

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Título

El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad dentro del régimen de economía social de mercado en la Constitución de 1993

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

AUTOR

Alberto Cruces Burga

ASESOR

Magíster Juan Carlos Díaz Colchado

Enero, 2020

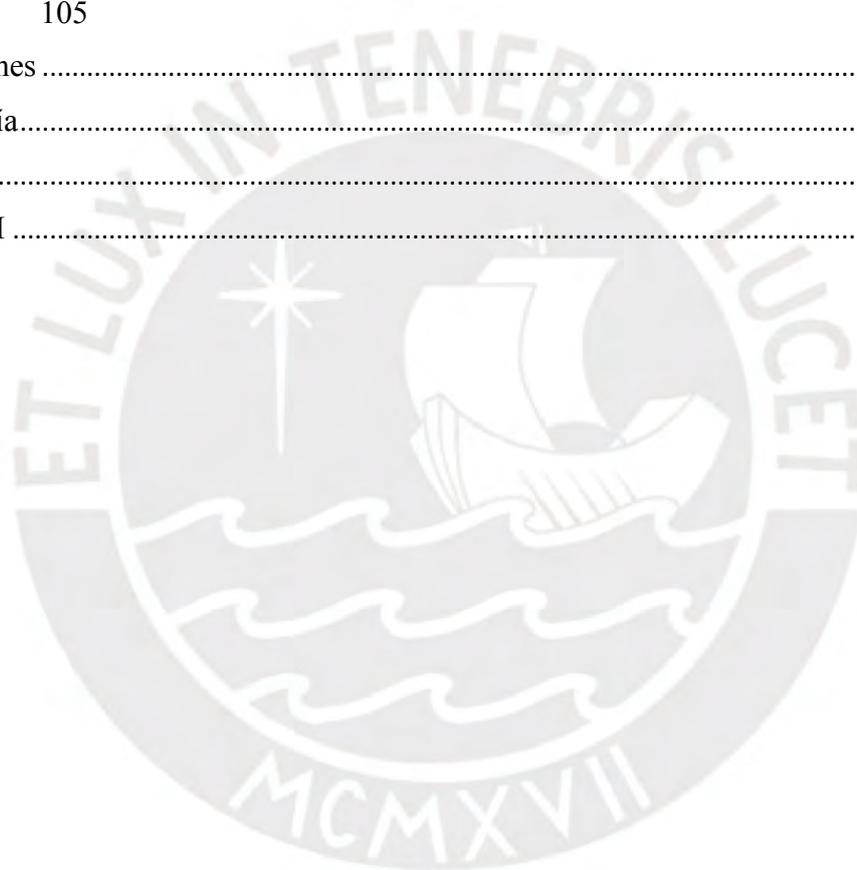
RESUMEN

El principio de subsidiariedad, previsto en el artículo 60 de la Constitución, ha sido tradicionalmente interpretado en el constitucionalismo peruano de forma restringida, de modo que solo es aplicado a la actividad empresarial del Estado. Sin embargo, una interpretación que atienda a los fundamentos filosóficos y políticos de este principio puede dar cuenta de un ámbito de aplicación más amplio, el cual se extiende a la intervención del Estado en la economía. En ese sentido, es posible una interpretación extensiva del principio de subsidiariedad atendiendo al principio de unidad de la Constitución en el marco del régimen económico de la economía social de mercado, reconocido en el artículo 58 de la Constitución. El propósito de esta investigación es proponer una interpretación constitucional que permita conjugar el principio de subsidiariedad con el régimen económico adoptado por el Perú, reconociendo las particularidades que tiene nuestra Constitución de 1993 en cuanto a las normas de contenido económico que la diferencian de otros ordenamientos. Para ello es pertinente realizar un estado de la cuestión que tome en cuenta los aportes de la doctrina y la jurisprudencia tanto constitucional como administrativa.

Índice

Introducción	5
Capítulo 1: La interpretación constitucional del principio de subsidiariedad	8
1.1 Bases conceptuales sobre el principio de subsidiariedad.....	10
1.1.1 Antecedentes históricos del principio de subsidiariedad.....	10
1.1.2 Fundamentos históricos y políticos del principio de subsidiariedad	11
1.1.3 Concepciones contemporáneas del principio de subsidiariedad	18
1.1.4. El principio de subsidiariedad como elemento central de la Economía Social de Mercado	22
1.2. Antecedentes históricos a la inclusión del principio de subsidiariedad en las constituciones de 1979 y 1993.....	28
1.2.1 El rol del Estado en la economía en las constituciones del siglo XIX e inicios del siglo XX	29
1.2.2 Los debates sobre el rol del Estado en la economía en los procesos constituyentes de las Constituciones de 1979 y 1993	35
1.3. El principio de subsidiariedad en la doctrina constitucional peruana.....	42
1.3.1 El principio de subsidiariedad según Baldo Kresalja.....	43
1.3.2 El principio de subsidiariedad según César Landa.....	45
1.3.3 El principio de subsidiariedad según Óscar Súmar y Eduardo Ñíguez	46
Capítulo 2: Interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad a partir del artículo 60 de la Constitución de 1993.....	47
2.1. .Antecedentes históricos y estado de la cuestión sobre la actividad empresarial del Estado.....	47
2.1.1 Antecedentes históricos sobre la actividad empresarial del Estado en el Perú	47
2.1.2 Aproximación al concepto de actividad empresarial del Estado desde el Derecho Administrativo	52
2.2. Configuración actual de la actividad empresarial del Estado en la Constitución 1993	56
2.2.1 La actividad empresarial formal.....	57
2.2.2. Actividad empresarial no-formal	64
Capítulo 3: La interpretación extensiva del principio de subsidiariedad	72
3.1. Interpretación del principio de subsidiariedad a partir de la Economía Social de Mercado	72

3.1.1 Particularidades de la interpretación constitucional.....	72
3.1.2 Dificultades para la interpretación de la Constitución Económica	74
3.1.3 Necesidad de criterios propios para el Perú	83
3.1.4 Propuesta de interpretación extensiva del principio de subsidiariedad.....	87
3.1.5. Hacia una estructura del principio de subsidiariedad.....	98
3.1.6. Confrontación con otras tesis	100
3.2. Aplicación de la interpretación extensiva del principio de subsidiariedad	102
3.2.1 Análisis de la jurisprudencia constitucional sobre principio de subsidiariedad en los procesos de amparo.....	103
3.2.2 Aplicación del principio de subsidiariedad fuera de la actividad empresarial 105	
Conclusiones	108
Bibliografía.....	112
ANEXO I.....	123
ANEXO II	129



Introducción

El principio de subsidiariedad lleva más de veinte años incorporado en nuestra Constitución y, sin embargo, son pocas las certezas que tenemos sobre su estructura, aplicación y desarrollo en el Derecho Constitucional peruano. Pareciera que un principio estrechamente relacionado a configurar el rol del Estado en la actividad económica merecería mayor atención del Derecho Constitucional, y, sin embargo, son pocos los autores que le han dedicado un estudio profundo a los problemas que se pueden desprender de la subsidiariedad.

El propósito de esta tesis es tratar uno de los primeros problemas que se pueden desprender del gran tópico que constituye el principio de subsidiariedad: la definición de su ámbito de aplicación. En el marco de la Constitución de 1993, este problema se puede plantear de forma sucinta: se trata de definir si en un régimen de economía social de mercado cabe restringirse la aplicación del principio de subsidiariedad a la actividad empresarial del Estado o si este principio tiene un ámbito de aplicación más amplio.

Esta preocupación se convierte en materia de interpretación constitucional y no de mera conveniencia política o económica en la medida que el artículo 60 de la Constitución hace mención expresa al principio solamente en referencia a la actividad empresarial del Estado. A pesar de ello, el principio de subsidiariedad, así nombrado, aparece de forma esporádica en reglamentos, sentencias e incluso algunas fuentes de la doctrina, aplicado a espacios más allá de la actividad empresarial. La justificación constitucional para ello, si es que existe, ha sido más bien esquiva y de poco interés en el constitucionalismo peruano.

Un elemento que podría ser central para abordar el problema sería el del régimen de economía social de mercado, en cuyo marco, se desarrollaría el principio de subsidiariedad y que tampoco ha tenido demasiada reflexión en cuanto a lo que implica para la interpretación constitucional contar con un régimen económico en la Constitución.

La relevancia jurídica del tema propuesto se verifica también en la falta de precisión de la doctrina y la jurisprudencia para atender al problema del ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Esto no se ha planteado de forma expresa, sino que

verificaremos que es a propósito de la forma en que se interpreta el principio, que se puede desprender lo que cada autor concibe como el ámbito de aplicación del mismo y no como consecuencia de una reflexión especial en torno a este punto.

No se trata, sin embargo, de un problema de estricto interés teórico. Como se verá en el capítulo 3, la interpretación constitucional del principio de subsidiariedad puede otorgar fundamento a manifestaciones infraconstitucionales, como su recepción en los reglamentos de los organismos reguladores. Asimismo, esta revisión de su ámbito de aplicación podrá servir para poner en relevancia algunos otros problemas constitucionales como el de la propia interpretación del principio a propósito de la actividad empresarial del Estado, o la propia estructura del principio en una reflexión desde la teoría de las normas jurídicas. En definitiva, el aporte esperado de este trabajo radica en aclarar la interpretación constitucional del principio de subsidiariedad definiendo su ámbito de aplicación en el marco de la economía social de mercado, de modo que sirva ello como punto de partida a posteriores investigaciones que permitan dilucidar otros problemas que iremos exponiendo a lo largo de este texto.

Trabajaremos, por tanto, sobre la hipótesis de que el principio de subsidiariedad no sólo se encuentra referido a la actividad empresarial del Estado, como se interpreta literalmente el artículo 60, sino que se trata de un principio que vincula a toda su actividad económica, en virtud del régimen de economía social de mercado. Para ello será necesario en primer lugar describir el desarrollo histórico del concepto de subsidiariedad, su interpretación histórica a partir de su recepción en nuestra Constitución y la identificación de las interpretaciones que ha hecho la doctrina peruana al principio. A ello dedicaremos el primer capítulo, en lo que busca constituirse como un estado de la cuestión en la interpretación de este principio.

El segundo capítulo será dedicado a la que hemos llamado interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad, que no es otra cosa que la interpretación literal del artículo 60, donde expondremos los principales problemas que tiene esta interpretación. El tercer capítulo tiene como objetivo, en base a los insumos de los capítulos anteriores, proponer una interpretación extensiva del principio de subsidiariedad que tome como parámetro el artículo 58 de la Constitución, el cual consagra el régimen económico.

Para elaborar esta tesis hemos recurrido a fuentes documentales. Principalmente a lo que señala la doctrina jurídica, aunque también nos hemos nutrido en fuentes de la filosofía,

la ciencia política y la economía, especialmente para la caracterización del principio de subsidiariedad. El uso del derecho constitucional comparado más allá de algunas definiciones iniciales es limitado por las razones que expondremos en el tercer capítulo. El análisis de la ley, los reglamentos y la jurisprudencia será especialmente importante para los capítulos segundo y tercero, en los que revisaremos lo trabajado por el Tribunal Constitucional y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).



Capítulo 1: La interpretación constitucional del principio de subsidiariedad

El propósito de este primer capítulo es el de presentar el devenir de la interpretación del principio de subsidiariedad en el Perú, para lo cual partiremos de sus orígenes en la Doctrina Social de la Iglesia para luego revisar su adopción normativa y las posturas doctrinales que han surgido alrededor suyo.

Para ello, es importante hacer una breve revisión de los antecedentes históricos del principio de subsidiariedad, en la medida que puedan otorgar una verdadera dimensión conceptual a un principio que hoy está incorporado en nuestra Constitución, más no proviene del Derecho Constitucional y que conviene tener claro en sus alcances para no desnaturalizar su interpretación.

El ejercicio histórico no es, en ese sentido, ocioso. Buscará cimentar los elementos que permiten caracterizar a este principio, de modo que la interpretación constitucional que se haga del mismo, ya con las fuentes del derecho utilizadas contemporáneamente, pueda corresponderse con el concepto de subsidiariedad, tal como ha sido planteado históricamente. Ello no significa, desde luego, que el mismo no pueda ser replanteado o reinterpretado a la luz de nuevas realidades, técnicas o fuentes, sin embargo, para que dicho ejercicio no sea fútil, deberá partirse necesariamente de la evolución de estas ideas que servirán como parámetro para la interpretación constitucional.

