fondo Editorial, 2009, pp. 136 – 137.

«Asimismo, debemos precisar los alcances del concepto de intervención, que ha sido distorsionado por diversas razones al punto que se sostiene dogmáticamente que toda intervención del Estado en la economía es populismo o constituye un dirigismo pernicioso. Esta distorsión ideológica no corresponde a la realidad histórica dado que en todos los países el Estado ha intervenido en las relaciones económicas, si bien es cierto, con diversa intensidad, sea desde la fiscalización de pesas y medidas en el medioevo, la gestión y control de los ferrocarriles en el siglo XIX, hasta las subvenciones públicas a las empresas contemporáneas de aviación y el incremento del gasto público en distintos ámbitos de la seguridad.»

«A nuestro juicio, es válida la afirmación de Galgano cuando defiende la intervención del Estado en los procesos económicos. Lo importante es determinar para qué interviene y a quien se pretende favorecer con la intervención. Así, el sentido último de la intervención ha sido en Occidente favorecer a la empresa privada, racionalizando el mercado, garantizando la demanda, actuando como póliza de seguros para los casos de dificultades de empresas financieras entre otras causas.»

⁸¹ Cassagne, Juan Carlos. Loc. Cit.

⁸² Dromi, Roberto. op. cit. Pp. 941.

«En la autocracia la intervención es directa y obligatoria. La acción estatal monopólica hace a la misma esencia del régimen. Es una intervención de dirección y conducción estatal, con la consiguiente sustitución en su favor de las economías privadas. La acción estatal, con la consiguiente sustitución en su favor de las economías privadas. La acción estatal no es de orientación, sino de ejecución; no es de concurrencia, sino de sustitución.»

⁸³ Cabe precisar que los autores recogidos pueden manejar más de una acepción del concepto de intervención al momento de su estudio, por lo que su mención resulta referencial a efectos de ilustrar autores que refieran a estas actuaciones concretas.

actuación estatal es desenvuelta en el marco del mercado, teniendo como objetivo el afectar los resultados de la dinámica de mercado⁸⁴.

En ese sentido, se aprecia que la consideración del mercado como espacio de desenvolvimiento de la actuación estatal materia del concepto de intervención del Estado en la economía resulta concordante con el manejo del concepto realizado en las distintas acepciones de otros autores.

4.3. Sujeto Pasivo

De manera semejante, el concepto de intervención del Estado en la economía concretado establece que la actuación estatal comprendida recae sobre los agentes económicos presentes en el mercado, situación que los configura como sujetos pasivos de la intervención.

Ello se aprecia al verificarse que el efecto de la actuación, uno de los elementos centrales para la delimitación del concepto arribado, no toma como referente posibles alteraciones o incidencias en el propio Estado, enfocándose en el impacto generado sobre el agente económico presente en el mercado.

Esta distinción resulta semejante en las acepciones presentadas por autores como Ariño, Dromi, Cassagne, Kresalja y Ochoa, quienes al analizar la actuación estatal bajo sus distintas acepciones coinciden en que ella implica una incidencia que

⁸⁴ Stiglitz, Joseph E. Op. Cit. Pp. 103 – 104

«Las causas de los fallos del mercado analizadas hasta ahora impiden que la economía sea eficiente si no interviene el Estado; es decir, la economía de mercado, si se la deja sola, no es óptima en el sentido de Pareto. Pero incluso aunque lo fuera, hay otros dos argumentos que justifican la intervención del Estado. El primero es la distribución de la renta. El hecho de que la economía sea eficiente en el sentido de Pareto no nos dice nada sobre la distribución de la renta; los mercados competitivos pueden generar una distribución de la renta muy desigual y dejar a algunas personas unos recursos insuficientes para vivir. Una de las actividades más importantes del Estado es redistribuir la renta, y ese es el propósito expreso de los distintos programas sociales de transferencias. (...)

El segundo argumento en favor de la intervención del Estado en una economía óptima en el sentido de Pareto está relacionado con el temor de que el individuo pueda no actuar en su propio interés. A menudo se dice que la percepción que tiene cada individuo de su propio bienestar puede no ser un criterio fiable para juzgar el bienestar, ya que los consumidores pueden tomar decisiones "malas", aun cuando posean una información completa. La gente sigue fumando, aunque sea malo para su salud y sepa que lo es. No se pone cinturones de seguridad, aun cuando conozca estas ventajas. Hay quienes creen que el Estado debe intervenir en esos casos, en los que parece que los consumidores no hacen lo que más les conviene, y que el tipo de intervención necesaria no debe limitarse a suministrar únicamente información. Los bienes que el Estado obliga a consumir, como los cinturones de seguridad y la educación elemental, se denominan bienes preferentes.»

recae sobre el individuo que se encuentra desenvolviéndose en el mercado, corroborando este elemento del concepto esbozado.

4.4. Actuación o efecto pretendido

Como cuarto elemento presente en el concepto desarrollado, se identifica que la intervención del Estado en la economía se caracterizaría por implicar una restricción de los derechos fundamentales ejercidos en el marco del mercado, efecto determinante para su consideración como tal.

Al respecto, ya sea pretendiendo corregir las deficiencias generadas por una falla de mercado u orientando el desarrollo de ciertas actividades económicas, se aprecia que la actuación desarrollada por el Estado desde las distintas acepciones de intervención manejadas por diversos autores conlleva en alguna medida la restricción del libre desenvolvimiento de agente económico en el mercado, limitando la autonomía que estos poseen.

Esto se puede ver en el caso de Ariño al hacer referencia a los alcances del Estado de Derecho y la función del derecho frente a la intervención estatal en la economía, desarrollo en el que hace mención a la limitación de derechos de los individuos producto de la intervención del Estado:

«El “Estado de Derecho” garantizaba las libertades, los derechos fundamentales, la paz y el orden público; constituía un excelente sistema de defensa frente a las intervenciones del Estado en el ámbito de los bienes o derechos de los ciudadanos. Pero no garantizaba en absoluto la sanidad, la educación. La protección frente al desempleo, la protección del suelo, de los ancianos, la cultura, etc. El Estado de Derecho miraba al individuo y trataba de protegerle frente a las intervenciones limitadoras del Estado.»⁸⁵

⁸⁵ Ariño Ortiz, Gaspar. op. cit. Pp. 147.

«Al establecer y regular la intervención de los órganos estatales en la economía, el derecho debe mantener, en primer lugar, su función de defender la libertad individual y, por lo tanto, de limitar –dosificar, medir, cuantificar- el poder de intervención del Estado sobre nuestras vidas, tanto de cada uno de sus órganos, como de su actuación conjunta; y en segundo lugar, debe velar para que ese espacio de libres transacciones y operación económica, que hoy llamamos “mercado”, sea suficiente y ofrezca los grados de libertad que necesitan sus protagonistas.»⁸⁶

En estos contextos, el mencionado autor contrapone la protección de los derechos y libertades individuales al desenvolvimiento de la «Intervención del Estado en la Economía», dando a entender que esta última implica una afectación a los derechos de los ciudadanos.

De manera semejante, el uso de esta connotación puede apreciarse en el desarrollo de los alcances del derecho a la libertad de empresa realizado por Ariño, observándose que este autor asimila la limitación de este derecho con la realización de una intervención:

«Es necesario reconstruir el verdadero alcance de la libertad de empresa: éste es un verdadero derecho subjetivo, que puede ser limitado por ley cuando existe una razón fundada, de peso, basada en el interés general (no en el interés de algunos) que prevalece en ese caso sobre la libertad del empresario pero no puede ser ignorado ni violado sin una justificación suficiente y nunca por norma administrativa.

Ahora bien las medidas de intervención administrativa pueden ser muy variadas: (...)

Frente al abanico de medidas de intervención es necesario apreciar en cada caso qué razones son válidas para limitar dicha libertad, y si las medidas son atentadoras de la libertad de empresa o si son conformes al mercado y sólo condicionan dicha libertad.»⁸⁷

⁸⁶ Ariño Ortiz, Gaspar. op. cit. Pp. 42.

⁸⁷ Ibidem Pp. 315.

La consonancia de este elemento con las acepciones de otros autores permite verificar que la definición desarrollada se encuentra en consonancia con el impacto de la intervención estatal percibido por autores que realizan su estudio, generando mayor certeza respecto de los alcances de este concepto.

4.5. Objeto o fin buscado

Finalmente, y a pesar de no estar presente en la definición esbozada, se observa que diversas acepciones del concepto de intervención recogen en su contenido los alcances del objetivo o finalidad que es buscada con su concreción, aspecto que constituye la motivación o justificación del despliegue del Estado.

Muestra de ello se aprecia en el caso de Kresalja y Ochoa, quienes como parte de su referencia a la intervención del Estado en la economía precisan que la injerencia pretendida con esta actuación posee objetivos o efectos más amplios que la subsanación de las falencias del mercado, entre los que se pueden encontrar los fines distributivos.

«En ese orden de ideas, el Derecho público de la Economía se diferencia sustancialmente del Derecho privado porque no se centra en la voluntad de los particulares –contratos y sociedades mercantiles– sino en las intervenciones y ordenamientos del poder público.

Ahora bien, para algunos la idea de intervención del Estado a la que nos referimos corresponde solo a la regulación económica, que hace su aparición ante la inexistencia, fracasos o falencias del mercado y afecta a las condiciones económicas en las cuales las actividades empresariales se desarrollan. Así, Del Guayo la define como la parte de la intervención pública de la economía que tiene por finalidad crear condiciones similares a las propias de la competencia, es decir, como sustitutivo de la competencia en los monopolios naturales.

Creemos pertinente diferenciar con claridad a la regulación del Derecho Público de la Economía. El fin primordial de la regulación, de origen anglosajón, es el reforzamiento del mercado allí donde ha decaído su capacidad de proporcionar eficiencia en la asignación de los recursos. Su finalidad es fundamentalmente económica. Mientras que el Derecho público de la Economía, tal como se entiende en el contexto europeo continental, tiene un contenido más amplio que la regulación económica, pues abarca todas las posibles manifestaciones de la intervención del Estado, esto es, tanto aquellas que persiguen una finalidad económica como las que procuran otros fines y de modo marcado fines distributivos»⁸⁸

No obstante, si bien resulta común a diversas posturas reconocer la existencia de un objetivo o finalidad que motive la materialización de la intervención del Estado, se aprecia que este elemento no es exigido para que esta actuación estatal se constituya como tal, entrando al plano de la corrección de su desenvolvimiento ante determinadas condiciones.

Esta situación hace que el objetivo o finalidad identificado no corresponda a un elemento que constituya en si a la actuación que configura una intervención del Estado en la economía, resultando ajeno a los componentes conformantes de dicho concepto.

Sin perjuicio de esto, y conforme será materia de desarrollo posterior en el presente trabajo, el objetivo o finalidad que sustenta a la intervención si resultará relevante al momento de valorar concreciones particulares de la intervención del Estado en la economía, aspecto que presupondrá previamente su reconocimiento como tal.

⁸⁸ Kresalja, Baldo y César Ochoa op. cit. pp. 136.

5. Delimitaciones concretadas como consecuencia de la labor desarrollada

A partir del trabajo realizado, puede identificarse claramente una propuesta de alcances específicos para el concepto de intervención del Estado en la economía, la cual permitirá una mayor precisión y homogeneidad en posteriores trabajos a realizarse.

Sin embargo, y con el fin de detallar la utilidad que brinda la definición integral del concepto de «Intervención del Estado en la Economía» esbozada, se procederá a continuación a presentar los distintos ámbitos de delimitación que no son usualmente objeto de desarrollo en las acepciones actuales y que han sido aclarados como consecuencia de la labor realizada.

Estos ámbitos pueden diferenciarse en cinco flancos o aspectos de necesaria delimitación: (i) La existencia del Estado; (ii) El establecimiento de derechos y su garantía; (iii) El tipo de acción materializada; (iv) Los efectos producidos por la acción; y, (v) La temporalidad de la acción realizada.

5.1. Delimitación vinculada a la existencia del Estado

Como primero de los flancos, el concerniente a la existencia del Estado refiere a la consideración del Estado y las acciones de éste vinculadas a su continuidad como elementos presentes en el marco de toda actuación estatal, aspecto que hace necesario verificar si estos se encuentran comprendidos o calificados como «Intervenciones del Estado en la Economía»

Ello se presenta al requerir constatar si la sola presencia del Estado, por más básica y primigenia que sea, puede implicar el estar ante una «Intervención del Estado en la Economía», hecho que conllevaría de manera indistinta a que toda actuación del Estado implique una intervención.

Los alcances de este flanco han sido delimitados en la propuesta de concepto planteada, a través del atributo correspondiente a la «existencia del mercado», el cual permite distinguir que la estructura básica del Estado no califica dentro de los alcances del concepto de «Intervenciones del Estado en la Economía».

5.2. Delimitación vinculada al establecimiento de derechos y su garantía

Como segundo flanco identificado, el establecimiento de derechos y su posterior garantía por parte del Estado plantea como interrogante el verificar si la determinación de derechos por parte del Estado, así como el desenvolvimiento de acciones destinadas a garantizar su respeto, pueden o no ser consideradas como una «Intervención del Estado en la Economía».

Este flanco se presenta al requerir evaluar si el reconocimiento por parte del Estado de algún derecho fundamental y el establecimiento de mecanismos para garantizar su respeto, en especial aquellos distintos a los usualmente vinculados con la dinámica del mercado, se ubica o no dentro de los alcances del accionar estatal calificado como «Intervención del Estado en la Economía», o si, por el contrario, requiere un tratamiento distinto al encontrarse fuera de los alcances de este concepto.

Ello resulta relevante al tomar en consideración la usual contraposición que se hace entre algunos derechos patrimoniales y no patrimoniales, como es el caso de la libertad contractual y los derechos laborales, resultando recurrente que, a pesar del indistinto reconocimiento de los derechos fundamentales a nivel constitucional, ciertos derechos presenten una connotación o calificación de «Intervención del Estado en la Economía» no atribuida a otros.

Ejemplos claros de la problemática de este flanco se presentan en las áreas del derecho laboral y el derecho de protección al consumidor, ámbitos que suelen estar rodeados de posturas contrapuestas y un continuo debate en torno a la calificación de su materialización como una actuación interventora del Estado en la economía.

En este caso, el atributo correspondiente a la «existencia del mercado» en el concepto desarrollado permite diferenciar entre aquellas titularidades reconocidas o no de manera inicial por el ordenamiento, distinguiendo a partir de ello en qué casos el reconocimiento de un derecho fundamental y su garantía calificarán o no como una «Intervenciones del Estado en la Economía».

5.3. Delimitación vinculada al tipo de acción

El tercer flanco identificado, refiere a la modalidad que puede asumir el accionar del Estado y la influencia que esta puede tener para que una actuación estatal sea calificada o no dentro del concepto de «Intervención del Estado en la Economía».

A partir de este flanco, se pretende verificar si la variante del accionar desarrollado por el Estado constituye un elemento que pueda determinar que se esté o no ante la presencia de una «Intervención del Estado en la Economía», aspecto que resulta relevante al considerar la existencia de ciertos tipos de acciones estatales que son usualmente calificadas como una «Intervención del Estado en la Economía», de manera indistinta a las características que presenten en su desenvolvimiento.

Ello se puede apreciar en el caso del accionar del Estado consistente en la provisión de bienes y servicios en el mercado, usualmente identificada con la actividad empresarial del Estado, la cual llega a tener tal grado de consideración como una «Intervención del Estado en la Economía» que es considerada por

algunos autores como una forma particular que puede asumir este accionar estatal⁸⁹.

La delimitación de este flanco se puede constatar a partir del atributo correspondiente al «efecto de la acción» en el concepto de «Intervenciones del Estado en la Economía» planteado, identificándose claramente que será el efecto producido y no el tipo de acción lo que determinará la calificación de la actuación estatal como una intervención.

5.4. Delimitación vinculada a los efectos producidos por la acción

De manera fuertemente relacionada con el flanco previamente expuesto, el flanco vinculado a los efectos producidos por la acción del Estado refiere a la implicancia del impacto de una acción estatal en su calificación como una «Intervención del Estado en la Economía».

Bajo este flanco, se pretende dilucidar si el efecto producido por una acción estatal puede implicar que, ante la presencia de una misma acción, resulte variable que esta califique o no como una intervención en función al impacto generado.

Al plantear la valoración del efecto producido, este flanco condiciona la relevancia del tipo de acción en la calificación de una «Intervención del Estado en la Economía», pasando a relativizarla a un segundo plano de identificarse la preponderancia del efecto como criterio de calificación.

Como en el caso del flanco previamente mencionado, en el caso del flanco vinculado a los efectos de la acción el atributo del concepto de «Intervenciones del

⁸⁹ Muestra de esta situación se puede identificar en la obra de Juan Carlos Cassagne titulada «Derecho Administrativo», en la cual dicho autor identifica a esta actuación del Estado como una intervención estatal.

Estado en la Economía» correspondiente al «efecto de la acción» permite de manera clara distinguir que el efecto constituye uno de los aspectos determinantes para la calificación de una actuación estatal como una intervención, presentando un papel clave en su definición.

5.5. Delimitación vinculada a la temporalidad de la acción

Concluyendo con los flancos identificados, el flanco vinculado a la temporalidad de la acción del Estado refiere a la influencia de la ubicación temporal de la actuación estatal como elemento a ser considerado al calificar una actuación del Estado como una «Intervención del Estado en la Economía».

Bajo este flanco se pretende dilucidar si, en el caso de acciones estatales idénticas y con semejante impacto, el momento en que se desenvuelvan puede resultar un factor determinante para la consideración de una acción estatal como una «Intervención del Estado en la Economía».

Esta situación se puede constatar si se comparan ordenamientos en los que se reconoce de manera inicial ciertos derechos fundamentales frente a otros en los que estos derechos han sido reconocidos de manera posterior en el tiempo.

En este escenario, mientras que el reconocimiento simultáneo de estos derechos podría ser argumentado para excluirlos como un supuesto de «Intervención del Estado en la Economía», en el caso de que alguno de ellos sea reconocido de manera posterior se podría alegar que de implicar este reconocimiento de nuevos derechos una limitación a los derechos ya existentes se estaría ante una «Intervención del Estado en la Economía».

En el caso de este último flanco su delimitación se encuentra concretada a partir del atributo del concepto de «Intervención del Estado en la Economía» correspondiente a la «existencia del mercado», el cual, como parte de su desarrollo, diferencia entre las titularidades reconocidas de manera inicial y aquellas incorporadas posteriormente en el ordenamiento, otorgándole a cada una de estas una calificación distinta.

El reconocimiento de los flancos identificados y el análisis vinculado a ellos permite comprender en mayor medida los alcances de la labor de delimitación concretada, trayendo a consideración cada uno de los contornos del concepto de intervención del Estado en la economía que ha sido objeto de concreción con la presente propuesta.

6. Precisiones finales de la delimitación del concepto de intervención del Estado en la economía

Luego de haber construido una definición del concepto de «Intervención del Estado en la Economía» e identificar los linderos que concreta frente otras acepciones existentes, corresponde concluir su desarrollo precisando que la delimitación elaborada no pretende incidir en la valoración que se pueda dar sobre la correcta utilización de una intervención estatal en un determinado contexto, limitándose el presente trabajo exclusivamente a perfilar que se entiende por tal, de manera indistinta a si se considera correcto o no su desenvolvimiento en la realidad.

En el mismo sentido, corresponde resaltar que el análisis precedente prescinde de cualquier desarrollo de las variantes particulares que la «Intervención del Estado en la Economía» puede presentar, debido a que esto será materia de estudio en el siguiente capítulo.

No obstante ello, se aprecia que la delimitación realizada constituye un avance en la claridad de conceptos de usual utilización, concretando con la diferenciación realizada una herramienta que permite una referencia precisa a aspectos presentes en la realidad y que abre la posibilidad de discutir la diferenciación del régimen jurídico aplicable a cada variante de la actuación estatal.

Esta situación resulta especialmente importante cuando se pretende discutir nuevas variantes de la actuación estatal o variaciones de las ya conocidas, al permitir aplicar exigencias que corresponda con la naturaleza de cada una.



Capítulo III

Las formas de actuación estatal en el marco del concepto de intervención del Estado en la economía

Una vez perfilados el contenido y límites del concepto de «Intervención del Estado en la Economía», corresponde como último paso el desarrollar los alcances de este concepto dentro de sus distintas variantes, para lo cual se procederá a verificar las diferentes formas o variantes que puede presentar, entrando a analizar las clasificaciones de la intervención estatal existentes en la actualidad y el impacto que la definición concretada previamente pueda implicar en estas.

La realización de este desarrollo permitirá corregir las posibles incongruencias existentes en el marco de su configuración, evitando deficiencias que lleven a aplicar de manera indebida regímenes jurídicos emparentados con formas de actuación ajenas a la acción estatal materia de estudio.

Esta labor partirá por reconocer la vinculación existente entre la «Intervención del Estado en la Economía» y las distintas formas de actuación estatal identificadas por el derecho administrativo, rama del derecho que ha concentrado a lo largo de los años distintos esfuerzos por clasificar y definir las distintas formas de actuación estatal.

Tras ello, se procederá a un estudio crítico de los elementos que configuran la clasificación de las formas de actuación estatal, tomando en consideración el impacto generado por el concepto de intervención del Estado en la economía arribado y las distintas deficiencias que las perspectivas actuales de las formas de actuación estatal posean, aspectos que permitirán reconocer los errores derivados del modo en que estas han sido concretadas.

Finalmente, y a partir de las deficiencias identificadas, se procederá a reestructurar una clasificación coherente de las formas de actuación estatal que resulte consonante con el concepto de «Intervención del Estado en la Economía» formulado y con las reflexiones posteriormente realizadas, situación que permitirá consolidar una base unificada y coherente para el posterior estudio de este tipo de actuación estatal.