Ahora bien, y como aproximación inicial, es conveniente ofrecer una definición de subsidiariedad que permita entrelazar las ideas que serán aquí expuestas. Ello no con el propósito de que esta sea una definición cerrada (más adelante ofreceremos una definición jurídica más completa) sino con una finalidad didáctica que sirva como referente para comprender cómo es que los antecedentes y fundamentos históricos y filosóficos del principio han terminado influyendo en su formulación contemporánea.

En ese orden de ideas, considero que se puede partir de las voces del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que definen lo subsidiario como lo que se da o

manda en socorro o subsidio de alguien, o en un sentido más jurídico: aquella acción o responsabilidad que suple a una principal. Esas premisas permiten luego construir la definición de subsidiariedad la cual, según el mismo diccionario, se entiende bien como la cualidad de subsidiario o, desde la sociología, como la tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias. Finalmente, el diccionario también acoge dos definiciones del principio como (1) criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma (definición que se reproduce idéntica en el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española), o bien, como (2) principio que se aplica al proceso de integración europea para limitar la intervención de las autoridades comunitarias a los supuestos en que los Estados por sí solos no puedan ser eficaces. Para efectos de este trabajo en el que no trataremos con el Derecho Comunitario, será útil la primera definición del principio, como un principio que gobierna la acción del Estado.

Con este insumo podremos afirmar en este primer momento que la subsidiariedad es un principio que pretende regular la acción del Estado, otorgándole un rol de ayuda cuando la sociedad civil no puede actuar por sí misma. Subyace, a esta idea que el Estado cumple un rol secundario frente a la sociedad civil, sobre lo cual profundizaremos en la revisión histórica.

No debe dejar de notarse que la calificación de la subsidiariedad como principio no es un asunto menor y corresponde ser atendido en este momento, aunque solo de forma preliminar. Como ha sido expuesto por Atienza y Ruiz-Manero, las acepciones que pueden otorgarse a los principios son numerosas y pueden ir desde comprender un principio como una norma muy general, como una norma que expresa valores superiores, o una norma escrita en términos vagos, entre muchas otras definiciones (Atienza y Ruiz Manero 1991: pp. 103 y 104).

El sentido que se utilizará a lo largo de la tesis será el de una norma que establece la obligación de perseguir determinados fines (Atienza y Ruiz Manero 1991: p 110) en la medida que se trata de una norma que ordena cómo es que debe operar el Estado en relación con la economía. Este sentido es el que consideramos ha sido utilizado por la doctrina, los tribunales, las leyes y reglamentos, sin ánimo de decantarnos definitivamente aun por una acepción de principio en particular. Ello porque la definición de principio que se adopte tiene consecuencias que podremos ir observando en el capítulo segundo, aunque se abordarán directamente en el capítulo tercero. La cuestión sobre qué tipo de

norma es la subsidiariedad es un tema que consideramos no agotado y que puede ser objeto de investigaciones posteriores.

1.1 Bases conceptuales sobre el principio de subsidiariedad

1.1.1 Antecedentes históricos del principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad proyecta algunas ideas que no son nuevas en el pensamiento político de occidente. Martin Loo Gutierrez hace referencia a algunas de estas nociones como pudieron ser la relación entre polis y ciudadano para Aristóteles, entre los grupos autónomos y la persona para Santo Tomás de Aquino, o entre las autoridades sociales a falta de un Estado en la Edad Media (Loo 2009: p. 393-395).

Se trata de nociones que relacionan los conceptos de jerarquía, competencia y autonomía en búsqueda de asignar poder a un orden mayor o a uno menor. Es así que, para Aristóteles, por ejemplo, existen estructuras (familia, casa, aldea) dentro de las cuales el ciudadano despliega sus capacidades naturales, capacidades que sólo alcanzan su estado máximo de realización en el contexto de la *polis*, pero sin que ello implique que estas estructuras sean absorbidas por dicha polis (Ortuzar 2015: pp. 12-13).

Sin embargo, el concepto de subsidiariedad no estaba completo, toda vez que para Aristóteles sólo eran relevantes la *polis* y el ciudadano, sin que las estructuras intermedias tengan relevancia política en un contexto en el que sólo se admite la política en la *polis*. Cualquier asociación finalmente se sujetaba a la *polis*. De hecho, es intrínseca la idea en Aristóteles de que, mientras el hogar es una estructura dedicada a proveer las necesidades para la vida, a la *polis* le concierne la buena vida. En consecuencia, hay un atisbo de una relación de superioridad que no permite afirmar del todo un carácter subsidiario (Aroney 2014: pp.18-19).

Tomás de Aquino, por otro lado, a diferencia de Aristóteles, reflejó elementos de la sociedad medieval en su reflexión que lo lleva a plantear el reconocimiento de formas no-políticas de asociación entre personas tales como las familias, las fraternidades, los gremios, las órdenes religiosas, las universidades, entre otras. Para Tomás de Aquino estos grupos y agrupaciones, del más pequeño al más grande, tiene su lugar y función. Cada uno pues, debe hacer su contribución para el bienestar humano sin interferencia indebida de los otros (Aroney 2014: p. 25). Es también importante hacer notar que, en el pensamiento tomista, una de las características propias del tirano será la de buscar

disminuir las formas de solidaridad social entre sus súbditos, evitando que se reúnan en grupos y asociaciones. (Ortuzar 2015: p. 13)

Desde el punto de vista protestante, un antecedente importante fue el de Johannes Althusius, quien plantea la tesis de las esferas de soberanía, por la cual los acuerdos no se dan entre personas sino entre asociaciones que buscan satisfacer las necesidades de las personas. Con esto dio pie a la formulación del principio federativo (Ortuzar 2015: p. 15) que ha sido central en el desarrollo de la organización territorial de los Estados.

La teoría de la soberanía de las esferas, de acuerdo a Kuyper, plantea que, dentro de cada sociedad, cada comunidad o esfera tiene soberanía para sus propios asuntos. Desde este punto de vista, el Estado es soberano de su propia esfera, pero junto a las demás con un rol propio y no por encima de las otras esferas de la sociedad. (Flores Nano 2015: p. 72)

Sin embargo, estas nociones preliminares tampoco terminan de configurar el principio de subsidiariedad, cuando menos en la noción que hemos adelantado. La existencia de esferas o ámbitos de autonomía si bien lleva a afirmar que el Estado no puede conculcarlos o atropellarlos, de allí no se desprende un rol del Estado más allá de las competencias básicas que le son asignadas. Kuyper se refiere todavía a un Estado que tiene como funciones dirimir ante un conflicto entre esferas, defender a individuos ante el abuso del poder y coaccionar a los ciudadanos para que asuman cargas para el mantenimiento de la unidad del Estado. (Flores Nano 2015: p. 72). Esta asignación de roles, justamente, lleva a corroborar que todavía se habla de un Estado principalmente gendarme, concordante con el primer constitucionalismo.

El principio de subsidiariedad, en realidad, será producto de un momento histórico en particular, que coincide con el auge del *problema social* en la segunda mitad del siglo XIX. Será especialmente relevante para su configuración la forma en que reacciona el catolicismo frente a las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Para identificar el nacimiento histórico del principio de subsidiariedad será, por tanto, necesario partir de cómo es que la Iglesia se relacionaba al Estado años antes de la segunda revolución industrial.

1.1.2 Fundamentos históricos y políticos del principio de subsidiariedad

Como señala McKinley Brennan, en el antiguo régimen la Iglesia se entendía unida al Estado en tanto funcionaba como un compás moral del mismo. En otras palabras, se

concebía que el trono y el altar debían estar unidos en lo que configuraba como una estructura normal e ideal. Sin embargo, a partir de los cambios sociales que terminaron por dejar de lado al antiguo régimen en el siglo XIX la Iglesia tuvo que reconsiderar su rol en el mundo moderno para lo cual fue formulando un cuerpo de principios y textos conocidos como Doctrina Social de la Iglesia. (McKinley 2014: p.30).

El 14 de junio de 1789, la Asamblea Nacional de Francia aprobó la Ley Le Chapelier, ley que consagra como una de las bases de la Constitución francesa la abolición de los gremios del mismo comercio o profesión. Bajo la concepción de que frente al individuo solo se encuentra el Estado, idea concordante con la abolición de privilegios de clase, las entidades intermedias a las que se refería Tomás de Aquino dejan de ser relevantes en el discurso revolucionario.

De igual manera, establecida la separación entre Estado e Iglesia, el reparto de roles aun en temas que tradicionalmente habían estado en manos de la Iglesia Católica, eran discutidos. Un antecedente que permite situar histórica y socialmente la Doctrina Social de la Iglesia y la formulación del concepto de subsidiariedad, radica en el pensamiento del Obispo Wilhelm Emmanuel von Ketteler, de quien se sostiene lo siguiente:

Él criticaba en su tiempo la tendencia a ampliar las competencias del Estado en desmedro de la autonomía y de los derechos de los ciudadanos individuales y de los grupos sociales mediadores, sobre todo de la Iglesia. Su crítica apuntaba sobre todo a la excesiva reglamentación estatal de la enseñanza escolar. Sostenía que la educación era responsabilidad primordial de los padres; el Estado tendría solamente el «derecho subsidiario» (Nothelle-Wildfeuer 2008: p. 14)

El siglo XIX, sin embargo, no transcurrirá sin que se empiecen a formular respuestas al nuevo escenario desde la Iglesia Católica, a partir de una Doctrina Social que incorpora a una base teológica elementos no solo de la filosofía sino también de las ciencias sociales y humanas. La labor de Luigi Taparelli en la revista *La Civiltà Cattolica* a partir de las revoluciones de 1848 sería importante para perfilar la idea de subsidiariedad en un contexto tumultuoso de cambio social (McKinley 2014: p. 33).

La encíclica *Rerum Novarum* (publicada en 1891) ha sido señalada en reiteradas ocasiones como el primer referente formal de la subsidiariedad. Se trata de una encíclica emitida en un contexto en el que se conocía de los excesos que un liberalismo *laissez-*

faire había propiciado y frente al cual aparecía cada vez con más fuerza el socialismo como una respuesta y una apertura a la refundación de las sociedades.

En *Rerum Novarum* la Iglesia Católica se posiciona claramente en contra del discurso socialista, dando cobertura así a la protección de algunos derechos, y entre ellos destaca la propiedad. Un fragmento de la encíclica resume la tónica y el contexto de este influyente documento:

Para solucionar este mal, los socialistas, atizando el odio de los indigentes contra los ricos, tratan de acabar con la propiedad privada de los bienes, estimando mejor que, en su lugar, todos los bienes sean comunes y administrados por las personas que rigen el municipio o gobiernan la nación. Creen que, con este traslado de los bienes de los particulares a la comunidad, distribuyendo por igual las riquezas y el bienestar entre todos los ciudadanos, se podría curar el mal presente. Pero esta medida es tan inadecuada para resolver la contienda, que incluso llega a perjudicar a las propias clases obreras; y es, además, sumamente injusta, pues ejerce violencia contra los legítimos poseedores, altera la misión de la república y agita fundamentalmente a las naciones. (León XIII 1891: p. 2)

Como puede observarse, la Iglesia Católica es plenamente consciente de los derechos violados sistemáticamente en las fábricas europeas y en la situación de virtual esclavitud de algunos trabajadores. Sin embargo, tampoco acepta que el Estado deba absorber los medios de producción e inmiscuirse a todos los asuntos considerados privados. En ese sentido, otorga un rol al Estado que, en principio, deja actuar con libertad a los privados pero que, a su vez, habilita al poder público a afrontar los daños o amenazas al bien común o a los intereses de cada grupo social, como se expone a continuación:

No es justo, según hemos dicho, que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros. (...) Si, por tanto, se ha producido o amenaza algún daño al bien común o a los intereses de cada una de las clases que no pueda subsanarse de otro modo, necesariamente deberá afrontarlo el poder público. (León XIII 1891: p. 26)

Es de notar que la encíclica no promueve el individualismo. La defensa de la comunidad como un objetivo del Estado es muestra de ello, así como también la forma en que se rescata la idea de las sociedades intermedias en el siguiente pasaje:

La reconocida cortedad de las fuerzas humanas aconseja e impele al hombre a buscarse el apoyo de los demás. (...) En virtud de esta propensión natural, el hombre, igual que es llevado a constituir la sociedad civil, busca la formación de otras sociedades entre ciudadanos, pequeñas e imperfectas, es verdad, pero de todos modos sociedades. Entre éstas y la sociedad civil median grandes diferencias por causas diversas. El fin establecido para la sociedad civil alcanza a todos, en cuanto que persigue el bien común, del cual es justo que participen todos y cada uno según la proporción debida. Por esto, dicha sociedad recibe el nombre de pública, pues que mediante ella se unen los hombres entre sí para constituir un pueblo (o nación). Las que se forman, por el contrario, diríamos en su seno, se consideran y son sociedades privadas, ya que su finalidad inmediata es el bien privado de sus miembros exclusivamente. «Es sociedad privada, en cambio, la que se constituye con miras a algún negocio privado, como cuando dos o tres se asocian para comerciar unido». (León XIII 1891: p. 35)

Cabe apuntar que la Doctrina Social de la Iglesia encuentra valor en las sociedades privadas en tanto constituir las se considera un derecho natural de la persona, el cual se desprende de la propia naturaleza humana, en la medida que las personas son sociables por naturaleza. (León XIII 1891: p. 35)

De los extractos aquí señalados, todos correspondientes a la encíclica *Rerum Novarum*, se pueden desprender dos grandes postulados, relevantes para el tema que tratamos:

- No corresponde al Estado absorber al individuo o a la familia, aunque ello no quiere decir que el Estado no intervenga si existe una amenaza o daño al bien común o a los intereses de las clases, si no pueden subsanarse de otra forma
- Existe un derecho natural a asociarse que parte de la naturaleza humana como ser social, por tanto, no debe el Estado intervenir las sociedades privadas, salvo en situaciones excepcionales en las que ellas contradigan ciertos valores.