1. La intervención del Estado en la economía y las formas de actuación administrativa

La «Intervención del Estado en la Economía» constituye un concepto que abarca a aquella actuación del Estado que tenga como objeto o efecto la delimitación de los derechos fundamentales ejercidos por los agentes económicos en el mercado. El concepto delimitado comprende una gran variedad de acciones realizadas por parte del Estado, entre las que se puede identificar a aquella actuación vinculada a la Administración.

Es así que la Administración, mediante el ejercicio del poder conferido por el ordenamiento, limita los derechos de los individuos para el cumplimiento de diversos fines, haciendo a su vez necesario el establecimiento de pautas para el desenvolvimiento de este ius imperium estatal.

Esta actuación del Estado constituye un ámbito de estudio que ha sido tratado por el Derecho Administrativo, rama del derecho orientada principalmente al establecimiento de los límites y exigencias al desenvolvimiento de los poderes de la Administración frente a los derechos de los individuos.

Como parte de su desarrollo doctrinal esta área del derecho ha desarrollado de manera extensa las distintas variantes que puede asumir la actuación de la

Administración, clasificando sus formas en categorías que llevan consigo la atribución de determinadas características o elementos específicos.

En ese sentido, a partir del Derecho Administrativo se ha planteado el desarrollo de las distintas variantes de una parte importante de la actuación del Estado, la correspondiente a la Administración, estableciendo alcances del accionar estatal que comprenden al concepto de «Intervención del Estado en la Economía», a pesar de ser analizados dentro del ámbito de la Administración.

Ejemplo claro de ello puede observarse en la obra de Gaspar Ariño “Principios de Derecho Público Económico, en la que, al momento de tratar los supuestos que corresponderían a la «Intervención del Estado en la Economía», procede a plantearlos desde la perspectiva del Derecho Administrativo, bajo la denominación de “modalidades de actuación administrativa en la vida económica”.

Semejante situación se presenta en el caso de Roberto Dromi, quien al dedicar un capítulo de su obra «Derecho Administrativo» a la «Intervención administrativa en la economía», inicia por realizar una breve descripción de la «Intervención del Estado en la Economía», pasando posteriormente a referirse a sus concreciones en el ámbito administrativo.

Como se puede apreciar, esta recurrencia al Derecho Administrativo se sustenta en que, de la totalidad del accionar estatal, la actuación de la administración constituye aquella que termina de materializar en la esfera de los individuos las medidas desenvueltas por el Estado, produciéndose así con ellas un efecto en su situación.

Debido a esto, la clasificación de las formas, clases o modalidades de la actuación de la administración constituye en la práctica una identificación de las distintas

variantes que puede concretar la «Intervención del Estado en la Economía», resultando pertinente su consideración como parte de los alcances del concepto desarrollado en la sección precedente.

Sin embargo, corresponde referir que el estudio de las distintas formas de actuación estatal no resulta ajeno a la presencia de deficiencias, derivadas de la ausencia de una definición clara del concepto materia de clasificación, motivo por el cual la delimitación del concepto de «Intervención del Estado en la Economía» permitirá en las siguientes secciones desarrollar con mayor precisión los alcances de una tipología de la actuación estatal coherente con el supuesto materia de estudio.

2. Problemas de las perspectivas actuales de las formas de actuación del Estado

En el campo del Derecho Administrativo, las distintas formas de clasificación de la actuación del Estado han pasado a lo largo de las últimas décadas por un continuo proceso de desarrollo, partiendo de la clasificación clásica de las formas de actuación que comprendía en sus inicios tres variantes del desenvolvimiento estatal: (i) la actividad de policía; (ii) la actividad de fomento; y, (iii) la actividad de servicio público.

Bajo este contexto, y tomando como hito la clasificación tripartita clásica, diversos autores han procedido de manera progresiva a incorporar a esta clasificación nuevas variantes de la actuación estatal, identificándose el planteamiento de por lo menos cuatro variantes adicionales: i) la actividad de producción de bienes y servicios; ii) la actividad de planificación; iii) la actividad arbitral; y, iv) la actividad sancionadora.

No obstante ello, es posible observar que las perspectivas de clasificación actuales presentan una serie de falencias y deficiencias derivadas de su construcción

progresiva con el paso de los años, la cual se adecuó al aparente surgimiento de nuevas modalidades de la actuación estatal que no se habrían encontrado comprendidas con anterioridad por la clasificación existente.

Es así que la pluralidad de planteamientos disímiles existentes implicaría en muchos casos una serie de incongruencias en su formulación, derivadas del intento de acoplar las nuevas formas de actuación planteadas sin considerar la consonancia de los criterios que estas conllevan y los que preceden a las tres formas clásicas tomadas como base estructural.

Esta situación genera en la práctica la imposibilidad de una aplicación coherente y homogénea de las formas de actuación del Estado, conllevando a que el posterior estudio de concreciones específicas arrastre estas diferencias al analizar un mismo hecho.

Debido a ello, corresponde como parte del desarrollo propuesto el depurar la clasificación de la actuación estatal existente, contrastando los criterios de su configuración a partir de los alcances del concepto de «Intervención del Estado en la Economía» delimitado, a efectos de reconocer los errores derivados del modo en que estas han sido concretadas.

Esto permitirá identificar las falencias que se pueden observar en las distintas clasificaciones y formas de actuación estatal planteadas en la actualidad, con el fin de proceder a estructurar una clasificación coherente con las formulaciones teóricas desarrolladas y las bases desde las que se construyen.

Con relación a esta labor puede afirmarse que, desde una reflexión lógica y deductiva, las clasificaciones planteadas pueden adolecer de uno de los siguientes

problemas: (i) incongruencia en el criterio para la configuración de las categorías; (ii) ausencia de diferenciación entre las actuaciones del Estado y sus partes conformantes; e, (iii) incorporación de elementos exógenos para establecer determinadas clasificaciones.

2.1. Incongruencia en el criterio de configuración

2.1.1. Alcances de la falencia

Una de las primeras falencias que puede observarse al analizar las distintas clasificaciones de la actuación del Estado es la discordancia existente entre el criterio general optado para su determinación y las características que posee cada forma de actuación propuesta.

Para comprender los alcances de esta falencia, debe recalcarse que el establecimiento de la clasificación de las formas de actuación del Estado se ha visto regido desde sus inicios por la consideración del fin u objetivo de la actuación estatal como elemento determinante para la diferenciación de las distintas formas existentes.

Así, al plantear la clasificación tripartita clásica, Jordana de Pozas vinculó las tres formas de actuación estatal planteadas con fines u objetivos específicos, relacionando la actividad de policía con el mantenimiento del orden público, la actividad de servicio público con la satisfacción de la necesidad pública, y el fomento con el incentivar la voluntad del individuo hacia el bien común⁹⁰.

⁹⁰ Jordana de Pozas, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. En: Revista de Estudios Políticos. Año 9, Número 48, pp. 44 – 46.

Este aspecto, consecuencia del uso de la clasificación clásica como base para la elaboración de las actuales clasificaciones, ha sido arrastrado a las posteriores propuestas, manteniendo en cierta medida la aplicación de este criterio para la calificación de por lo menos las tres formas clásicas de actuación estatal.

Como muestra de ello, puede apreciarse que autores como Villar Ezcurra reconocen que cada forma de actuación estatal representa una finalidad particular que le es atribuida a ciertos cauces o tipos particulares de actuación del Estado.

«Formas de intervención: con ello se trata de dar respuesta al como de la intervención administrativa en la actividad de los particulares. Aquí es donde la doctrina suele encuadrar expresiones tales como la policía, el fomento, la empresa pública o el servicio público y que, con mayores o menores discrepancias, se utilizan para designar los cauces a través de los cuales se manifiesta la intervención administrativa. Si el título representa la justificación (el por qué) y el ámbito de la intervención (el donde), las formas son referibles a la finalidad específica que se asigna a la Administración.»⁹¹

«Bajo esta premisa –no tan obvia como pudiera parecer– corresponde ahora abordar las formas de la intervención administrativa, entendiéndolo con ello las diversas finalidades que persigue el legislador cuando ordena o regula un determinado tipo de intervención.»⁹²

En concordancia con ello, Parada Vázquez ha considerado que la clasificación de formas de actuación del Estado atiende al efecto (objetivo buscado en cada actuación) que la actividad administrativa causa en la libertad y derechos de los particulares, permitiendo distinguir los tres tipos conformantes de esta clasificación clásica:

⁹¹ Villar Ezcurra, José Luis. Op. Cit. pp. 24

⁹² Ibidem, pp. 29.

«Aparte de esa clasificación por los fines, sectores, o materias sobre los que incide la norma administrativa, es preciso disponer de otros conceptos que permitan tipificar y clasificar (o más bien sistematizar, pues la ciencia jurídica es fundamentalmente una ciencia sistemática) dentro de cada sector o materia (orden público, sanidad, comercio, industria, agricultura, etc.) las normas que la rigen. Para ello se atiende al efecto que la actividad administrativa causa en la libertad y derechos de los particulares. Esa incidencia permite distinguir entre actividad de limitación o de policía, que restringe la libertad, los derechos o la actividad de los particulares; actividad de fomento o incentivadora, que estimula mediante diversos premios o apoyos el ejercicio de la actividad de estos para que la orienten al cumplimiento de determinados fines de interés general; y, por último, la actividad de prestación o de servicio público, por la que la Administración suministra prestaciones a los particulares (sanitarias, docentes, culturales, de transporte, etc.) Desde esa perspectiva, Jordana de Pozas difundió en la doctrina española la clasificación tripartita de la actividad administrativa en actividad de policía, fomento y servicio público.»⁹³

Manteniendo una perspectiva similar, Gaspar Ariño ha referido que la clasificación tradicional permite valorar el efecto que la actividad administrativa causa en la libertad de acción y derechos de los ciudadanos, afirmando que las formas de actuación estatales han surgido de forma progresiva con la expansión de los fines del Estado, al necesitarse de nuevas formas de actuación que permitan asumir los nuevos fines encomendados.⁹⁴

No obstante ello, y a pesar de apreciarse un cierto consenso en el trasfondo que conlleva la orientación que ha originado la clasificación clásica, diversos autores han formulado la incorporación de nuevas formas de actuación centrando su construcción a partir de la identificación de variantes particulares del actuar estatal, dejando en un segundo plano la valoración y consideración de los fines u objetivos presentes.

⁹³ Parada Vázquez, Ramón. Derecho Administrativo. Barcelona, 2004, Marcial Pons, 15va edición, Volumen I, pp. 368 – 369.

⁹⁴ Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima, 2004, ARA Editores, pp. 331.

Estos planteamientos han llevado en la práctica a desarticular la sistematización de la clasificación de las formas de actuación estatal, distorsionando la diferencia entre la forma de la actuación, entendida como la finalidad que perfila el accionar, y los medios particulares por los que el actuar estatal opta para concretar el impacto deseado en los individuos.

Es así que esta falencia ha conllevado a la creación de categorías que han sido calificadas como formas de actuación estatal a pesar de poder ser consideradas en la misma medida como técnicas (medios) de actuación, al constituir mecanismos adicionales por los que el Estado puede optar al implementar su actuación que no califican necesariamente como «Intervenciones del Estado en la Economía».

2.1.2. La vinculación del concepto de «Intervención del Estado en la Economía» con la aplicación del criterio inicial de clasificación

Una vez observada la disociación existente entre el criterio inicial de clasificación y los distintos elementos de clasificación actuales, corresponde como un primer nivel de concreción identificar la vinculación existente entre el concepto de «Intervención del Estado en la Economía» y la aplicación de un criterio de clasificación, como sería el comprendido en la clasificación tripartita clásica.

Al respecto, y en el marco de la verificación de los criterios de clasificación aplicables, resulta necesario a toda clasificación el determinar de manera previa el universo de elementos que se encontrarán posteriormente sujetos a la labor de clasificación planteada.

Este presupuesto implica la necesidad de constatar que nos encontremos frente al elemento que se pretende clasificar y no ante un objeto distinto a este, el cual de

ser forzado a incorporarse dentro del universo a ser clasificado generará el establecimiento de criterios erróneos con el fin de armonizar su presencia.

Un símil de dicha falencia puede apreciarse en la evolución de las categorías taxonómicas para clasificar a los distintos seres vivos, en la cual se puede apreciar en sus inicios un planteamiento que distinguía a los reinos de los seres vivos en animal, vegetal y mineral⁹⁵. En este ejemplo, ¿correspondía crear una categoría para incorporar a los minerales como seres vivos e incluso cuestionarse que se entiende como tales?, o únicamente resultó necesario reconocer que dicho elemento no se encontraba comprendido en el universo de objetos a ser clasificados.

De manera similar, la adopción o utilización de criterios de clasificación para la «Intervención del Estado en la Economía» partirá por reconocer el objeto materia de clasificación, a partir de la utilización de la definición de este concepto arribada en la sección precedente, excluyendo y, por ende, evitando armonizar el desarrollo de la clasificación al pretender incorporar actuaciones del Estado que no califican como una «Intervención del Estado en la Economía».

2.1.3. La diferenciación entre la forma y técnica desenvuelta por la actuación estatal

Como segundo nivel de concreción en la calificación del objeto materia de clasificación, corresponde identificar la distinción entre la forma y la técnica que conlleva una determinada actuación estatal, aspecto cuya omisión genera discordancias en la configuración de la clasificación de las formas de «Intervención del Estado en la Economía».

⁹⁵ Esta postura fue abandonada posteriormente por la taxonomía y solo resulta ilustrativa para efectos de contrastar la implementación de una labor de clasificación. Ver: https://es.wikipedia.org/wiki/Taxonom%C3%ADa_linneana

La presencia de esta situación ha conllevado a la creación de categorías que han sido calificadas como formas de actuación estatal a pesar de poder ser consideradas en la misma medida como técnicas (medios) de actuación, al constituir mecanismos por los que el Estado puede optar al implementar su actuación.

Esta diferenciación omitida puede observarse en la postura planteada por Villar Ezcurra, quien distingue de manera clara la forma (finalidad) y técnica (medio) de la actuación estatal, reconociendo la posibilidad de intercambiar los medios empleados en diversas formas de actuación.

«Técnicas de intervención: aun cuando las tres preguntas iniciales parecen haber encontrado respuesta, la última de ellas (el cómo) no resulta aun suficientemente perfilada con las formas de intervención. Y ello porque la finalidad a la que responde cada una de estas formas tiene diferentes cauces de manifestación, lo cual, lejos de complicar la cuestión no hace sino añadir mucha más precisión y claridad. Las formas aluden a la finalidad pero no prejuzgan los medios que tiene a su alcance la Administración para lograr un determinado objetivo. El estímulo a la industria nacional se puede alcanzar utilizando medidas abiertamente favorables a los particulares (la concesión de ayudas o subvenciones) o mediante técnicas parcialmente restrictivas (prohibición o limitación a las importaciones) lo cual muestra que no existe una correlación absoluta entre los fines y los medios (...).»⁹⁶

«Cada forma de actividad administrativa utiliza las técnicas que le son propias y que, de forma general, han sido expuestas en el apartado anterior. Sin embargo, y como ya se anticipó, las técnicas son meros instrumentos que como tales, pueden y de hecho son utilizadas bajo formas diferentes de la actividad administrativa lo cual recomienda desechar cualquier intento de acotar esta forma en función del contenido de la actividad. La finalidad de estímulo (fomento) puede requerir la utilización de técnicas encuadrables en la actividad de policía (autorizaciones, obligaciones y sanciones) y la de servicio público utiliza

⁹⁶ Villar Ezcurra, José Luis, Op. Cit. Pp. 25.

empresas públicas (es decir, personas jurídicas creadas por la propia Administración) para gestionar un determinado tipo de actividad. Los ejemplos podrían multiplicarse –y así se hará en las lecciones posteriores– poniendo de manifiesto como la intercambiabilidad de las técnicas es algo mucho más frecuente de lo que pudiera pensarse.»⁹⁷

La distinción entre las técnicas por las que el Estado concreta su actuación y las formas de actuación que puede presentar la «Intervención del Estado en la Economía» resulta vital para evitar la generación involuntaria de posturas disimiles derivadas de la atomización de los componentes de una actuación estatal.

En ese sentido, se debe diferenciar las técnicas (medios), por las que el Estado concreta su actuación, de las formas (finalidades) de actuación vinculadas a las distintas variantes que puede presentar la «Intervención del Estado en la Economía».

Ejemplo de esta incongruencia en la clasificación de las formas de actuación se ve en el caso de la denominada “actividad de producción de bienes y servicios”⁹⁸, la cual será analizada de manera preliminar a efectos de determinar si deberá ser excluida de la tipología a ser planteada⁹⁹.

2.1.4. La exclusión de la prestación directa de bienes y servicios de las formas de actuación

Tal como se hiciera referencia con anterioridad, la actividad de «prestación directa de bienes y servicios» se constituye como el accionar del Estado caracterizado por la “dación de bienes en el mercado”, observándose en ella que el Estado se

⁹⁷ Ibidem, pp. 40.

⁹⁸ De manera usual se ha pretendido subsanar este tipo de incongruencias en la sistematización planteando que en la nueva forma planteada no se presenta un elemento aparentemente exigible en las anteriores.

⁹⁹ Si bien la incongruencia en el criterio de configuración también se presenta en las formas denominadas “actividad sancionadora”, “actividad arbitral” y “actividad de planificación”, ello será materia de desarrollo posterior, complementando el análisis de las falencias que poseen mayor vinculación con ellas.

desenvuelve como otro agente económico más desarrollando actividad empresarial en el mercado.

Esta forma de actuación suele ser diferenciada de la actividad de servicio público, debido a la ausencia de distintos elementos que harían calificar a una actividad económica como un servicio público, tales como la exclusividad sobre el desarrollo de la actividad o el interés público que conlleva.

En ese sentido, puede apreciarse que la aparente forma de actuación analizada se caracteriza y configura solo por la mera provisión de bienes y servicios en el mercado, sin atribuirle a esta forma de actuación la producción de un efecto específico o el sometimiento a una finalidad u objetivo concreto.

Debido a ello, y a pesar de ser considerada por diversos autores como una forma adicional de actuación del Estado en las clasificaciones actuales, corresponde afirmar que la “prestación directa de bienes y servicios” solo puede ser percibida como un medio en sí para la obtención de efectos o fines que resultan externos a ella, presentando una naturaleza eminentemente instrumental que impide su incorporación en la clasificación de formas de actuación del Estado.

Esta situación se debe a que la “prestación directa de bienes y servicios” constituye únicamente una acción concreta desplegada por el Estado, la cual, si bien subyace a un objetivo o finalidad que motiva su realización, carece en sí misma de una finalidad que le resulte inherente.

Es así que esta actuación estatal suele encontrarse acompañada de finalidades como la obtención de recursos, factible mediante la recaudación de impuestos, o la

asistencia a los individuos en la obtención de determinados bienes, factible mediante el establecimiento de subsidios en la oferta o demanda privada.

En consecuencia, al no presentar elemento orientador (finalidad) que permita constatar la existencia de un nuevo supuesto de actuación, la “prestación directa de bienes y servicios” no puede ser entendida como una forma de actuación, consistiendo por el contrario en un medio neutral que requiere de la adopción de un objetivo o finalidad necesaria que le otorgue la fundamentación respectiva.

Por lo tanto, y desprendiéndose de su pretendida calificación como forma de actuación, resulta clara la congruencia que trae la consideración de la prestación directa de bienes y servicios como un medio de actuación – técnica –, tal como se aprecia en el caso de la utilización de la empresa estatal para el cumplimiento de la finalidad de garantizar condiciones mínimas para los individuos, a través de la prestación de servicios públicos por medio de una empresa estatal¹⁰⁰.

Este aspecto se refuerza al resultar imposible separar la “prestación directa de bienes y servicios” de la realización de actividad empresarial por parte del Estado, elemento usualmente calificado como una técnica utilizable en la actividad de servicio público¹⁰¹, situación que refleja en puridad que no resultaría factible diferenciar en una tipología que incluye este supuesto la forma y la técnica de actuación presentes.

¹⁰⁰ Para un mayor desarrollo de los alcances de la “prestación directa de bienes y servicios” como técnica de la actuación estatal ver la sección 3.1.3.1. del presente Capítulo.

¹⁰¹ En la misma línea de esta situación, resulta resaltante que en la propia obra de Gaspar Ariño, uno de los autores que plantean la incorporación de la actividad de “prestación directa de bienes y servicios” se pueda observar la calificación de la empresa pública como una técnica de la actuación estatal, aspecto que resulta incongruente con la consideración de esta como una forma de actuación. Ver: Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima, 2004, ARA Editores, pp. 97.

Finalmente, corresponde recordar que la “prestación directa de bienes y servicios” también puede constituirse como una acción que se enmarque en una actuación que no califique como una «Intervención del Estado en la Economía», como es el caso de su realización en el marco de una «Interacción del Estado en la Economía», aspecto que implica la posibilidad de que ello se presente en un escenario ajeno a la materia de clasificación.

2.2. Ausencia de diferencia entre la actuación y sus elementos conformantes

2.2.1. Alcances de la falencia

Como segunda falencia en las clasificaciones de las formas de actuación del Estado, la ausencia de diferenciación entre la actuación estatal realizada y los elementos que conforman dicha actuación constituye una falencia derivada de la utilización de distintas perspectivas al momento de analizar la actuación estatal.

En efecto, es posible apreciar que diversos autores plantean incorporar dentro de la clasificación de las formas de actuación a acciones individuales que podrían ser consideradas como elementos pertenecientes al desenvolvimiento de una de las tres formas clásicas de actuación.

Esta situación se presenta debido a la importancia que cobran ciertos instrumentos o acciones particulares del Estado en el contexto del autor que realiza la propuesta de clasificación, aspecto que en ocasiones origina el análisis aislado de un elemento de la actuación estatal.

Debido a ello, debe recalcar que la materialización de cada una de las distintas formas de actuación del Estado no implica el desenvolvimiento de una acción aislada, presentándose a través de la utilización de diversos medios (técnicas) que

conlleven una serie de acciones articuladas que conjuntamente materializan la actuación deseada.