El primer postulado no es otra cosa que una versión primigenia del principio de subsidiariedad, mientras que el segundo postulado, corresponde a la consagración de un derecho a asociarse que fundamentaría las sociedades intermedias, las cuales serán más importantes en la consideración de los niveles de intervención estatal. Cabe añadir que en *Rerum Novarum* aún no se menciona la palabra subsidiariedad.

Se le adjudica al mencionado Luigi Taparelli (McKinnley Brennan, 2014, p. 32), la adopción, en parte, del término “subsidiariedad”. La autoría del término es, sin embargo, discutida. Si bien el autor formal es el papa Pío XI, quien recoge el término en la encíclica

Quadragesimo Anno, lo cierto es que muchos han identificado a Gundlach como el autor del principio, al menos en los términos en que se introdujo en la encíclica. (Leys 1995, p.64; Süsterhenn 1967, p. 227); más ello también ha sido disputado pues se ha señalado que el principio fue trabajado por una serie de autores jesuitas que inicia con Taparelli, y sigue con Liberatore (ambos profesores de Pio XI) y Cathrein, entre otros (Leys 1995, p.76). Con todo ello, Mackinley Brennan da cuenta de que el término usado en la encíclica *Quadragesimo Anno* es a su vez una latinización del neologismo utilizado por Taparelli (2014, p. 32).

El vocablo “Subsidiariedad”, en todo caso, proviene de la voz latina “*subsidium*” que hace referencia a una ayuda. En los términos que define el Diccionario de la Real Academia Española que citamos al inicio del texto, el equivalente es la palabra “subsidio”. Sin embargo, debe notarse que la voz latina “*subsidium*” no lleva la connotación de una ayuda sin más. La palabra tiene un origen militar, ya que inicialmente hacía referencia a las reservas militares romanas que se mantenían en dicha condición hasta que sea necesaria su intervención en un combate. En ese sentido, “*subsidium*” no es cualquier ayuda, sino que responde a una situación en la que las fuerzas regulares fallan en lograr su cometido. (McKinley 2015, p.41). En otras palabras, bajo esta concepción inicial, lo subsidiario hace referencia a la ayuda que se otorga cuando quien regularmente realiza una tarea ya no puede hacerlo.

El término subsidiariedad, como hemos señalado, es acogido en la Doctrina Social de la Iglesia a partir de la encíclica *Quadragesimo Anno*, publicada en 1931. En ella se describe el orden social que corresponde al Estado en la economía junto al respeto de algunos derechos y valores que la Iglesia busca también afirmar en este importante documento. En ese sentido, *Quadragesimo Anno* retoma lo ya adelantado en *Rerum Novarum*, con una mirada al contexto social, que no podía desconocer:

Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más

elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos. (Pío XI 1931: p. 79)

Esto finalmente se configura en un mandato para el Estado, en donde se esboza finalmente la subsidiariedad con una serie de funciones que le corresponden principalmente al Estado, junto a la posibilidad de actuar en circunstancias no determinadas, sino sujetas a la evaluación concreta en cada caso:

Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función "subsidiaria", el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación (Pío XI 1931: p.80)

En clave más contemporánea, en el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, elaborado en el año 2004, el Pontificio Consejo Justicia y Paz ha sistematizado y complementado las ideas hasta aquí expuestas, sumando a ello un contraste importante pues diferencia el principio de subsidiariedad de otros, señalando conceptos a los que se opone, como el asistencialismo. Estas oposiciones permiten trazar de mejor manera los alcances del principio para evitar así su desnaturalización al momento de interpretarlo, consideración que resulta importante para la labor de interpretación constitucional. En esa línea, en el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia se señala que

[c]on el principio de subsidiariedad *contrastan* las formas de centralización, de burocratización, de asistencialismo, de presencia injustificada y excesiva del Estado y del aparato público: «Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por las lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos» [*Centesimus Annus*, Juan Pablo II, 48] La ausencia o el inadecuado reconocimiento de la iniciativa privada, incluso económica, y de su función pública, así como también los monopolios, contribuyen a dañar gravemente el principio de subsidiariedad. (Pontificio Consejo Justicia y Paz 2004: p. 187)

Uno de los temas más discutibles en torno a la aplicación del principio de subsidiariedad, al cual nos referiremos continuamente en este trabajo, se encuentra en el reconocimiento de cuáles son aquellas circunstancias o razones que permiten en un caso concreto la habilitación del Estado a intervenir. Es decir, si la subsidiariedad se comprende como una ayuda que se presta ante ciertas circunstancias especiales, uno de los aspectos a dilucidar es el de este factor habilitante. Sobre ello volveremos, más corresponde en este momento anotar que la Doctrina Social de la Iglesia también propone algunas ideas al respecto, aunque pueden considerarse aún poco precisas y poco más que sugerencias a los Estados, como se desprende de su propia redacción.

Diversas circunstancias pueden aconsejar que el Estado ejercite una función de suplencia. Piénsese, por ejemplo, en las situaciones donde es necesario que el Estado mismo promueva la economía, a causa de la imposibilidad de que la sociedad civil asuma autónomamente la iniciativa; piénsese también en las realidades de grave desequilibrio e injusticia social, en las que sólo la intervención pública puede crear condiciones de mayor igualdad, de justicia y de paz. A la luz del principio de subsidiaridad, sin embargo, esta suplencia institucional no debe prolongarse y extenderse más allá de lo estrictamente necesario, dado que encuentra justificación sólo en lo *excepcional* de la situación. En todo caso, el bien común correctamente entendido, cuyas exigencias no deberán en modo alguno estar en contraste con la tutela y la promoción del primado de la persona y de sus principales expresiones sociales, deberá permanecer como el criterio de discernimiento acerca de la aplicación del principio de subsidiaridad [cursivas correspondientes al texto original]. (Pontificio Consejo Justicia y Paz 2004: p. 188)

Aun cuando lo expuesto nos permite aproximarnos a un concepto de subsidiariedad en la Doctrina Social de la Iglesia, no resultaría adecuado pretender que la evolución de este principio ha concluido. Como señala Flores Nano, si bien diversos autores proponen, por ejemplo, que la encíclica *Laudato Si*, del Papa Francisco I, supone una reevaluación de algunos preceptos de esta doctrina, también están quienes encuentran un continuo entre las tesis de la Iglesia que, sin dejar el humanismo, deben atender hoy un contexto distinto a aquel en el que aparecieron *Rerum Novarum* o *Quadragesimo Anno* (2015: p. 69). Se trata, por tanto, de un concepto vivo y que puede mantener su influencia en las fuentes jurídicas.

De lo visto hasta aquí, podemos afirmar que el principio de subsidiariedad surge como un concepto de la Doctrina Social de la Iglesia en respuesta tanto al liberalismo del siglo XIX como a las necesidades sociales que planteaban la realidad de la época. Mantiene

hasta nuestros días su presencia en la doctrina católica desde donde ha plasmado su influencia en la política y en el Derecho Constitucional.

Tomando en cuenta la evolución de este concepto en la Doctrina Social en la que se ha formado, podemos señalar que el principio de subsidiariedad se define como un principio que impone al Estado el mandato de respetar los márgenes de acción de los individuos y las sociedades intermedias, interviniendo como una ayuda para, de acuerdo a ciertos factores habilitantes, como la imposibilidad de que la sociedad civil asuma una iniciativa, la promoción de la economía o situaciones de grave desequilibrio e injusticia social, entre otras.

1.1.3 Concepciones contemporáneas del principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad de la Doctrina Social de la Iglesia en su salto al mundo jurídico ha sido incorporado de diversas formas y con diversos grados de influencia. Si bien nos centraremos en el caso peruano y en su incorporación a través de la Constitución de 1993 y sus interpretaciones, es necesario hacer referencia a las concepciones sobre el principio de subsidiariedad que son influyentes en los ordenamientos jurídicos de occidente.

Al respecto, Føllesdall señala que existen cuatro concepciones de subsidiariedad que tienen manifestaciones distintas en la política y el derecho de nuestro tiempo. Estas cuatro, según este autor, son la concepción protestante, la confederada, la del federalismo fiscal y la católica. La primera de ellas, que ya hemos comentado a propósito de la teoría de las esferas, es identificada por Føllesdall en la obra de Althusius, para quien las comunidades y asociaciones son instrumentales e intrínsecamente importantes para subsidiar las necesidades de los individuos, a pesar de lo cual la autoridad política solo surge de los acuerdos entre asociaciones y no de los individuos. (Føllesdall, 2014: p. 216) Se trata de una perspectiva que busca fortalecer básicamente a las sociedades intermedias, idea tributaria de la época en que Althusius desarrolla su obra, a inicios del siglo XVII.

La concepción confederada de la subsidiariedad sostiene que los individuos debieran ser libres de elegir en sus asuntos siempre que no se dañen a otros, estando las subunidades habilitadas para ejercer veto sobre la intervención de la unidad mayor. (Føllesdall, 2014: p. 217) Tal como su nombre indica, esta concepción de la subsidiariedad es la que puede

encontrarse en las relaciones entre las uniones políticas que mantienen la soberanía de sus miembros.

La concepción de la subsidiariedad a partir del federalismo fiscal es la que considera que el poder de decisión y la carga de bienes públicos debe colocarse en la población que se beneficia de ellos. En ese sentido, un gobierno descentralizado es el que resulta más eficiente conforme a esta concepción, ya que no habilita a las subunidades a ejercer veto sobre el orden mayor. (Føllesdall, 2014: p. 217)

La concepción católica a la que ya nos hemos referido con cierto detalle, será aquella versión de la subsidiariedad que, en el escenario contemporáneo de acuerdo a Føllesdall, es aquella en la que es legítima la intervención en las subunidades y, de hecho, es requerida cuando el bien público se ve amenazado (Føllesdall, 2014: p.218).

La categorización de Føllesdall no es la única en la doctrina, y podemos encontrar otras clasificaciones como la que proponen García y Verdugo para la subsidiariedad económica en el contexto chileno de acuerdo con la perspectiva que se tenga para su interpretación: la liberal-económica y la social cristiana. (García y Verdugo 2015: p. 212). En cuanto a la perspectiva liberal-económica, señalan García y Verdugo que esta atribuye ciertas características al principio de subsidiariedad que lo vincula a una concepción de economía neoliberal en la línea de Hayek o Nozick, como que la subsidiariedad es incompatible con los derechos sociales o que restringe al máximo la intervención del Estado limitándolo a un rol fiscalizador (2015: pp. 209-210). De otro lado, una perspectiva social-cristiana es aquella que se desprende de la doctrina social de la iglesia, en la línea de lo que hemos expuesto en el apartado anterior de este mismo trabajo..