Así, debe considerarse que las distintas formas de actuación estatal corresponden a un accionar compuesto, cuya configuración puede presentarse en función a distintos actos individuales, permitiendo la obtención de un fin u objetivo específico por medio de la producción de ciertos efectos en la esfera de los individuos.

Ejemplo de ello puede apreciarse en el caso de la actividad de ordenación, en la que la producción de una delimitación de derechos no requiere únicamente del establecimiento formal de prohibiciones a determinadas acciones, resultando necesarios mecanismos coercitivos que disuadan el incumplimiento de los límites establecidos y repriman las vulneraciones que se presenten.

En ese sentido, resulta erróneo pretender atribuir a cada acción individual del Estado una ubicación dentro de la clasificación de las formas de actuación, hecho que solo conllevaría a atomizar cada acto en el aparato estatal para pretender incorporarlo como una situación no prevista con anterioridad.

La presencia de esta falencia puede apreciarse de manera clara en el caso de las formas de actuación del Estado adicionalmente planteadas que han sido denominadas como “actividad sancionadora” y “actividad arbitral”¹⁰², siendo necesaria su revisión preliminar a continuación.

¹⁰² Si bien se puede atribuir igualmente la presente falencia a la “prestación directa de bienes y servicios” corresponde su tratamiento en la falencia precedente, debido a su fuerte vinculación con ella.

2.2.2. Las llamadas actividad sancionadora y arbitral como partes conformantes de la actividad de ordenación

Como consecuencia de su predominancia y recurrencia en los últimos años, la labor sancionadora y arbitral del Estado se han visto marcadas por una especial relevancia dentro del accionar estatal, siendo utilizadas como mecanismos claves en el desarrollo de diversas materias controvertidas, como son el derecho ambiental, laboral y de protección al consumidor.

En ese sentido, no resulta extraño que diversos autores hayan planteado, en el marco de la relevancia adquirida por estos mecanismos, su calificación como formas adicionales de la actuación del Estado, pretendiendo adecuar la clasificación de las formas de actuación estatal ante una realidad cambiante. No obstante ello, corresponde identificar que la realización de esta incorporación resulta discordante con los criterios que establecen las distintas clasificaciones, constituyendo un ejemplo claro de la segunda falencia identificada.

En efecto, a pesar de que autores como Parada Vázquez¹⁰³ han considerado su diferenciación de la actividad de ordenación o policía, corresponde discordar con la calificación de la denominada “actividad sancionadora” como una forma adicional de la actuación estatal, debiendo afirmarse que este accionar no dista de ser considerado como uno de los elementos que la actuación estatal asume para materializar la actividad de ordenación.

Sobre esta pretendida nueva forma de actuación, Parada Vázquez ha considerado como elemento diferenciador frente a la actividad de ordenación el que este accionar presuponga la existencia de una infracción o conducta antijurídica por

¹⁰³ Parada Vázquez, Ramón. Derecho Administrativo. Barcelona, 2004, Marcial Pons, 15va edición, Volumen I, pp. 369 – 370.

parte del destinatario de la sanción, elemento que, a su criterio, impediría que se esté ante una actuación que implique una limitación de derechos, afirmando que no resulta posible la presencia de una limitación jurídica allí donde hay una conducta contraria a derecho.

En el mismo sentido, Parada Vázquez ha precisado que, a diferencia de otras formas de actuación del Estado, la actividad sancionadora se origina para garantizar otro tipo de actividad administrativa, constituyendo una concreción nueva de la actuación estatal.

No obstante ello, resulta necesario refutar las afirmaciones del mencionado autor, debido a que, contrariamente a lo afirmado, la presencia de conductas contrarias a derecho representa un elemento intrínseco a la delimitación de derechos realizada por el Estado, al ser los límites impuestos los que originan e implican la existencia de actuaciones prohibidas.

Al respecto, ya sea mediante el establecimiento de una sanción, indemnización u otras reglas de responsabilidad, la existencia y delimitación de derechos requiere en la práctica del establecimiento de medidas que garanticen su respeto, a efectos de que el ámbito del derecho se presente de manera efectiva en la realidad, siendo la delimitación del derecho un elemento previo al establecimiento de una sanción u otros mecanismos de responsabilidad como consecuencia de su afectación.

En este contexto, las acciones del Estado destinadas a sancionar las conductas realizadas fuera de los límites establecidos constituyen parte conformante de la actuación destinada a establecer esta delimitación, siendo el elemento que asegura su materialización frente al accionar de terceros.

Es así que no puede hablarse en la práctica de delimitación de derechos si no existen mecanismos que aseguren su cumplimiento, disuadiendo el accionar que atente contra ellos y reprimiendo las conductas contrarias a derecho que se materialicen, presentándose ante la ausencia de ello derecho que solo representen un planteamiento formal.

Debido a lo expuesto, no puede afirmarse que la denominada “actividad sancionadora” constituya una nueva forma de actuación del Estado, correspondiendo considerarse que se está ante uno de los elementos o medios utilizados para la delimitación de los derechos de los individuos, el cual en conjunto con el establecimiento en sí de prohibiciones permite materializar un límite a un determinado accionar o derecho.

De manera semejante, la falencia referida a la errónea diferenciación entre la actuación y sus elementos conformantes también puede apreciarse en la formulación de la “actividad arbitral” como una nueva forma de la actuación del Estado.

En efecto, a pesar de que esta aparente forma de la actuación estatal se presenta como un actuar decisorio que no estaría considerado en las otras formas, debe precisarse que este tipo de actuaciones conlleva la aplicación neutral de las distintas delimitaciones de derechos ya establecidas con anterioridad, permitiendo con ello que cada individuo obtenga lo que le corresponda a partir de la delimitación ya formulada.

Debido a ello, la concreción de los derechos delimitados no se encuentra materializada por la existencia de una controversia entre individuos que alegan aplicaciones discordantes de la delimitación de derechos existente, a pesar de que

ello sea alegado para incorporar a la “actividad arbitral” como una nueva forma en la clasificación.

En ese sentido, no puede afirmarse que la denominada “actividad arbitral” constituya una forma nueva y distinta de la actividad de ordenación, debido a que, a pesar de que aparentemente la “actividad arbitral” limite los derechos de una de las partes en controversia para proceder a beneficiar a la otra parte, ello constituye en la realidad el mecanismo para resolver los conflictos entre derechos previamente establecido por la actividad de ordenación.

Al respecto, se observa que la labor arbitral solo constituye un elemento más por el que la actividad de ordenación puede recurrir para concretar en mayor medida los alcances de las delimitaciones desarrolladas, estableciendo un instrumento para solucionar las discrepancias presentadas durante su desenvolvimiento o concreción en la realidad.

Por ello, la alegada determinación de perjuicios y beneficios a los individuos sujetos al arbitrio del Estado solo resulta aparente, como consecuencia de una perspectiva de análisis aislada, ya que el individuo aparentemente perjudicado no habría tenido realmente el derecho alegado, mientras que el sujeto beneficiado ya habría poseído aquello con lo que aparentemente se le procede a beneficiar.

Debido a lo expuesto, carece de sustento considerar a la actividad sancionadora y arbitral como nuevas formas de la actuación estatal, debiendo limitarse a su consideración como un elemento o medio más con en el que se puede concretar las formas de actuación ya identificadas.

2.3. Incorporación de criterios exógenos

2.3.1. Alcances de la falencia

Como tercera falencia en las clasificaciones actuales, la incorporación de criterios exógenos se constituye como la inclusión de un factor ajeno en los elementos que determinan la calificación de una actuación estatal en una de las formas de actuación conformante de la clasificación.

En efecto, a diferencia de las falencias analizadas con anterioridad, la falencia producida por la incorporación de criterios exógenos no considera la existencia de tipos de formas de actuación estatal que se encuentren incorrectamente calificadas como tales, percibiendo como deficiencia la vinculación de ciertos elementos usuales como factores determinantes para su calificación dentro de estas categorías.

Sobre el particular, puede apreciarse que, al formular las definiciones de las formas clásicas de actuación, diversos autores que respaldan la incorporación de nuevas formas de actuación han procedido a incorporar elementos que excluyan de los ámbitos de estas formas a actuaciones que solían estar comprendidas en ellas, a efectos de no contradecir los alcances de las nuevas formas planteadas.

Tal es el caso de la denominada “actividad de prestación directa de bienes y servicios”, la cual conllevó a perpetuar elementos como la reserva de titularidad en la actividad de servicio público a efectos de separar un ámbito que le resulte exclusivo.

Como se puede apreciar, a partir de esta referencia a elementos exógenos se habría pretendido lograr una delimitación más clara en situaciones en las que resultase difícil diferenciar entre una u otra forma de actuación planteada.

No obstante ello, corresponde referir que estos criterios de delimitación no se encuentran vinculados a las finalidades que presenta cada una de las forma planteadas, relacionándose en realidad con los medios usualmente utilizados para la concreción de dichas finalidades.

Rasgos de esta falencia pueden observarse incluso al constatar la antigua definición de actividad de fomento elaborada por Jordana de Pozas, en la que claramente se distingue entre ella y la actividad de servicio público agregando elementos de una materialización concreta.

Así, se manifiesta que en lugar de considerar la realización directa y con medios propios de la actividad deseada, característica atribuida en ese momento al servicio público, en el caso del fomento se buscaba promover la realización de dicha actividad¹⁰⁴.

Como se puede apreciar, la definición en mención no consideraba a la prestación de bienes y servicios como un medio utilizado para lograr los fines de la actividad de servicio público, a pesar ser reemplazable por otros medios de actuación como la concesión, llegando a incorporarla como un elemento que distinguía y calificaba a un accionar en la forma de servicio público.

De igual manera, esta definición planteaba excluir de la actividad de fomento la posibilidad de utilizar como medio la prestación directa de bienes o servicios, al ser considerada en ese momento como un elemento característico de la actividad de servicio público.

¹⁰⁴ Jordana de Pozas, Luis. Op. Cit. Pp. 46.

Debido a ello, resulta necesario considerar que una correcta delimitación de las formas de actuación estatal debe disociarse de cualquier referencia a elementos de concreciones particulares (técnicas) usualmente optadas, aspecto que permitirá mantener una coherencia y armonía en la estructura de clasificación a construir.

2.3.2. El servicio público como concreción particular de la actividad de garantía

Continuando con las implicancias acarreadas por la reformulación desarrollada, el desprendimiento de elementos de concreciones particulares al determinar los aspectos necesarios para calificar a un accionar en una forma particular de actuación, así como la disociación planteada entre forma y técnica de actuación, constituyen aspectos que permiten ubicar la figura del servicio público en el marco del análisis desarrollado, identificándose que su calificación corresponde a la de una técnica o medio particular a través del cual el estado puede concretar los fines deseados.

En efecto, ello se debe a que la definición del servicio público lleva consigo la consignación expresa de actuaciones con un alto grado de concreción, configurando en lugar de una forma de actuación, que puede asumir diversos medios, una serie de acciones concretas destinadas a materializar un objeto en específico.

Es así que, resultando coherente con las posturas que consideran una “actividad de garantía” en lugar de una de “servicio público”, esta actuación estatal se caracteriza, en función del autor de referencia, por estar conformada por al menos dos elementos independientes a su finalidad, que pueden ser desenvueltos en el marco de otras formas de actuación: (i) la reserva de titularidad a favor del Estado de una determinada actividad económica, también denominada “publicatio”; y, (ii) la prestación directa o indirecta de bienes o servicios.

Como muestra de ello, resulta pertinente traer a consideración el caso de la Empresa Nacional de la Coca, empresa estatal que posee la exclusividad de la actividad de comercialización de la hoja de coca en el Perú a fin de poder regular y monitorear la compra y venta de este producto en el país.

En este caso se ha procedido a la reserva de la titularidad de la actividad a favor del Estado, siendo éste quien realiza la venta del bien para concretar un mecanismo que, limitando derechos como la libertad de empresa, controla en cierta medida los usos a los que es destinado el producto.

Con ello, el Estado se encontraría concretando la actividad de “ordenación” mediante el uso de acciones características del denominado “servicio público”, situación que refleja que estas exigencias que lo configuran constituyen en la realidad una técnica o instrumento para concretar cualquiera de las formas de actuación existentes.

Por otro lado, puede apreciarse que resulta factible la materialización de los fines usualmente buscados con el desenvolvimiento del “servicio público” mediante la utilización de otras técnicas o medios de actuación, tal como se presenta cuando se regula una actividad para que se preste bajo ciertas condiciones mínimas, sin que el Estado se haya reservado en sentido alguno la actividad.

Así, puede apreciarse de manera clara que el “servicio público” constituye propiamente un medio o técnica viable en las distintas formas de actuación estatal, resultando aplicable sus exigencias solo a aquellos escenarios en los que se plantee su utilización.

La consecuencia de la calificación del “Servicio Público” como técnica de actuación no solo trae consigo su exclusión como categoría de la clasificación de formas de actuación, generando mayores luces con relación a las discrepancias existentes entre los autores que incluyen o no a los “servicios públicos impropios” dentro del régimen jurídico aplicable a los servicios públicos, ya que el plano de discusión variará considerablemente con la calificación asignada.

Esto se debe a que, con la propuesta planteada, el régimen jurídico aplicable, que usualmente se encuentra ligado a la forma de actuación, sería atribuible a la forma de “garantía”, encontrándose dentro de ella su concreción mediante la utilización de distintas técnicas o medios, entre los que se encontrarían tanto los correspondientes al “servicio público” en sentido estricto como los llamados “servicios públicos impropios”, resultando coherente que, más allá de las acciones concretas que se desenvuelven en cada una de las técnicas, se encuentren comprendidos bajo un mismo o similar régimen jurídico.

3. Implicancias de las deficiencias en la clasificación

Tras haber constatado la existencia de una serie de falencias en las distintas perspectivas actuales de las formas de actuación del Estado, corresponde como último paso de reflexión el reestructurar una clasificación coherente de las formas de actuación estatal que resulte consonante con el concepto de «Intervención del Estado en la Economía» formulado y corrija las deficiencias previamente observadas.

En ese sentido, la labor planteada implicará la necesidad de realizar una nueva delimitación de las formas de actuación del Estado, armonizando los criterios

utilizados para su configuración y excluyendo aquellas variantes actuales que no resultan coherentes con su configuración.

3.1. Redelimitación de las formas de actuación del Estado

3.1.1. La finalidad como elemento diferenciador de las formas de actuación

Como primer aspecto, la adopción de un criterio homogéneo que oriente la clasificación de las formas de actuación constituye el principal elemento en la configuración de una tipología que resulte armónica en sus distintos frentes, evitando la generación de falencias o incoherencias que repercutan en su posterior aplicación.

En este contexto, y a partir de los problemas observados en las clasificaciones actuales, resulta necesario retomar el uso de la finalidad como elemento diferenciador central de la tipología planteada, el cual posteriormente podrá obtener una concreción particular a través de la utilización de una técnica específica.

Ello se debe a que, a pesar de ser utilizada de manera parcial, la finalidad constituye un criterio recurrido de manera general por distintos autores desde la formulación de la clasificación tripartita clásica, aspecto que, al tratarse de una base común, hace de este criterio el óptimo para armonizar las distintas posturas.

Es así que, a efectos de reestructurar la clasificación de las formas de actuación estatal, se partirá por identificar las distintas finalidades comprendidas por las tres formas clásicas, tomando en consideración la evolución de su comprensión desarrollada por diversos autores.

De igual manera, y a efectos de diferenciar la clasificación planteada, resultará pertinente desprenderse de la aplicación de la terminología históricamente utilizada (la cual podrá ser utilizada como elemento referencial), procediendo a adoptar como denominación de cada una de las formas de la actividad estatal a plantearse a la finalidad que la perfila¹⁰⁵.

3.1.2. Las finalidades de las formas de actuación del Estado

Como parte de la adopción de la finalidad como criterio orientador, la delimitación de las formas de actuación del Estado partirá por identificar aquellas finalidades que se encuentran intrínsecamente ligadas con el desenvolvimiento de la «Intervención del Estado en la Economía», a fin de definir las distintas categorías que se constituirán en la clasificación.

A efectos de realizar esta labor se tomará como base las finalidades identificadas en las tres formas comprendidas en la clasificación clásica: (i) el mantenimiento del orden público, presente en la actividad de ordenación; (ii) el estímulo de los particulares, presente en la actividad de fomento; y, (iii) la garantía de prestación, presente en la actividad de servicio público¹⁰⁶.

Las finalidades recogidas corresponden a las usualmente consideradas por la doctrina a la hora de verificar el fin al que conducen estas formas de la actuación estatal, motivo por el cual constituyen un punto de partida para discernir las finalidades de la actuación estatal existentes.

No obstante ello, a efectos de su adopción como elementos orientadores de cada categoría, corresponde enriquecer la delimitación de las finalidades previamente

¹⁰⁵ Similar enfoque puede apreciarse en el desarrollo realizado por Villar Ezcurra en su obra "Derecho Administrativo Especial: Administración Pública y Actividad de los Particulares".

¹⁰⁶ Villar Ezcurra, José Luis, Op. Cit. Pp. 36.

descritas, tomando en consideración algunas precisiones en su enfoque con el objetivo de lograr una mayor exactitud.

En ese sentido, y como será materia de desarrollo a continuación, puede observarse que las formas-finalidades de la actuación estatal estarían conformadas preliminarmente por tres tipos o finalidades: (i) mantenimiento de la delimitación de los derechos reconocidos a los individuos; (ii) estímulo del accionar individual hacia el beneficio común; y, (iii) garantía de condiciones mínimas.

i. Del mantenimiento del orden público al mantenimiento de la delimitación de derechos como contenido de la actividad de ordenación

Históricamente la actividad de ordenación se ha visto enmarcada en la finalidad de mantenimiento del orden público, constituyendo el referente inicial de la finalidad presente en la también denominada actividad de policía.

Con relación a esto, autores como José Esteve Pardo reconocen este estadio en la actividad de ordenación realizada por el Estado a través de la administración.

«La policía administrativa, en su sentido genuino y estricto, vendrá entonces a identificarse con esta última, con la policía de seguridad. El objetivo fundamental de esta actividad de la Administración sería entonces el mantenimiento del orden y la seguridad pública, evitando y rechazando los peligros que pudieran perturbarla.

Aparece entonces el concepto de orden público que se erige en la referencia y orientación finalista de la actividad de policía. El objetivo de la policía administrativa será así el mantenimiento del orden público o su restablecimiento en el caso de que se haya visto alterado.

(...)

Con relación a los peligros, la policía administrativa se ha planteado su eliminación o rechazo con la vista puesta en su objetivo final y fundamental: el mantenimiento del orden público.»¹⁰⁷

No obstante ello, con el pasar de los años la evolución del accionar estatal ha llevado a constatar que bajo esta forma de actuación del Estado se planteaba un campo de acción mayor al solo mantenimiento del Orden Público.

En efecto, como constata el propio Esteve Pardo, más allá del establecimiento de las limitaciones usualmente vinculadas al mantenimiento del orden público, la actuación estatal en esta forma de actuación también ha pasado a concentrarse en el control de los riesgos generados por las actividades permitidas a los individuos.

«La gran diferencia que plantea el riesgo es que no es posible un estado de ausencia de riesgo, de no riesgo. El riesgo cero, tal como declaran hoy de manera unánime los tribunales de todas las jurisdicciones, nacionales e internacionales, no existe. En la sociedad actual, la sociedad del riesgo, convivimos cotidianamente con el riesgo. La única e inviable alternativa al riesgo exigiría el desmantelamiento del tejido tecnológico que tantas ventajas y confort nos reporta y volver al estado de naturaleza, encarando de lleno sus peligros naturales como nuestros antepasados más remotos

(...)

Damos así con el concepto, absolutamente fundamental en la actualidad y más aun en el futuro, de riesgo permitido. Un concepto que desplaza al viejo concepto de orden público y se sitúa en el eje de la actividad de intervención del moderno Derecho de la regulación y gestión de riesgos. Es la actividad, muy relevante y novedosa, de la Administración en este ámbito la que centra desde luego nuestra atención.

¹⁰⁷ Esteve Pardo, José. Lecciones de Derecho Administrativo. Madrid, 2014, Marcial Pons, Cuarta Edición, pp. 355 - 359.

La creciente relevancia del riesgo ha conducido al desplazamiento de la tradicional actividad de policía, articulada en torno al concepto de peligro y orden público, por la de prevención y gestión de riesgos.»¹⁰⁸

En este escenario, no resulta factible mantener la antigua consideración del mantenimiento del orden público como finalidad de una forma de actuación estatal, al no permitir abarcar a cabalidad la finalidad buscada por toda la actuación realizada.

No obstante ello, puede afirmarse que tanto el mantenimiento del orden público como el control de riesgos constituyen distintas graduaciones de una misma finalidad que comprende la amalgama de actuaciones presentadas en la forma denominada como de ordenación.

Al respecto, conforme se puede apreciar de las distintas materializaciones particulares de la actividad de ordenación¹⁰⁹, resulta transversal a todas ellas obtener como resultado el establecer y mantener una delimitación de los distintos derechos de los individuos.

Es así que mientras otras formas de actuación se centran en influenciar para que los individuos presenten un determinado accionar o en garantizar un aspecto en particular, la forma actualmente bajo la denominación de ordenación posee como elemento determinante (más allá de la existencia o no de cualquier tipo de coacción o accionar decisorio) armonizar los alcances de los derechos de los individuos, evitando que se den situaciones de conflicto o concretando su solución.

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 359.

¹⁰⁹ Entre las que se pueden apreciar las prohibiciones, autorizaciones, entre otras.