Una de las clasificaciones más influyentes contemporáneamente, y que incluso ha pasado a formar parte de la jurisprudencia peruana a partir del caso Nesta Brero, es aquella que reconoce una variante vertical y una variante horizontal del principio de subsidiariedad. Por la variante vertical se ha entendido la relación entre los diversos niveles de gobierno dentro de un Estado e incluso fuera de él, por lo cual esta variante ha tenido un desarrollo especial en el escenario europeo.

La variante horizontal, a la que nos seguiremos refiriendo a lo largo de esta tesis, es la que trata la relación entre el Estado y sociedad, y, por tanto, la asignación del rol del primero en la economía. Sin embargo, no ha tenido el mismo desarrollo que la variante

vertical y, de hecho, muchas veces ha sido mal comprendida, identificándola con un completo ausentismo estatal. Como señala Colombo:

(...) la subsidiariedad no es solamente la externalización de servicios públicos a actores privados, o simplemente una variante de asociaciones público-privadas. Mediante el reconocimiento de la supremacía original de familias y cuerpos sociales, la subsidiariedad descansa en fundaciones más profundas- confianza en el deseo positivo, que es una característica innata al ser humano. Es la misma idea de que la confianza abre una nueva forma de Estado. [Traducción propia de: *Subsidiarity is neither just externalization of public services to private/nonprofit actors, nor simply a variant of public-private partnership (PPP). By recognizing the original supremacy of families and social bodies, subsidiarity rests on much deeper foundations— trust in the positive desire, which is an innate human characteristic. It is the very idea of trust that opens the way to a new idea of the state.*] (Colombo 2012: p. 11)

La variante vertical del principio de subsidiariedad, por otro lado, en palabras de Colombo:

(...) tiene que ver con la correcta relación entre varios niveles de soberanía y competencia institucional. En autoridades locales, regionales y supranacionales, los niveles más altos no deben reemplazar a los mayores, sino ayudarlos. Más altas/grandes instituciones pueden proteger a las más bajas/menores de dos maneras: a) vía intervención activa y apoyo, cuando las instituciones más bajas no pueden garantizar continuidad del propósito social en cuestión; b) garantizando y respetando la autonomía de niveles más bajos de organización siempre que sean capaces de conseguir el fin propuesto. [Traducción propia de: (...) *and concerns the correct relationship between the various levels of sovereignty and institutional competence. In local, regional, national, and supranational authorities, higher levels must not replace the lower ones, but help them. Higher/larger institutions can protect the lower/smaller ones in two ways: (a) via active intervention and support, when the lower institutions alone are not able to guarantee the adequate continuation of the social purpose in question; (b) by guaranteeing, and respecting, the autonomy of lower-level organizations whenever they are capable of achieving the given purpose.*] (Colombo 2012: p. 6)

Esta forma de concebir la asignación del poder no solo tiene consecuencias inmediatas como las que se desprenden de la definición ofrecida, sino que se relaciona estrechamente también a la representación de mayorías y minorías. Como explica D'Atena

(...) confiar al nivel de gobierno más cercano a los interesados las competencias para adoptar todas las decisiones de las que sea capaz, se traduce también—y sobretodo— en una garantía para las minorías políticas (que sean mayorías a nivel local o subestatal) con respecto a las mayorías políticas enucleadas en los niveles superiores (y sobre todo, a nivel del Estado central). (D’Atena 2010: p. 266)

Ahora bien, cabe señalar que, a diferencia de la variante horizontal, el principio de subsidiariedad vertical ha sido objeto de investigación, sobre todo partir de su recepción en el Tratado de Maastricht de 1991, el cual señala expresamente:

Artículo 3B (...) En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

La adopción del principio en el Tratado de Maastricht, no sin la polémica propia de una decisión de este tipo, ha llevado a un trabajo más profundo por especificar cómo es que funciona el principio, e incluso a la construcción de un test de subsidiariedad para asignar funciones (Pelkmans, 2006), el cual ha sido comentado extensamente en la doctrina. Dicho test puede ser resumido en las siguientes preguntas: “a) ¿Se justifica la centralización de externalidades transfronterizas o economías de escala? b) ¿Es posible una cooperación voluntaria confiable? c) ¿A qué nivel pueden designarse e implementarse las políticas de manera que disminuyan los costos?” [Traducción propia de: a) *Do cross-border externalities or economies of scale justify centralization?* b) *Is credible voluntary cooperation possible?* c) *At which level can policies be designed and implemented in a cost- minimizing manner?*] (Ederveen, Gelauuff y Pelkman 2008: pp. 24-25)

Finalmente, otra de las clasificaciones que ha surgido en torno al principio de subsidiariedad y que suele utilizarse en la literatura dedicada al tema, es la división entre las dimensiones positiva y negativa del principio (Landa 2016: p. 157; Quintana Benavides 2014: p. 126; Achá 2013: p. 27; Vignolo 2017a: p. 85, Martin 2002: p. 98). Dimensión negativa, en tanto se requiere la abstención del Estado frente a la actividad de los privados; y, dimensión positiva, en tanto existen algunas ocasiones en que se habilita la actuación estatal. En términos de Faúndez-Sánchez:

Por un lado, una dimensión negativa, que implica el deber estatal de abstenerse de intervenir en las sociedades intermedias y menores, cuando aquellas realicen eficaz y efectivamente sus fines dentro del bien común; y por otro una dimensión positiva, que implica el deber estatal de intervenir en la situación contraria. Entonces, la subsidiariedad consiste en que el Estado debe abstenerse de actuar ahí donde los particulares satisfacen adecuadamente sus propias necesidades, y que sólo debe actuar cuando estos no pueden o no quieren realizar dicha actividad. (Faúndez-Sánchez 2016: p.214)

Como puede notarse, el principio de subsidiariedad ha seguido su evolución fuera del ámbito de la Doctrina Social de la Iglesia en diversos campos como la economía, la filosofía, la ética, las relaciones internacionales o el derecho internacional, disciplinas en las que se han concebido clasificaciones que han sido acogidas por el derecho constitucional, como la división entre subsidiariedad vertical y horizontal, o las dimensiones positiva y negativa de la subsidiariedad.

1.1.4. El principio de subsidiariedad como elemento central de la Economía Social de Mercado

El principio de subsidiariedad formulado en la Doctrina Social de la Iglesia ha sido utilizado en otros ámbitos que escapan al de la propia Iglesia y han sido de especial influencia para la concepción de un concepto de política económica, hoy trasladado al Derecho, como es el de la economía social de mercado. Para comprender esta relación resulta conveniente en este punto revisar las bases de este régimen económico de Economía Social de Mercado, de modo que se haga explícita la relación entre ambos conceptos y el modo en que esta se presenta en la doctrina política y económica.

La economía social de mercado es un régimen económico mixto originario de Alemania que combina el elemento del libre mercado con una posibilidad de ejercer compensación social. Marcelo Resico la define de la siguiente manera:

La Economía Social de Mercado se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. En casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. Descarta como sistema de organización la economía planificada centralmente. (Resico 2010: p. 123)

La caracterización del régimen económico es algo que muchas veces ha sido subestimado, al punto que se ha entendido que la economía social de mercado es simplemente un acuerdo político que otorga elementos tanto sociales como de mercado para contentar a ciertos sectores. Ello, sin embargo, desconoce los fundamentos de la economía social de mercado que buscan situar a este régimen en un espacio de economía mixta, que conjuga libre mercado con intervención estatal, más no cualquier tipo de intervención.

En ese sentido, es ilustrativo el trabajo de Gallegos, quien sitúa la Economía Social de Mercado entre dos grandes extremos la anarquía total de la economía *laissez faire* y al otro lado el dirigismo microeconómico completo o “economía de comando”; extremos entre los cuales aparecen varias alternativas (liberalismo con manejo estatal de bienes públicos, economía de mercado dirigida, socialismo moderado, socialismo de mercado, entre otras) siendo la economía social de mercado una entre muchas (Gallegos 2010: p. 22)

Ahora bien, es de conocimiento general que dicho régimen se funda en los trabajos de los neoliberales alemanes de inicios del siglo XX, quienes postularon tesis que fueron condensadas más adelante en el programa político-económico de la economía social de mercado.

El neoliberalismo alemán, que no debe ser confundido con lo que se ha conocido como neoliberalismo a partir del Consenso de Washington, es una categoría que reúne en realidad a cuando menos dos escuelas de origen liberal, que propusieron alternativas para resolver los problemas económicos de la Alemania post-Weimar. Por un lado, la Escuela de Friburgo, basada en los trabajos de Walter Eucken y Franz Böhm, y por otro, la Escuela de Colonia basada en los trabajos de Alfred Müller-Armack, y en cierta medida, de Ludwig Erhard. (Sorin 2014: p. 93)

Es así que, en la Escuela de Friburgo, Walter Eucken, propiciaba un ordoliberalismo, que se funda en la idea de que corresponde al Estado otorgar un marco estable o un orden, y que su impacto debe darse en una evolución de dicho orden en compatibilidad con la dignidad humana. No corresponde al Estado, desde esta perspectiva, participar en el proceso económico, en lo que constituye una visión liberal como punto de partida, pero si prevenir la acumulación de poder. (Sorin 2014: pp. 67-68)

Por otro lado, Müller-Armack, creador del término “Economía Social de Mercado”, aun cuando estaba de acuerdo con la idea de crear un orden que dé lugar a la libertad, no creía

que la sociedad pudiera dejarse completamente a un orden espontáneo. Para ello, la sociedad necesitaba direccionamiento y mecanismos de salvaguarda que solo podrían ser provistos por el Estado. (Sorin 2014: p.94). En las propias palabras de Müller-Armack “como una fórmula irenica, una concepción integral de la economía social de mercado, no solo abarca un orden económico coordinado por el mercado; el adjetivo "social" también indica que este sistema también persigue objetivos sociales” [traducción propia de: *As an irenic formula, as a comprehensive conception the Social Market Economy not only embraces an economic order co-ordinated by the market; the adjective "social" also indicates that this system also pursues social objectives.*] (Müller-Armack 1998: p. 262). Un adecuado resumen de la polémica entre estas dos escuelas jurídico-económicas es presentado por Viktor Vanberg, del Instituto Walter Eucken de Friburgo, quien concluye que la discrepancia central entre ambas escuelas que informan a la economía social de mercado radica en la concepción ética que tenían sobre el mercado. Así, para los ordoliberales de Friburgo, el mercado es en sí mismo un orden ético que requiere que el Estado concentre sus esfuerzos en proveer el marco para su correcto desempeño, mientras que para los socio-liberales de Colonia, el mercado es la mejor forma de asignar recursos, pero requiere compensaciones sociales para ser ético. (Vanberg 2004: p. 2)

En esa línea, Watrin señala que para los liberales alemanes que forjaron las bases de la economía social de mercado el principio de subsidiariedad era importante en tanto permitía la intervención del Estado, más aún en un contexto de posguerra en el que se necesitaban políticas redistributivas (Watrin 1998: p.21). El principio de subsidiariedad, en ese contexto, era superior al Estado mínimo que preferían liberales como Hayek o von Mises (Vanberg 2004: p.5)

Ludwig Erhard, el más activo en el campo político de los padres de la economía social de mercado, tuvo la oportunidad, en la implementación efectiva de este régimen económico, de referirse al principio de subsidiariedad y señaló que “(...) es necesario que dicho principio sea reconocido como uno de los principios guía principales para la seguridad social. Por tanto, la prioridad debiera darse, en cuanto sea posible, a la responsabilidad individual y a la auto ayuda individual” [traducción propia de: *it is necessary that the principle of subsidiarity be acknowledged as one of the most important guiding principles for social security. Priority should, in as much as possible, be given to individual selfresponsibility and individual self-help*] (Sorin 2014: p.109).

Esta vinculación entre subsidiariedad y economía social de mercado, que inicialmente no aparecía expresamente en los textos de los padres de la economía social de mercado, se ha ido fortaleciendo con el tiempo, especialmente a partir de los años ochenta. Sorin relata cómo es que en Alemania en el primer gobierno de Helmut Kohl la política económica pasa de tener énfasis en el principio de solidaridad a un mayor énfasis en el principio de subsidiariedad (Sorin 2014: 263).

La relación entre economía social de mercado y subsidiariedad en la literatura más reciente ha llegado al punto que se puede afirmar que existe un consenso en considerar el principio de subsidiariedad como uno de los principios básicos de este régimen económico tanto en las fuentes extranjeras como en las nacionales, aunque desde luego, los enfoques no son necesariamente los mismos y admiten discusiones ulteriores sobre la posición del principio de subsidiariedad y su relación con otros principios de la economía social de mercado.

Partiendo de los estudiosos que han trabajado sobre la obra de los fundadores de la economía social de mercado, tenemos que Bodo Herzog, siguiendo a Ludwig Erhard, reconoce que entre los elementos fundamentales de la Economía Social de Mercado se encuentran la libertad individual y de mercado, la solidaridad y la subsidiariedad. Para Herzog, desde el ordoliberalismo, subsidiariedad significa que cada sujeto pueda mantenerse a sí mismo y a los suyos, lo cual en una economía social de mercado solo es posible mediante la libertad económica (Herzog 2009: p. 51).

Por otro lado, Dominik Ernste encuentra el principio de subsidiariedad dentro de los principios económicos de Walter Eucken, en particular los orientados a política financiera, impositiva y social, de modo que, si el objetivo del Estado en estos rubros se encuentra en garantizar un mínimo existencial y, en ese sentido, beneficiar a quienes no pueden sostenerse por sí mismos, esta actividad coincide con el principio de subsidiariedad. Es así que todos tienen la obligación de procurarse ingresos en el mercado y solo cuando ello es insuficiente para cubrir el mínimo existencial, debe intervenir el Estado (Ernste 2009: p.66).

Una aproximación distinta plantea Hans Jürgen Rösner, quien se aproxima a la relación entre subsidiariedad y economía social de mercado desde la dimensión ética del modelo económico que plantea Alfred Müller-Armack que reconoce las tensiones entre el egoísmo individualista y las obligaciones solidarias inherentes de la naturaleza social. En

dicho contexto, el principio de subsidiariedad, según Rösner es el instrumento que permite armonizar estos valores (Rösner 2009: p.86).

Como puede observarse, el principio de subsidiariedad aparece desde diversos enfoques en los escritos sobre economía social de mercado, valorándose su presencia en el régimen tanto desde la economía como desde la ética que acompaña a los escritos de los ordoliberales.

Un asunto que llama la atención fuera del escenario peruano es la ausencia de la relación entre el principio de subsidiariedad y el régimen de economía social de mercado, lo cual, podemos especular, podría vincularse a la recepción positivizada de la subsidiariedad en sentido vertical, y la rara mención a la subsidiariedad horizontal, tal como ya hemos apreciado en párrafos anteriores.

Mas bien en el ámbito nacional, donde la consideración sobre la economía social de mercado sí es jurídica, las menciones son frecuentes y se suele incluir el principio de subsidiariedad horizontal como uno de los principios básicos del régimen económico. Asimismo, la mención a este tema suele ir de la mano con una cita del caso “Nesta Brero”. En esta sentencia, recaída en el expediente 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional del Perú afirma que uno de los tres elementos de la Economía Social de Mercado es “[u]n Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social” (STC 0008-2003, f.13.a.).

En esa línea autores de posiciones no necesariamente similares como Álvarez o Landa asumen esta relación, a partir de lo cual podemos identificar cierto consenso en la doctrina sobre la posición del principio de subsidiariedad horizontal.

César Landa, por ejemplo, incluye el rol subsidiario del Estado entre los principios rectores de la Constitución Económica de 1993, señalando que en el marco de la Economía Social de Mercado se acoge el principio de subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía (Landa, 2007, p. 35). Baldo Kresalja y César Ochoa, por su parte definen la economía social de mercado como un sistema en el que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen una preeminencia, y en el que iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen preeminencia, con lo cual el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades, y también cuando es el

mismo mercado el que falla o cuando conductas empresariales falsea las reglas de la libre y leal competencia. Kresalja y Ochoa identifican que el Estado debe intervenir para lograr ciertos objetivos: niveles de vida aceptables, subsanar fallas e incorrecciones. El Estado, según estos autores, debe intervenir usando “armas normativas” y el derecho de la competencia (Kresalja, 2009, p. 358-366).

Álvarez, por su parte, señala que la Economía Social de Mercado se inspira en parte en la Doctrina Social de la Iglesia y en una visión libertaria del ser humano, por lo que se incluye el principio de subsidiariedad como uno de los principios matrices de la Economía Social de Mercado (Álvarez 2014: p.267). Alvarado, a su vez, resalta con más énfasis la labor activa del Estado y su rol solidario, sin dejar de lado que en una economía social de mercado existe un respeto con un imperativo de subsidiariedad (Alvarado 2016: p.14). En el mismo sentido, Cairampoma reconoce el principio de subsidiariedad “como uno de los principios medulares del régimen económico (Cairampoma 2012: p. 327).

Por otro lado, el éxito de la economía social de mercado en Alemania ha llevado a que incluso en un plano teórico, y ya en el Derecho Constitucional, se la identifique como un elemento del Estado Constitucional, dada su importancia en la configuración actual de las economías europeas, aun cuando no tenga recepción expresa en todos los textos constitucionales. Como señala Häberle:

[e]l año de 1989 hizo sonar la “hora universal” del Estado constitucional: el fracaso casi global del marxismo-leninismo logró que muchos de los elementos estructurales de aquél, sobre todo los derechos humanos, la democracia, el Estado de derecho y también la economía (social) de mercado, entrarán de manera positiva en la conciencia y lo legitiman como gran meta de la reforma en Europa oriental. La exitosa historia de la “economía de mercado” ejerce también una fascinación que las diversas ciencias todavía no han analizado ni explicado (...) La “economía social de mercado” (a la que ocasionalmente se le completa con el apelativo de “ecológica”; cfr. el artículo 38 de la Constitución de Turingia) se ha convertido, entre tanto, en un elemento central del Estado constitucional de la actual etapa evolutiva: de manera escrita o no escrita. (Häberle 2003: pp. 258-261)

En el escenario internacional, sin embargo, no son muchas las constituciones que expresamente han hecho referencia a una economía social de mercado o al principio de subsidiariedad. En el Anexo I, hemos colocado las referencias al principio de subsidiariedad y la economía social de mercado, encontrando que las referencias son

mínimas, destacando en el contexto internacional las Constituciones peruanas de 1979 y 1993.

Acreditada la vinculación entre el principio de subsidiariedad y el régimen de Economía Social de Mercado, centraremos nuestra atención ahora en la interpretación que se ha dado a este principio en el Perú. Para tal efecto, hemos considerado necesario poner en contexto el rol del Estado en la economía conforme al régimen económico expresado en la Constitución.

1.2. Antecedentes históricos a la inclusión del principio de subsidiariedad en las constituciones de 1979 y 1993.

La interpretación del principio de subsidiariedad y su alcance no se puede entender sin revisar los antecedentes históricos del rol del Estado peruano en la economía. Afirmamos que ello es así en tanto la interpretación del principio de subsidiariedad se insertará en un particular ordenamiento jurídico, el cual desarrolla sus propias características a lo largo de una historia que indudablemente ha tenido un impacto en lo que se ha recogido en los textos constitucionales y en la lectura que han hecho los intérpretes de estos textos.

Una revisión histórica será importante para poder vislumbrar los alcances del principio de subsidiariedad en el Perú, en la medida que tanto la adopción del régimen económico como del principio de subsidiariedad en especial, pueden informarnos básicamente sobre dos elementos que podrían apoyar la interpretación constitucional: la existencia o no de una constante en la forma en que se concibe el rol del Estado en la economía y las razones que llevaron a la inclusión del principio de subsidiariedad en el texto constitucional. Si bien no se espera que estos antecedentes condicionen al intérprete contemporáneo, y en ese sentido nos alejamos de una interpretación *intencionalista* (Chiassoni, 2015, p.30), consideramos que nos ilustran especialmente sobre el rol que la Constitución puede otorgar al Estado en la economía, dentro del marco de lo expresado por el Poder Constituyente.

En ese sentido, consideramos importante partir señalando que en el siglo XIX e inicios del XX, las constituciones peruanas no contaban con muchas normas referidas a materia económica, siendo la mayoría de ellas normas que se referían a la potestad tributaria o al presupuesto público, normas orientadas sobre todo a la limitación del Estado y a procurarle recursos, sin una opción clara por un régimen económico o la adopción de un

particular rol del Estado en la economía. Haremos una breve revisión de la regulación económica en nuestras constituciones para acreditar este punto.

1.2.1 El rol del Estado en la economía en las constituciones del siglo XIX e inicios del siglo XX

La Constitución de Cádiz, al igual que las demás constituciones de la época, no cuenta con un capítulo dedicado a la economía, solo con uno dedicado al financiamiento del Estado y la deuda pública. Dentro del extenso articulado de esta Constitución, un artículo importante para intentar desentrañar qué capacidad de intervención tenía el Estado en la economía, es el de las competencias que tenían las Cortes.

Así, el artículo 131, en su numeral 21 señala que corresponde a las Cortes la promoción y fomento de toda industria, disposición que, con variaciones, podemos encontrar hasta nuestros días, pero tal vez más interesante que ello, establece un mandato a las Cortes de eliminar los obstáculos que entorpezcan a las industrias. Se trata de un mandato de inspiración liberal, que, en otras palabras, consagra la idea de que las empresas deben manejar sus asuntos sin intervención. Ello tiene un mayor peso en el contexto de una economía que aun cuando hubiera hecho intentos de liberalizarse, aún tenía rezagos mercantilistas, que en tierras americanas supusieron un monopolio continental comercial de España con sus territorios de ultramar. Como señala Gálvez, “el liberalismo acentuó el tema económico, pero en los otros aspectos aún persistía la visión del Antiguo Régimen.” (Gálvez 2012: p. 113)

Otro de los artículos importantes de la Constitución de Cádiz para verificar cuál es la capacidad de incidencia que tenía el Estado en la economía es el artículo 171 que describe las prerrogativas del Rey. Dos de ellas llaman la atención: el inciso noveno, sobre igualdad y el décimo, sobre la figura que hoy se conoce como expropiación. En cuanto a lo primero, se prohíbe directamente que el Rey otorgue privilegios a persona o corporación alguna.

El texto no difiere en mucho de lo que hoy tenemos en una Constitución dada casi doscientos años después. Podemos decir, por tanto, que algunas de las garantías más básicas en materia económica ya existían desde nuestra primera Constitución. Otras disposiciones que ameritan ser mencionadas son las referidas a los tributos en general en el artículo 338 (“Las Cortes establecerán o confirmarán anualmente las contribuciones, sean directas o indirectas, generales, provinciales o municipales”) y la deuda pública en

el artículo 355 (“La deuda pública reconocida será una de las primeras atenciones de las Cortes, y éstas pondrán el mayor cuidado en que se vaya verificando su progresiva extinción”).

Señalar si existió, a partir de lo aquí reseñado, un régimen económico parece llevarnos a una respuesta negativa. Si bien tenemos ya en Cádiz muchos de los artículos de contenido económico que sobrevivirán con cambios hasta nuestros días, lo cierto es que, en la tónica del primer liberalismo, esta es una Constitución relativamente poco interventora en lo económico y que más bien se centra en institucionalizar las funciones de incidencia económica del Estado y su propio financiamiento. El rol del Estado frente a los privados se puede reducir básicamente al ejercicio de la potestad tributaria y al fomento, que se ejercen desde las Cortes, pero también a nivel local.

En la Constitución de 1823, más sistemática, encontramos en el Título XI sobre las llamadas Garantías, hoy derechos fundamentales, algunos derechos que tiene relevancia económica, como propiedad, o la libertad de la agricultura, industria, comercio, y minería. Sin embargo, se establece que estas serán ejercidas conforme a lo dispuesto en la ley (“La libertad de la agricultura, industria, comercio, y minería, conforme á las leyes”), con lo cual, en un momento histórico en que aún no se cuenta con control constitucional, resulta una medida poco segura para un cabal ejercicio de derechos fundamentales. Esta inconsistencia es también tratada por Toribio Pacheco al referirse a cómo se relaciona con las normas que restringen la ciudadanía a quienes tienen propiedad, ejercen profesión o arte con título público o se ocupan con industria útil, pero sin sujeción a otro en condición sirviente o jornalero. Al respecto señala:

(...) Entre las garantías individuales se menciona la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, y sin embargo se exige, para ser ciudadano, ejercer una profesión con título público. ¿En qué consiste, pues, esa libertad de industria si es preciso un título público como en tiempo de los gremios y corporaciones? No es menos peregrina la circunstancia de no estar sujeto a otro en clase de sirviente o jornalero. ¿Por qué esta restricción? ¿Quién le dio al Congreso Constituyente el derecho de privar de la ciudadanía a los hombres que ganan el pan con el sudor de su frente, a aquellos que con su fatiga alimentan tal vez a una falange de parásitos y charlatanes que con el vientre lleno van a dictar leyes y decidir a su antojo de la suerte de la mayoría de la nación? (Pacheco 2016: pp. 54 y 55).