En ese sentido, corresponde establecer como finalidad de la primera de las formas de actuación del Estado el mantenimiento de la delimitación de derechos existentes, el cual refiere a la armonización y resguardo de los límites presentes entre los derechos de los individuos.

ii. El estímulo del accionar individual hacia el beneficio común como contenido de la actividad de fomento

De manera usual en la doctrina, la forma de actuación estatal denominada de fomento ha sido vinculada con la finalidad de estimular en los particulares la realización de un determinado accionar, situación que se observa en autores como Jordana de Poza, Gaspar Ariño, Cassagne y Esteve Pardo, quienes aprecian que este es el objetivo buscado por este tipo de actuación estatal.

«Lo que se pretende por la Administración es orientar la actividad de los particulares hacia una dirección o unos objetivos que se consideran de interés general como puede ser, a título de ejemplo, aumentar la producción en un sector económico que se considere estratégico, aumentar las ventas en otro que se encuentre en situación de crisis, que se estudie por los científicos y centros de investigación una nueva enfermedad o que se conozca un determinado género del folclore popular.»¹¹⁰

Con relación a esta finalidad su acogimiento como parte de la clasificación formulada únicamente requerirá consignar de manera expresa el beneficio común como uno de sus elementos conformantes, correspondiendo complementar la finalidad delimitada incorporando de manera expresa una referencia a la búsqueda del beneficio común con la influencia concretada.

Ello se debe a que la estimulación de las acciones de un individuo siempre se encuentra vinculada con una orientación particular, respecto de la cual su

¹¹⁰ Ibidem, pp. 418.

transmisión constituye el fin del accionar. En ese sentido, la incorporación de la orientación buscada con el estímulo permite concretizar en mayor medida la finalidad que orienta la actividad de fomento, la cual busca a través de su incidencia la obtención de un mayor bienestar común para la sociedad.

iii. De la garantía de prestación a la garantía de condiciones mínimas como contenido de la actividad de garantía

Al igual que las otras formas de actuación, la forma denominada como actividad de servicio público también se ha visto vinculada estrechamente a la materialización de una finalidad específica, considerada el garantizar una prestación a los ciudadanos. En ese sentido, diversos autores han constatado que esta forma de actuación estatal posee como finalidad el garantizar que los ciudadanos obtengan determinadas prestaciones, por considerar que resultan vitales para su desarrollo, otorgándoles por ello un tratamiento especial a través de esta actuación estatal.

Esta situación ha sido constatada por autores como Villar Ezcurra y José Esteve Pardo, quienes afirman que la utilización de esta forma de actuación estatal tiene como objetivo asegurar que se satisfagan necesidades básicas de ciertas prestaciones, permitiendo a los individuos obtener un estándar mínimo que les permita desarrollarse:

«Bajo la perspectiva de la finalidad (y no de los medios utilizados) no se trata, en absoluto, de prestar un determinado servicio sino de garantizar su prestación. Lo que ha sucedido es que, históricamente, esa finalidad de garantía se ha asumido de la forma mas directa y sencilla que consiste en publicar la actividad»¹¹¹

«Se fue abriendo paso entonces, ya en el siglo xx, una idea más ajustada a la realidad, y por ello mismo más sencilla: la idea de servicio público, sobre la que se construirá el título

¹¹¹ Villar Ezcurra, José, Op. Cit. Pp. 35 – 36.

jurídico del mismo nombre. Los nuevos servicios –alumbrado, abastecimiento de aguas, transporte, recogida de basuras– quedan bajo la tutela y control de la Administración no por razones de seguridad o porque utilizan el dominio público, sino porque, sencillamente, son servicios básicos para la comunidad, de indudable interés público, tanto o más que la seguridad o la protección de los bienes de dominio público. Esta noción, tan primaria como certera, de servicio público, está en la base de la elaboración del título jurídico de servicio público, con unos concretos perfiles que irán evolucionando y modulándose como tendremos ocasión de conocer de inmediato.»¹¹²

No obstante ello, corresponde precisar que, si bien la prestación resulta un elemento relevante en esta forma de actuación, es la obtención de una condición mínima de goce respecto a un derecho lo que se obtiene por medio del aseguramiento de una prestación, siendo esta la finalidad que corresponde a la forma de actuación estatal referida.

Esto se debe a que la prestación constituye un aspecto instrumental en el desenvolvimiento de la actuación estatal, siendo la ausencia de la condición mínima de goce, en menor o mayor magnitud, el elemento que motiva al desenvolvimiento de la actuación estatal, derivando en mayores o menores grados de injerencia.

En ese sentido, ya sea haciendo que los individuos más pobres accedan a los servicios básicos o estableciendo condiciones mínimas de calidad respecto de algún bien o servicio, mediante esta forma de actuación se tendrá como finalidad garantizar condición mínima para el libre desarrollo de los individuos, elemento que constituye en la realidad la finalidad que es abarcada bajo esta forma.

¹¹² Esteve Pardo, José. Op. Cit. pp. 427.

3.1.3.Exclusión de las formas de actuación del Estado “actuales”

Luego de haber identificado las finalidades vinculadas a las tres formas clásicas de actuación del Estado, corresponde como siguiente punto determinar si las formas adicionales planteadas por las clasificaciones actuales se encuentran comprendidas o no en las finalidades previamente identificadas, situación que implicará su exclusión de la clasificación formulada.

Así, se puede apreciar que, como resultado de las falencias constatadas y la delimitación concretada, se identifica la exclusión de las siguientes formas de clasificación: (i) la denominada “prestación directa de bienes y servicios”; (ii) la actividad sancionadora; y (iii) la actividad arbitral del Estado.

i. Calificación de la prestación directa de bienes y servicios como técnica de actuación del Estado en la economía

Conforme fuera materia de análisis al constatar los errores en los criterios de configuración, la reformulación de las formas de actuación estatal planteada conlleva la exclusión de la denominada “prestación directa de bienes y servicios” de la clasificación de las formas de actuación del Estado, así como su paso a ser considerada una técnica instrumental para la concreción de las diversas formas de la actuación que puede presentar el Estado.

Esta situación resulta especialmente resaltante al considerar que, de manera conjunta con la determinación de la finalidad como elemento determinante, el establecimiento de este accionar como técnica permite constatar la posibilidad de su utilización para la concreción de cada una de las distintas formas de actuación del Estado.

Es así que, de manera adicional a la usual utilización de la prestación directa de bienes y servicios para la forma de garantía de condiciones mínimas, también resulta posible la utilización de esta técnica para las formas de «mantenimiento de la delimitación de derechos» y de «estimulo del accionar individual hacia el beneficio común».

Un ejemplo claro de ello, en el caso de la primera de las formas mencionadas, es la utilización de una empresa estatal para regular el accionar de otra empresa existente en el mercado¹¹³.

Otra forma de desenvolvimiento utilizando esta técnica se puede presentar por medio de la exclusión de una determinada actividad de la esfera de los particulares, reservando al Estado el comercio de esos bienes como opción alterna a la prohibición de su comercialización.

Ejemplo de este último supuesto de utilización de la técnica de prestación directa de bienes y servicios puede apreciarse en el caso de la empresa estatal «Empresa Nacional de la Coca S.A. – ENACO, empresa que mantiene en la actualidad el monopolio de la comercialización de la hoja de coca a efectos de servir como intermediario en la comercialización legal de la hoja de coca en el Perú, regulando con su existencia y funcionamiento la compra y venta de la hoja de coca.

En el caso de la segunda forma mencionada, la utilización de la técnica de prestación directa de bienes y servicios podría presentarse como un medio para influenciar en el comportamiento de los agentes en el mercado, al plantearse la

¹¹³ Esta posibilidad se plantea en un escenario en que solo existe la presencia de un agente y no resulta factible el ingreso de nuevos competidores, ingresando a participar el Estado en el mercado para disciplinar el accionar del agente monopolista. La posibilidad de utilizar este accionar resulta indistinto a calificar la corrección o no de su utilización, aspecto que no se pretende definir en el presente trabajo, observándose como ejemplo de ello el caso de Petro Perú en el mercado mayorista de combustibles.

entrada del Estado como un nuevo agente que produzca un incremento en la competencia existente¹¹⁴.

ii. Calificación de la actividad sancionadora y arbitral como técnicas de actuación del Estado en la economía

Si bien fuera materia de desarrollo durante la sección III.2.2., corresponde recordar que con la consideración de la diferencia entre formas y técnicas de actuación estatal, así como con la necesidad de distinguir los elementos conformantes de la actuación, se verifica que las denominadas actividades sancionadora y arbitral constituyen técnicas o medios de la actuación del Estado, las cuales pueden ser utilizadas para garantizar la delimitación de derechos planteada por la forma de “mantenimiento de la delimitación de derechos” considerada.

3.2. Alcances de la clasificación de las formas de actuación del Estado en el marco de la «intervención del Estado en la economía»

Tras la culminación de la delimitación de una tipología de las formas de actuación del Estado consonante con la «intervención del Estado en la economía», resulta factible identificar las variantes que pueda tomar la concreción del accionar estatal en la realidad, constituyendo un parámetro de referencia que permita distinguir entre distintas formas de intervención y sus elementos conformantes.

En dicho contexto, y a pesar de haber sido formulada a partir de la consideración de las finalidades vinculadas con cada forma de actuación estatal, corresponde afirmar que la reformulación planteada no requiere de manera intrínseca del total abandono de las denominaciones utilizadas en clasificaciones de otros autores, siendo posible

¹¹⁴ Este supuesto se plantea bajo un escenario en que el Estado se desenvuelva bajo las mismas condiciones de participación que los privados, quedando condicionada su corrección a los criterios aplicables a este accionar estatal.

la utilización de las denominaciones tradicionales en tanto se mantengan bajo las connotaciones desarrolladas a lo largo del presente capítulo.

Así, podrá atribuírseles las denominaciones de actividad de “ordenación”, “fomento” y “garantía” a las formas constituidas por las finalidades de mantenimiento de la delimitación de derechos, estímulo del accionar individual hacia el beneficio común y garantía de condiciones mínimas, respectivamente, haciendo más sencilla su referencia.

A partir de ello, puede identificarse que la propuesta planteada, conformada tanto por la definición del concepto de «intervención del Estado en la economía» como por la reestructuración de la clasificación de las formas de actuación del Estado, concibe la consideración de los siguientes niveles y variantes de la actuación estatal:

Alcances de la actuación estatal en el marco del concepto de «Intervención del Estado en la Economía» formulado¹¹⁵



Fuente: Elaboración propia.

La propuesta planteada implica en un primer momento distinguir si la actuación estatal materia de análisis se encuentra comprendida o no bajo la calificación del

¹¹⁵ En el caso del tercer nivel de concreción se ha optado por la utilización del término “medio” para hacer referencia al accionar que utilice el Estado para concretar las condiciones de mercado (Construcción) o desenvolverse en cada uno de los roles de agente económico en el mercado (Interacción) ya que estos no han sido objeto de mayor desarrollo en el presente trabajo.

concepto de «intervención del Estado en la economía», situación que permitirá una primera diferenciación entre distintas variantes del accionar estatal y la posible aplicación de regímenes jurídicos particulares a cada una.