La Constitución de Bolívar de 1826, tiene un articulado aún menos ocupado de temas económicos y más orientado a las potestades militares del Presidente. Destacan solamente dos artículos: el 84, inciso 3, que retoma la regulación de la expropiación, pero esta vez la incorpora entre los límites a la actuación del Presidente; y el 148 que reconoce la libertad de trabajo, industria y comercio, mas no de manera amplia, sino que establece que solo se pueden prohibir en tanto se opongan a las costumbres públicas, la seguridad o la salubridad.

La Constitución de 1828 reordena varios de los asuntos económicos y consolida las competencias del Congreso de manera sistemática en una serie de incisos del artículo 48. A saber, se establece claramente que le compete fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo. Asimismo, abrir empréstitos empeñando el crédito nacional, y designar las garantías para cubrirlos; reconocer la deuda nacional, y fijar los medios para consolidarla y amortizarla. Asimismo, se retoman los artículos sobre moneda, al otorgar al Congreso la competencia de determinar el peso, ley, tipo y denominación de la moneda, y uniformar los pesos y medidas.

Una disposición que tal vez pase desapercibida pero que es importante es el inciso 12 del ya citado artículo 48, este señala que el Congreso “regla el comercio interior y exterior”, lo que parece ser por primera vez una mención a la capacidad de incidencia que tiene el Estado en las relaciones económicas entre particulares. Evidentemente, esto no quiere decir que ello no existía antes, por el contrario, las garantías que se establecían más bien dan cuenta de un intervencionismo duro; lo importante de la disposición radica en que poco a poco se irá delimitando el ámbito de acción expresamente establecido en la Constitución, que ya en este punto va más allá de solo el fomento.

Un elemento a destacar sobre esto último es que la competencia de fomento sobrevive en las juntas departamentales. En particular, en el artículo 75 se señala que la primera atribución de estas juntas es la de fomentar la agricultura, minería y demás clases de industrias en sus provincias. El proyecto descentralista de 1828, lamentablemente será de corto alcance y las juntas departamentales no volverán a ser de relevancia hasta la época de la Guerra del Pacífico (Zas Friz 1998: p. 94)

Donde sí se percibe una sensible diferencia en la Constitución de 1828 es en el Título IX, donde ya podremos encontrar la regulación de la propiedad junto a la expropiación en

términos similares a los ya mencionados. Asimismo, la libertad de trabajo, comercio e industria, con los límites que establecía la Constitución que le precedió. Una norma que hasta hoy se encuentra en nuestra Constitución y que sirve como un principio base para el mercado la encontramos también en el artículo 150 de este capítulo: “ningún Peruano está obligado á hacer lo que no mande la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Llegado a este punto podemos observar que, si bien no existe propiamente un régimen económico, la suma de las normas de contenido económico existentes aquí configuran claramente un Estado liberal que se reserva la posibilidad de regular el comercio pero que en términos generales no se involucra en materia económica. Lo que veremos es que más bien los límites aparecen sobre el gasto público y el endeudamiento que, para un Estado que nace endeudado, es el aspecto a sanear.

El periodo que continúa es uno de constantes avances y retrocesos que dará fruto a varias Constituciones de mandato efímero y que, en buena medida se limitan a repetir los artículos que ya se han delineado desde Cádiz hasta 1828. No encontraremos cambios de relevancia hasta la Constitución de 1856, la cual incluye algunos cambios que mejoran el financiamiento y el control del gasto del Estado. Se establecen límites al manejo de bienes del Estado y al establecimiento de contribuciones, mediante el principio de legalidad y la capacidad contributiva. De igual manera, se dispone que por ley van a fijarse los ingresos y egresos de la nación. En un sentido contrario, desaparecen del articulado las libertades de comercio e industria, manteniéndose el reconocimiento de la libertad de trabajo con los límites ya conocidos.

Para concluir con el siglo XIX, la Constitución de 1860 marca el retorno de una cláusula amplia de libertad de trabajo que habilita a que puede ejercerse libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública. Sin embargo, el ejercicio tanto de este derecho como el de propiedad, se encontraba en contradicción con las leyes que regulaban estos temas. (Villarán 2016: p. 159). Una conclusión preliminar sobre el Siglo XIX nos remite a lo ya dicho sobre la Constitución de 1828. No existió un régimen económico constitucional, pero si una serie de normas, cada vez mejor asentadas, que consagran algunas libertades económicas y establecen límites al poder público.

Pasando al plano de los hechos, la economía peruana arrastraba patrones virreinales, como relata Jesús Cosamalón al referirse a la economía peruana a inicios del siglo XIX:

(...) la propiedad de la tierra, a muy grandes rasgos, se encontraba en manos de los terratenientes en la costa y sierra; los medianos y pequeños propietarios de la costa y sierra; y, por último, comunidades, principalmente, en la sierra y algunas zonas costeras (...) Algunos de ellos explotaban sus haciendas directamente y eran quienes se quejaban amargamente de la falta de mano de obra. Otros arrendaban sus tierras a agricultores y se convertían en rentistas bajo diversas modalidades. (...) Bajo este método de explotación, no se establecían vínculos de carácter capitalista entre los propietarios y los campesinos-trabajadores. Al no difundirse las relaciones monetarias, era más difícil el desarrollo del capitalismo y, por lo mismo, la creación de un mercado de trabajo libre. (Cosamalón 2011:62)

Si bien este estudio se encuentra referido a la economía luego de la independencia, tenemos una conclusión lapidaria para la articulación de nuestra temprana economía. Son problemas de estructura social los que presentan un serio condicionamiento para un proyecto liberal de un nuevo país. El punto de partida sería, por tanto, distinto al europeo en el que surge la Economía Social de Mercado.

La revolución industrial supuso un cambio importante en la organización de las sociedades que, en parte, se reprodujo en el Perú. Nuestro país, con sus propias características, recibió la influencia de la *cuestión social*, que fue motivando reformas también a nivel constitucional, como se puede ver en las Constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1919). En el Perú, la Constitución de 1920 es aún una Constitución de transición entre la tradición de las cartas del XIX y las Constituciones más modernas que hoy se manejan. Mantiene una serie de artículos casi con la misma redacción que ya se conocía, pero en cuanto a los artículos de las libertades económicas se trasladan a un nuevo capítulo que sigue a las Garantías Nacionales e Individuales que ya eran tradicionales: el capítulo de las Garantías Sociales

Será en este nuevo apartado en el que el constituyente de 1920 en el que se dictan una serie de normas que son completamente novedosas para nuestras constituciones. Para empezar, el artículo 37 reconoce la libertad de contratación, que no aparecía antes en el catálogo de derechos. En el artículo 38 se introduce la frase “la propiedad es inviolable” que sobrevive hasta la actualidad y el artículo 40 establece la posibilidad de que el Estado prohíba la transferencia de ciertas propiedades. Destaca en el artículo 41 la consagración de la imprescriptibilidad de los bienes de las comunidades indígenas. El artículo 42, por otro lado, define la propiedad de los recursos naturales a favor del Estado. Como puede

notarse, todos son aportes que precisan mejor los alcances de intervención del Estado que ya dista bastante de ese Estado promotor que veíamos en los primeros textos constitucionales.

En cuanto a las potestades para intervenir en la economía, destacan en la Constitución de 1920 los artículos 44 y 45 que habilitan a nacionalizar servicios públicos de propiedad particular y a limitar y establecer reservas en algunas industrias. De igual manera, los artículos 47 a 49 establecen una regulación laboral mínima, reconociendo expresamente los conflictos entre capital y trabajo, en términos correspondientes a los desarrollos de la época. Finalmente, es de especial interés el artículo 50 que reserva al Estado la potestad de establecer monopolios por razones de necesidad pública.

La Constitución de 1933 en materia económica en realidad profundiza el curso de la Constitución de 1920, reorganizando algunas disposiciones, de modo que las garantías nacionales y sociales se ven todas incluidas en un apartado de garantías constitucionales. Aparecen algunas normas, como la de la prohibición a extranjeros de poseer propiedades a cierta distancia de las fronteras, la obligación de legislar los contratos colectivos de trabajo, la participación de trabajadores en los beneficios de las empresas, se prevé la creación de un sistema previsional, entre otras medidas que parecen optar por un Estado social y ya no por el Estado liberal que se mantuvo hasta esos años.

Ahora bien, la Constitución de 1933 aun cuando tuvo una larga vigencia, en rigor fue interrumpida varias veces por gobiernos militares que poco o nada observaron sus mandatos, funcionando el Gobierno a través de decretos-ley en el militarismo del siglo XX. La última de estas interrupciones a la democracia fue la que dio lugar al Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada que tomó el poder en el año 1968. Con este gobierno se instalaron una serie de medidas de corte socialista, como la estatización de servicios, la expropiación o el control estricto sobre algunas industrias.

Como conclusión de este apartado podemos señalar que el Perú tampoco en esta etapa tuvo un régimen económico constitucional propiamente dicho, pues si bien aparecen medidas de mayor intervención en la economía no se adopta propiamente un modelo económico en la primera parte del siglo, y en la segunda, hasta 1979, directamente no se tuvo Constitución vigente.

1.2.2 Los debates sobre el rol del Estado en la economía en los procesos constituyentes de las Constituciones de 1979 y 1993

Los diarios de debate de las Constituciones de 1979 y 1993, a diferencia de la normativa emitida bajo su vigencia o algunas de las decisiones que la han interpretado, tiene un valor especial para la interpretación del alcance del principio de subsidiariedad pues contienen referencias directas sobre las razones que llevaron a que se incluya este principio en el marco de un particular régimen económico. Como podrá observarse, las intenciones, o al menos las que se tradujeron en las actas que revisamos, podrán incluso ser muy diversas y se encuentran lejos de representar una voluntad única. Muy por el contrario, la diversidad de opiniones de quienes participaron en estos debates constituye un insumo que permite describir con cierto margen para la interpretación, el escenario bajo el cual se adopta el principio en la Constitución.

Las Constituciones de 1979 y 1993, usualmente enfrentadas en el imaginario de políticos y juristas, comparten un elemento que es justamente el referido a la Economía Social de Mercado como régimen económico. Es decir, a diferencia de todas las cartas anteriores, en las dos últimas el Perú indubitablemente ha optado por un modelo expresamente reconocido en los textos para regir su economía.

En rigor, el concepto de Economía Social de Mercado aparece por primera vez en nuestro ordenamiento en la Constitución de 1979 pero se ha mantenido en la Constitución de 1993 con la misma redacción. No obstante, existe una seria discusión tanto en 1979 como en 1993 en cuanto al régimen económico que debía asumir el Perú, el cual se debatía entre una economía planificada, aún en boga en el debate de 1979, y una economía liberal de mercado, como alternativa fuerte en 1993. A continuación, revisaremos los diarios de debate de ambos procesos constituyentes para dar cuenta de la formación de este concepto en cada uno de estos contextos.

En los diarios de Debate de la Constitución de 1979 podemos encontrar cómo es que la decisión sobre el régimen económico y las medidas de corte económico en la Constitución serían aspectos vitales para el proyecto político que se estaba construyendo. En particular, el panorama político de la época evidencia serias preocupaciones y desacuerdos con la severidad de algunas políticas económicas aprobadas por el Gobierno peruano en relación con lo requerido por los Estados Unidos de América, en la percepción de varios representantes de la izquierda.

Es de especial interés para mostrar este descontento, la moción propuesta por el representante Meza Cuadra, Secretario General y Representante del Partido Socialista Revolucionario, quien sostenía que la Asamblea Constituyente debía pronunciarse rechazando la política económica sostenida por el Gobierno y que esta sea modificada para atender las necesidades de sectores mayoritarios de la población. Parte de esta moción se sustenta en la crítica de las exigencias del Fondo Monetario Internacional de liberalización de la legislación laboral (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo II: pp. 78-79).

Al margen de la coincidencia o discrepancia con estas afirmaciones, que en parte anticipan las críticas que se realizará a las políticas neoliberales en las décadas que siguen, la preocupación por el estado de la economía continúa a lo largo de los debates (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo IV: pp. 11 y ss.). Lo cierto es que las primeras versiones de lo que sería el texto constitucional de 1979 parecieran dar razón a estos reclamos, como veremos a continuación.