Seguidamente de ello, una vez identificada la actuación analizada como una «intervención del Estado en la economía», esta podrá ser ubicada dentro de una de las tres formas de intervención delimitadas, en función de la finalidad presente en ella.

Finalmente, la propuesta desarrollada permitirá distinguir la técnica particular presente en la actuación estatal materia de estudio, perfilando así los distintos elementos que la identifican dentro de la clasificación de la actuación estatal.

Estas distinciones permitirán en gran medida la utilización de un punto de referencia preciso al momento de desarrollar un análisis jurídico de las distintas actuaciones estatales, evitando la generación de conflictos derivados de la utilización de perspectivas disímiles en el estudio realizado.

No obstante ello, debido a la extensión del presente trabajo no ha resultado posible profundizar y desarrollar en mayor medida los alcances de las actuaciones estatales comprendidas bajo los conceptos de “construcción” e “interacción” ni las clasificaciones que las distintas variantes de estas actuaciones estatales puedan presentar.

Conclusiones

A partir del desarrollo planteado en la presente tesis, se ha podido constatar la existencia de diversos vacíos en el estudio de la actuación del Estado en la economía, acarreados por la ausencia de reflexión respecto a las bases y presupuestos que sustentan el discernimiento jurídico desarrollado a nivel doctrinal.

Así, el análisis realizado permitió identificar en un primer plano que el concepto de intervención del Estado en la economía no presentaba una delimitación concreta, resultando concordante con la hipótesis inicialmente planteada.

Esta situación conllevó a que en el presente estudio se procediera a contribuir con una propuesta de los distintos aspectos que comprenderían el concepto de intervención del Estado en la economía, perfilando la “extensión”, “intensión” y “término” que conforman el concepto.

La extensión, entendida como el objeto o fenómeno de la realidad comprendida por el concepto, se encontraría conformada por aquella actuación del Estado que se presenta en el marco del mercado.

La intensión, que refiere al significado, atributos o notas definitorias que conforman el concepto, ha sido identificada como la presencia del objeto o efecto de delimitar derechos fundamentales.

Finalmente, el término, símbolo o etiqueta que da cobertura a la relación existente entre la intensión y la extensión, corresponde a la denominación de “intervención del Estado en la economía”, usada de manera general por distintos autores al momento de referir a este concepto.

A partir de ello, la presente tesis ha permitido formular una definición del concepto de «intervención del Estado en la economía», perfilándola como aquella actuación del Estado en el marco del mercado que tenga como objeto o efecto la delimitación de los derechos fundamentales ejercidos por los agentes económicos en el mercado.

La delimitación realizada permitió igualmente distinguir entre la intervención del Estado en la economía y otras variantes de la actuación estatal, como serían la “construcción” e “interacción” del Estado en la economía, diferenciación de la presente tesis que contribuye a la posibilidad de establecer regímenes jurídicos específicos a cada una de estas variantes y permite reconocer con mayor precisión que actuación es materia de estudio o comparación.

Los conceptos derivados de este primer plano permiten establecer un punto de referencia concreto para la actuación estatal al momento de ser estudiada, evitando preconcepciones implícitas que lleven a estudiar realidades distintas como si se tratasen de un mismo hecho.

De igual manera, y tomando en consideración el contexto latinoamericano actual de cuestionamiento del nivel de intervención del Estado en la vida de los ciudadanos, la propuesta planteada constituye un eje de estudio neutral que permita comprender y valorar distintas propuestas de actuación del Estado otorgándoles las exigencias correspondientes a su propia naturaleza, distinguiendo el tratamiento entre actuaciones que ameriten su diferenciación.

En un segundo plano, y a partir del contraste con el concepto de intervención del Estado en la economía concretado, la presente tesis identificó que el desarrollo actual de las formas de actuación del Estado, desarrollado a nivel teórico,

presentaba ciertas deficiencias en torno a sus criterios de configuración, consistentes en: (i) una incongruencia entre los criterios que establecían su configuración; (ii) una ausencia de diferenciación entre las actuaciones analizadas y sus elementos conformantes; y, (iii) la incorporación de criterios exógenos para configurar espacios específicos dentro de la clasificación.

Bajo este contexto, la labor realizada ha permitido depurar los alcances de la clasificación de las formas de actuación estatal, excluyendo de ellas a variantes como la “prestación directa de bienes y servicios”, la actividad sancionadora y la actividad arbitral, pasando a catalogarlas como técnicas utilizadas por el Estado.

De igual manera, el desarrollo planteado implicó el establecimiento de una propuesta de clasificación armonizada con el concepto de intervención del Estado en la economía, planteando tres variantes de las formas de actuación del Estado: (i) mantenimiento de la delimitación de los derechos reconocidos a los individuos; (ii) estímulo del accionar individual hacia el beneficio común; y, (iii) garantía de condiciones mínimas.

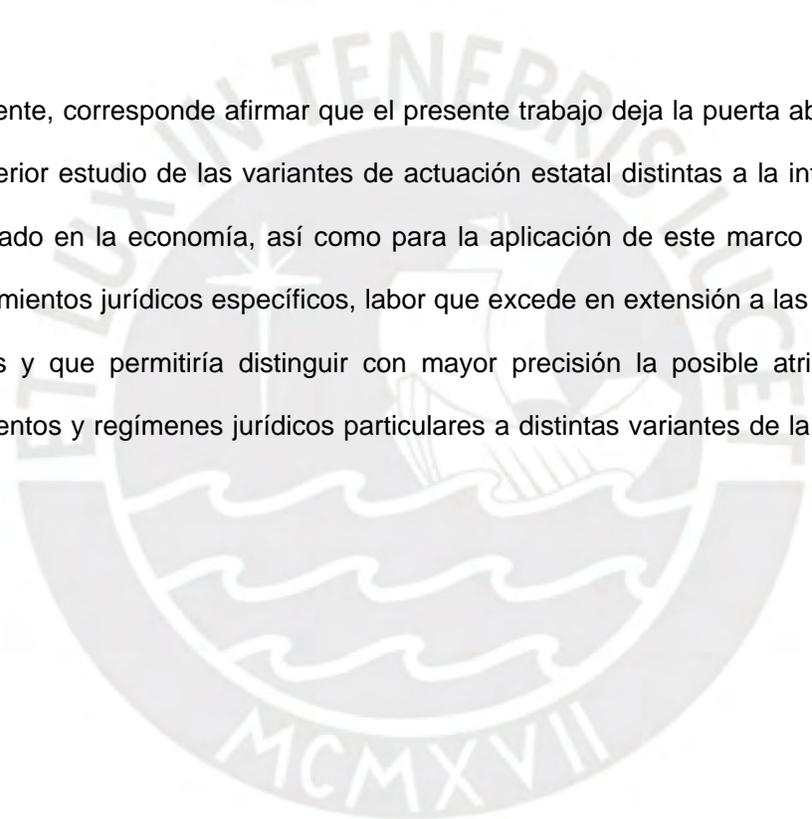
Esta formulación pretende contribuir al manejo de un marco conceptual armónico y congruente, a la vez que aspira a concretar un enfoque que solucione discusiones como aquella referida al tratamiento y distinción entre los servicios públicos propios e impropios, al establecer criterios de configuración coherentes entre sí que permitan posicionar de manera consistente a las actuaciones estatales en el marco de la clasificación.

Así, mediante esta propuesta se genera una herramienta precisa y coherente para el estudio de las distintas variantes de la intervención del Estado, disociando su aplicación de la posible preferencia por ciertas fórmulas de intervención para dar

paso a su utilización incluso en aquellas propuestas de actuación estatal que pretendan una vocación de cambio frente a lo vigente.

A partir de estos dos planos la tesis establece una estructura de referencia ordenada y coherente que delimita a la actuación estatal en distintos niveles de concreción, aportando a nivel teórico un punto de referencia concreto para el estudio de la actuación estatal que permita homogeneidad al momento de su estudio y mención.

Finalmente, corresponde afirmar que el presente trabajo deja la puerta abierta para el posterior estudio de las variantes de actuación estatal distintas a la intervención del Estado en la economía, así como para la aplicación de este marco teórico en ordenamientos jurídicos específicos, labor que excede en extensión a las presentes páginas y que permitiría distinguir con mayor precisión la posible atribución de tratamientos y regímenes jurídicos particulares a distintas variantes de la actuación estatal.



Bibliografía

1. Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima, 2004, ARA Editores
2. Boza Pró, Guillermo. Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo. En: Themis, 2014, Número 65, pp. 13 - 26.
3. Brewer-Carías, Allan R. La Administración Pública. En: El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez, Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Monteávila. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, 2006.
4. Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima, 2010, Palestra Editores, Tomo II.
5. Díez Sastre, Silvia. La Formación de Conceptos en el Derecho Público - Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos. Madrid, 2018, Marcial Pons.
6. Dromi, Roberto, Derecho Administrativo. Buenos Aires: Hispania Libros, 2009, 12va Edición.
7. Esteve Pardo, José. Lecciones de Derecho Administrativo. Madrid, 2014, Marcial Pons, Cuarta Edición.
8. Haberle, Peter. Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado. ReDCE N°5 Enero-Junio 2006.
9. Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Madrid, 2006, Unión Editorial.
10. Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral - IDEA Internacional y Asociación Civil Transparencia. Estado: Funcionamiento, Organización y Proceso de Construcción de Políticas Públicas. Lima: Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral - IDEA Internacional, 2008. Consulta: 8 de enero de 2020.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/A435FCFDD1E11B34052579490056BF87/\\$FILE/Estado_Funcionamiento_Organizaci%C3%B3n.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/A435FCFDD1E11B34052579490056BF87/$FILE/Estado_Funcionamiento_Organizaci%C3%B3n.pdf)

11. Jordana de Pozas, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. En: Revista de Estudios Políticos. Año 9, Número 48, pp. 41 – 54.
12. Kirzner, Israel M. Market Theory. Indiana, 2007, Liberty Fund, Inc.
13. Kresalja, Baldo y César Ochoa. Derecho Constitucional Económico. Lima: PUCP Fondo Editorial, 2009.
14. Martín Mateo, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Navarra, 2005, Editorial Aranzadi, 2da edición.
15. Mises, Ludwig von. Human Action: a treatise on economics. San Francisco, 1996, Fox & Wilkes, Cuarta edición.
16. Muñoz Machado, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Madrid: Iustel, 2011, Volumen IV.
17. Parada Vázquez, Ramón. Derecho Administrativo. Barcelona, 2004, Marcial Pons, 15va edición, Volumen I.
18. Pejovich, Svetozar. Economic Analysis of Institutions and Systems. Norwell, 2000, Kluwer Academic Publishers.
19. Resolución final recaída en el expediente 008-2003-AI/TC.
20. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, 2009, Iustel, 2da edición, Tomo II.
21. Stiglitz, Joseph E. La Economía del Sector Público. Barcelona, 2000, Antoni Bosch, Tercera Edición.
22. Villar Ezcurra, José Luis. Derecho Administrativo Especial: Administración Pública y Actividad de los Particulares. Madrid: 1999, S.L. Civitas ediciones.

23. Villar Palasí, José Luis. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, 1992, Agisa, 3era edición.