La propuesta de texto constitucional de la Comisión de Constitución presentada ante la Asamblea Constituyente, que se encuentra en el artículo 101 decía lo siguiente: “La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarla con el interés social” (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo V: p. 310).

De dicho enunciado puede advertirse que el régimen económico que se buscó consagrar era el de una Economía de Mercado y no el de una Economía Social de Mercado, que es como quedó finalmente el texto. Debe también indicarse a pesar de ello que no se trataba del capitalismo salvaje que temían los sectores de izquierdas, en tanto en la propia propuesta de Constitución se planteaban otros artículos que posiblemente podrían atemperar esta idea de que el régimen era uno que atendía solo a las reglas del mercado. Es así que los principios de justicia social y dignificación del trabajo, y en general la política laboral de pleno empleo o distribución equitativa del ingreso, presentes en el artículo 97 de la misma propuesta, hacen notar que existían elementos de compensación social y contrapeso a las políticas de corte liberal que podrían generarse en una Economía de Mercado.

La discrepancia entre los constituyentes sobre el régimen económico es expuesta por el representante Luis Alberto Sánchez, quien señala que es “En el Título III, Del Régimen

Económico, en donde ha habido mayores discrepancias.” (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo V: p. 340). El debate propiamente dicho, lo encontramos en el Tomo VI del Diario de Debates, y en concreto en la 33 sesión permanente del miércoles 2 de mayo de 1979, presidida por Luis Alberto Sánchez y Ernesto Alayza Grundy. El mismo Alayza Grundy inicia dando cuenta de los consensos en la Comisión Especial que elaboró el texto inicial que habla de una economía de mercado. Señala que este consenso radicó en el rechazo de fórmulas que prescriben al Estado, como único o principal y dominante motor de la actividad económica de la Nación (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo VI: p. 385). Asimismo, reconoce la influencia directa del artículo 38 de la reciente Constitución española que hace referencia a que la libertad de empresa se ejerce en una economía de mercado (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo VI: p. 387).

Frente a ello, el representante Meza Cuadra expresa su discrepancia rechazando el modelo de economía de mercado y propone modificar el artículo y hablar más bien de una “economía planificada, de manera concertada o indicativa, y que el Estado estimula y reglamenta la iniciativa privada, de acuerdo a las prioridades establecidas en los planes de desarrollo.” (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo VI: p. 391). En sentido similar, aunque desde una vertiente ideológica distinta, el socialcristianismo, Héctor Cornejo Chávez, fundador de la Democracia Cristiana, defiende la idea de que la planificación debe ser obligatoria, de modo que la opción por una economía plenamente capitalista no es el camino más conveniente para el Perú (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo VI: pp. 406 y ss.).

La fórmula intermedia que se plasma finalmente en el texto es el proyecto sustitutorio de la Comisión Principal, el cual señala que se tendrá una Economía Social de Mercado. Se evitó de esa manera consagrar una fórmula de economía de libre mercado, de acuerdo con lo señalado por el representante Torres Vallejo (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo I: p. 419). Cierra el debate Alayza Grundy, afirmando que esta Economía Social de Mercado tendrá un énfasis en lo social (Asamblea Constituyente de 1978-1979 Tomo VI: pp. 420 y ss.), manteniéndose así el rechazo a una opción por la economía planificada, pero incidiendo en el elemento social a diferencia del texto original.

En el debate de la Constitución de 1979 la ausencia del principio de subsidiariedad es plenamente comprensible por dos razones. La primera, porque la adopción de la economía social de mercado no significó para todos los constituyentes el asumir el programa político-económico de origen alemán, sino una fórmula intermedia que se interpretaría

con las demás disposiciones de la Constitución, de allí que el principio de subsidiariedad no tuviera relevancia para definir el régimen. La segunda razón la encontramos en las propias disposiciones de la Constitución de 1979, la cual, difícilmente permite delinear un rol subsidiario del Estado a partir de normas como la planificación democrática a la que se refiere Alayza Grundy.

En la Constitución de 1993, tenemos, en principio, el mismo texto que el de la Constitución de 1979. En ambos se señala que existe una Economía Social de Mercado, pero basta revisar el debate que se dio en el Congreso Constituyente de 1993 para reconocer que los fundamentos son claramente distintos en una y otra Constitución, como veremos a continuación.

En las presentaciones iniciales de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático el representante Victor Joy Way describe el momento del país como un desorden generalizado en la economía y que ello llevaba a la necesidad de realizar un cambio radical en el capítulo económico de la Constitución (Comisión de Constitución y Reglamento 1993 Tomo I: p. 199). En concreto, en cuanto al régimen económico expuso lo siguiente:

Creo que ha habido una coincidencia grande —y nosotros en esto nos ratificamos— en la necesidad de establecer allí la libertad de empresa, la libertad de trabajo, la iniciativa de inversión; la iniciativa, en general, de actividades productivas basadas en un sistema de economía de mercado. Y, en esto, quizás, habría que quitarle el elemento de susto; porque, a veces, cuando uno no pone "economía social de mercado", se piensa que, al quitarle la palabra "social" o al no mencionarla, habría lo que en algún momento se llamó la economía brutal liberal de mercado. No es así. Y no es así en la medida que también hay una definición del rol del Estado. Ése es el complemento que tenemos que hacer en la parte del régimen económico, sobre cuál es de la función del Estado. Y con eso, justamente, se complementa lo que es la parte social (Comisión de Constitución y Reglamento 1993. Tomo I: p. 199).

De lo expuesto queda claro que la intención de Cambio 90-Nueva Mayoría, partido de Alberto Fujimori, era la de colocar un texto que hiciera mención a una economía de mercado y no a una “Economía Social de Mercado” como fuera en 1979. Las consecuencias, según lo expuesto por este congresista, serían mínimas en tanto existen otros artículos que delimitan el rol del Estado en la economía y cómo ello tiene incidencia en “lo social”.

Sin embargo, conforme se establece un cierto consenso en cuanto a la fórmula de economía social de mercado, Chirinos Soto denuncia una concesión al sector socialcristiano, con el cual, a su vez, polemizó en cuanto al verdadero significado del término. Chirinos consideraba que finalmente el problema social era de orden secundario y que lo relevante era afirmar que se estaba ante un régimen posmarxista (Comisión de Constitución y Reglamento 1993 Tomo III: 1815 y ss.). Para ello citó a Röpke, uno de los padres de la Economía Social de Mercado, y en base a una lectura de este autor señaló cómo es que, en su opinión, la Economía Social de Mercado podía entenderse como economía de mercado:

La tesis de Roepke es la siguiente: el libre juego de las fuerzas en el mercado —ese libre juego— produce dividendos de bienestar social. Eso es lo que dice. No dice que, so pretexto de la economía social, el Estado tenga intervención en la economía, absolutamente; sino que Roepke cree —repito o explico mejor el concepto— que a las resultas de la libre competencia hay un beneficio social. Por eso, habla de economía social de mercado, y por eso cree que la única intervención que corresponde al Estado es asegurar que funcione la libre competencia y, por ende, perseguir el monopolio y cualquier práctica de ese tipo (Comisión de Constitución y Reglamento 1993 Tomo III: p. 1818).

Lo sostenido por Chirinos Soto es particularmente interesante en tanto no se corresponde con las referencias que merecen la compensación social y el principio de solidaridad en la doctrina sobre Economía Social de Mercado. Bajo esta concepción se olvida la dimensión positiva del principio de subsidiariedad, dimensión que necesariamente lleva a la actuación del Estado y no solo la obtención de un resultado favorable en lo social a partir de la interacción de los agentes económicos en el mercado, aunque evidentemente este último es el punto de partida en este régimen económico.

Puestas a votación las propuestas el 14 de abril de 1993 se aprobó en la Comisión de Constitución y Reglamento la redacción de Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, grupo político que retrocede en la idea inicial de hablar solo de una economía de mercado y finalmente asume la Economía Social de Mercado.

El debate en el Pleno sobre el régimen económico fue largo (7 horas de discusión, con intervención de 47 congresistas en más de 73 turnos), y en el primaron dos grandes sectores: aquellos que apoyaron la idea de la economía social de mercado, encabezados por Lourdes Flores, Ántero Flores-Araoz y Javier Bedoya de Vivanco, y aquellos que

consideraban innecesaria o hasta confusa la inclusión de la economía social de mercado como Rafael Rey y Francisco Tudela. A pesar de ello, la votación fue de 48 votos a favor y 9 en contra (Congreso Constituyente Democrático 1993 Tomo I: p. 818)

En cuanto al principio de subsidiariedad, este es expuesto en el debate constituyente sobre todo por los representantes de la democracia cristiana Lourdes Flores Nano y Javier Bedoya de Vivanco, quienes se refieren específicamente al rol subsidiario del Estado. Muestra de ello es el siguiente pasaje, en el cual Bedoya de Vivanco resume bastante bien las principales ideas en torno al principio de subsidiariedad, especialmente en su variedad horizontal.

Las características básicas de la subsidiariedad y de la suplencia no pueden ser ajenas a la actividad del Estado. Nosotros creemos que la subsidiariedad debe estar presente en aquellos casos en que el Estado debe contribuir a resolver algunos problemas, especialmente de los más necesitados. La subsidiariedad viene de subsidio, viene de asistencia, viene de presencia del Estado, especialmente cuando más se necesita su intervención. Es claro, por ejemplo, que en materia agrícola los campesinos necesitan de una intervención del Estado y que eso podría merecer el carácter subsidiario para establecer, por ejemplo, sistemas de crédito diferenciados. Pero es también importante el concepto de economía social de mercado con relación a la suplencia. El Estado está llamado a intervenir en aquellos casos en que la iniciativa privada no lo puede hacer; no lo puede hacer por razones de estrategia o no lo puede hacer por razones económicas. No es el momento de calificarlo, pero hay determinadas actividades que la iniciativa privada, simplemente, no abarca y en esos casos se requiere la presencia del Estado para cumplir con su obligación de suplencia. (Congreso Constituyente Democrático 1993 Tomo I: p.765)

Debe notarse, asimismo, que la perspectiva que tenían estos representantes del principio de subsidiariedad no se agotaba en la actividad empresarial del Estado, sino que se proyectaba a toda la actividad económica. De hecho, se llegó a proponer en el Pleno del Congreso Constituyente Democrático una redacción alternativa a los entonces artículos 57 y 60, en la cual quedaba clara esta proyección del principio de subsidiariedad. El texto del grupo *Propuesta*, integrado por personajes reconocidos de distintas tendencias políticas, decía lo siguiente: “La iniciativa libre y el pluralismo de formas de propiedad y empresa son reconocidos y garantizados por el Estado. Se ejercen en una economía social de mercado, en la que corresponde al Estado ejercer funciones subsidiarias de

ordenamiento, promoción y suplencia de la actividad privada" (Congreso Constituyente Democrático 1993 Tomo I: p. 766)

Asimismo, el representante Roberts Billig de Nueva Mayoría-Cambio 90 proponía en el mismo sentido: "La iniciativa privada es libre. Al Estado le corresponde actuar subsidiariamente en las áreas de promoción de empleo, salud, de educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura" (Congreso Constituyente Democrático 1993 Tomo I: 757). Llama la atención, asimismo, lo planteado por la representante Chávez Cossio, quien también parece tener una visión similar del principio de subsidiariedad:

Desde ese punto de vista, tengo entendido, y quiero dejar constancia de ello, que cuando el artículo 57° del anteproyecto se refiere a que al Estado le corresponde actuar principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, eso no significa que en esas áreas el papel del Estado sea más fuerte que el de los privados, sino, simplemente, que la actividad que le corresponda realizar al Estado debe destinarla principalmente a esos sectores, no así a asfixiar o relegar la iniciativa privada en todas esas actividades. (Congreso Constituyente Democrático 1993 Tomo I: p. 816)

La adopción del principio de subsidiariedad, sin embargo, no fue completamente pacífica, aunque debe destacarse que, donde radicó la principal polémica fue en la aplicación del principio de subsidiariedad al sector educación, toda vez que, según representantes como Fernando Olivera, dicha concepción colisionaba con la búsqueda de la gratuidad en la educación. (Comisión de Constitución y Reglamento 1993 Tomo II: pp. 990-991)

A pesar de todo lo dicho, el texto constitucional finalmente aprobado no colocó expresamente el principio de subsidiariedad en el artículo que define el rol del Estado en la economía, sino en el referido a la actividad empresarial del Estado. Una lectura completa del debate, sin embargo, nos lleva a concluir que dicha redacción no se desprende del debate constituyente considerado en su totalidad, en el que no se dio pie a una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad.

A modo de conclusión preliminar sobre este apartado, podemos señalar que en la historia peruana, el principio de subsidiariedad será uno de recepción tardía en el constitucionalismo peruano, pues no tuvo antecedentes entre las primeras constituciones del Perú. En la Constitución de 1979 es discutible su recepción, salvo que se interprete a partir del régimen de economía social de mercado; pero en la Constitución de 1993, el

debate constituyente demuestra una recepción tanto a partir de la economía social de mercado como del principio de subsidiariedad, sin que se explique desde el debate la redacción actual que coloca el principio en el artículo referido a la actividad empresarial.

No se ha encontrado, por tanto, una continuidad en el uso de este principio que condicione su interpretación, pero si un debate del Congreso Constituyente que no restringía el principio de subsidiariedad a la actividad empresarial, sino que proyectaba sus efectos a distintos ámbitos de la intervención del Estado, reconociéndose, no obstante, algunos puntos sensibles que no serían resueltos en el texto constitucional, como el de su aplicabilidad al sector educativo.

1.3. El principio de subsidiariedad en la doctrina constitucional peruana

La doctrina peruana no ha dedicado mucha reflexión a la Constitución Económica y, en consecuencia, tampoco lo ha hecho sobre el principio de subsidiariedad. En términos generales, el principio de subsidiariedad ha sido reconocido por varios autores como un principio de la Constitución económica: Bernales Ballesteros, Ochoa Cardich, (Quispe Correa 2006: pp.508-509) y César Landa (2007: p.34) lo incluyen. Mas no puede dejar de advertirse en este punto, como hemos señalado en anterior oportunidad (Cruces 2016: p. 45) que existe poco consenso en torno a los principios asumidos por la Constitución de 1993. Aun con estos problemas, sobre los cuales volveremos en el tercer capítulo, de toda la doctrina nacional hemos optado por presentar la opinión de tres autores que desde perspectivas distintas plantean una interpretación para el principio de subsidiariedad.

Existen, desde luego, más aportes al respecto que cuentan con aproximaciones interesantes a la subsidiariedad. Consideramos especialmente influyente la interpretación que ha hecho Eduardo Quintana del artículo 60 de la Constitución (Calderón Morales 2011; Quintana 2012) interpretación que, a su vez, ha motivado calificados comentarios en dos recientes tesis de licenciatura (Calderón Rojas 2017: pp. 143-144; Abusada 2018: pp. 70 y ss.). Sin desconocer el valor de estas interpretaciones, así como las realizadas por Cairampoma (2012: p. 327), Huapaya (2011) o Vignolo (2017a) no las reseñaremos aquí, aunque coincidamos en el resultado, por dos razones. La primera razón consiste en que, si bien casi todos los autores parten de la interpretación constitucional, su enfoque es decididamente de derecho administrativo al punto que la mayoría de los textos culmina con aplicaciones concretas en determinados sectores o mercados. La segunda razón radica en que el análisis más vigoroso se suele centrar en la actividad empresarial del Estado, lo

cual desde luego resulta de nuestro interés, mas no permite cuestionar abiertamente el problema del ámbito de aplicación del principio.

Dentro del gran tópico que constituye el principio de subsidiariedad dedicaremos el siguiente capítulo a la actividad empresarial del Estado, donde estas perspectivas serán importantes, sin embargo, para describir la interpretación constitucional hemos seleccionado tres autores que aportan tres miradas distintas entre sí desde el derecho constitucional, que nos permiten interrogarnos sobre el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad y, la forma en que esta aplicación se daría fuera de la actividad empresarial del Estado. Las tesis seleccionadas han sido las de Kresalja, Landa y Súmar, a las cuales me referiré a continuación de modo descriptivo, para luego confrontarlas con la interpretación extensiva del principio de subsidiariedad hacia el final de esta tesis.

1.3.1 El principio de subsidiariedad según Baldo Kresalja

Baldo Kresalja es uno de los autores que más se ha dedicado al Derecho Constitucional Económico en el Perú y, por tanto, seguramente quien ha escrito más sobre el principio de subsidiariedad. Frecuentemente colabora con el profesor César Ochoa Cardich por lo que, aun cuando generalmente haremos referencia a la obra individual de Kresalja, esto será complementado con textos escritos en coautoría con Ochoa, diferencia que resaltaremos allí donde sea necesario.

En su libro “El principio de subsidiariedad en materia económica”, Kresalja realiza un estudio de las constituciones de 1979 y 1993 y si bien la referencia exhaustiva a la Constitución de 1979 no es objeto de este trabajo, cabe referirse nuevamente a la misma, en la medida que para comprender la tesis de Kresalja es importante el contraste entre ambas constituciones.

En ese sentido, este autor parte de afirmar que, en la Constitución de 1979, el Estado tuvo amplias facultades para intervenir en la economía, lo cual le hubiera permitido diseñar un Estado de bienestar, aunque sea tardío dado el contexto mundial. Sin embargo, ello no fue posible por diversas razones, entre ellas, según Kresalja, el hecho de que las fuerzas políticas no llegaron a comprender la complejidad del régimen económico constitucionalizado. El principio de subsidiariedad quedaría así desvirtuado por la práctica material (Kresalja 2010: 94)

Kresalja resalta el reconocimiento expreso del principio de subsidiariedad en el artículo 60 de la Constitución de 1993, y lo centra preliminarmente en la actividad empresarial del Estado. En ese sentido, para este autor, el mandato de subsidiariedad se extrae de dicho artículo, pero se fundamenta en la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. El principio debe así tomar en consideración la fórmula de Estado social, y como consecuencia de ello, no se encuentran sujetos a este principio el ejercicio de la potestad de *imperium* o la prestación social, que no constituyen actividad empresarial (Kresalja 2010: 98- 99).

En el artículo escrito junto a César Ochoa en el que se proponen algunas ideas para la Constitución Económica, Baldo Kresalja plantea que la subsidiariedad requiere de ciudadanos dispuestos a asumir sus tareas y responsabilidades, lo cual es imposible de lograr sin propiedad privada, libertad de contratación y libertad de empresa. (Kresalja y Ochoa 1999: 744). Dan a entender los autores, aunque no categóricamente, que una sociedad que no cuente con estos elementos no podría aplicar el principio de subsidiariedad.

Kresalja sostiene, en esa línea, que el rol subsidiario no significa renunciar a actuar sino más bien priorizar dicha actuación para lograr el desarrollo. Es así que apuesta por una planificación estratégica, aunque reconoce que el rol subsidiario del Estado en materia económica es una consecuencia del modelo de Economía Social de Mercado. (Kresalja, 2010: 155). En la definición que acoge para este régimen sostiene nuevamente este punto pues señala que la economía social de mercado “(...) es un concepto económico y social fruto de la liberalidad protestante unida con la solidaridad católica, estructurada sobre el principio de subsidiariedad, en donde ambos elementos se conjugan y complementan mutuamente.” (Kresalja 2010: 171)

En síntesis, podemos afirmar que Kresalja interpreta el principio de subsidiariedad a partir de la Economía Social de Mercado y fundamentado en la libertad de empresa. Sostiene, además, que este debe compatibilizarse con un rol activo del Estado que permita realizar planificación y que intervenga especialmente en programas asistenciales y servicios públicos en virtud de la cláusula de Estado Social. Para Kresalja, el artículo 60 corresponde al principio de subsidiariedad no por una mera interpretación literal, sino porque la actividad económica que no sea actividad empresarial estaría orientada a cumplir con los mandatos que la Constitución otorga al Estado y que se sustentan en el Estado Social.

1.3.2 El principio de subsidiariedad según César Landa

César Landa ofrece una interpretación con características distintas a las de Kresalja, toda vez que parte del texto constitucional mismo antes que del devenir histórico de la categoría en cuestión, aunque ello no implique su desconocimiento o la descontextualización de la disposición a interpretar.

La interpretación de Landa parte del régimen económico que es el de Economía Social de Mercado, el cual señala es el modelo económico propio del Estado democrático y social de derecho. Sin embargo, realiza una distinción que no encontramos en otros autores, al dividir expresamente la actividad empresarial del Estado de su actividad económica. En opinión de Landa, “(...) el rol del Estado en la economía es de carácter más amplio y no solo se reduce a la actividad empresarial. En efecto, no podría considerarse que el Estado no cumple un papel central en la economía, pues es más bien el que dirige y establece la política macroeconómica del país y orienta la microeconomía.” (Landa 2016: p. 148).

El profesor Landa, a manera de crítica de la sentencia “Nesta Brero”, plantea un problema no advertido por otros autores: el de la gradación del principio de subsidiariedad. Plantea, en ese sentido, que el principio de subsidiariedad no debe tener necesariamente una concepción unívoca, sino que pueden darse intervenciones leves, moderadas y graves en la economía que reclaman matices en la subsidiariedad. (Landa 2016: p.149)

En lo que correspondería a una intervención leve, este nivel estaría reservado a aquellas actividades en las que el Estado tiene un rol central, actividades que el autor ha identificado como servicios públicos, recursos naturales e infraestructura. En dicha intervención no sería aplicable el principio de subsidiariedad o esta aplicación no prevalecería frente a la potestad estatal (Landa 2016: 150). La intervención intermedia, estaría referida a la actividad que principalmente se desarrolle por privados pero que se vincule a fines constitucionales como la promoción de pequeñas empresas, propiedad privada y ahorro. La intervención grave estaría reservada para la actividad económica que no se vincule a un fin constitucional por lo que al Estado solo le corresponderá un rol regulador (Landa 2016: p.154-157).

En síntesis, la interpretación ofrecida por Landa del principio de subsidiariedad es tal vez una de las más interesantes puesto que, en base a los mandatos que nuestra Constitución

ha generado, construye una gradación que asume que la subsidiariedad debe admitir matices conforme al tipo de intervención en la economía que se propone.

1.3.3 El principio de subsidiariedad según Óscar Súmar y Eduardo Iñiguez

Súmar e Iñiguez parten de una perspectiva liberal y que discrepa abiertamente de lo expuesto por los otros dos autores, planteando para ello una metodología propia. Conciben dos acepciones del principio de subsidiariedad, el cual consideran, podemos dividir en una subsidiariedad respecto de la actividad empresarial directa y una subsidiariedad respecto de la regulación. En el primer ámbito, se partirá de un papel reducido en estricto, de modo que solo se justificará la actividad empresarial en términos de redistribución o siempre que no exista suficiente oferta de un bien considerado meritorio. (Súmar e Iñiguez, 2017: p. 43).

Bajo la segunda acepción, se parte del presupuesto de que las intervenciones estatales no necesariamente deben ser directas para generar efectos en el mercado, por lo que incluso la regulación indirecta puede tener efectos perniciosos. En ese orden de ideas, la regulación puede ser enjuiciada, y para tal efecto el autor propone utilizar el test de proporcionalidad en tanto considera que la subsidiariedad se quiebra al dejar que el Estado actúe discrecionalmente de forma arbitraria sobre un mercado (Súmar e Iñiguez: 2017: p. 46)

Estas tres perspectivas sobre lo que debe entenderse como subsidiariedad hacen notar que, en el Perú, a pesar de contar con un régimen económico que reconoce este principio y que, además, constituye un mandato constitucional incuestionable desde el año 1993, aún existen discrepancias en la doctrina sobre sus alcances para su eventual aplicación.

Capítulo 2: Interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad a partir del artículo 60 de la Constitución de 1993

El artículo 60 de la Constitución señala que la actividad empresarial del Estado se ejerce de forma subsidiaria, en lo que consideramos la concreción más directa del principio de subsidiariedad en el propio texto constitucional. Como señalamos en el capítulo anterior, para algunos autores probablemente este sea la única concreción posible del principio, mientras que, para otros, se trata de una concreción entre otras admitidas por la Constitución de 1993. La determinación sobre este alcance del principio de subsidiariedad la realizaremos más adelante.

En este punto resulta imprescindible, antes de conocer hasta donde se extiende el principio de subsidiariedad, conocer cuando menos cómo es que se interpreta el principio allí donde pareciera existir consenso sobre siquiera su existencia, que es el propio artículo 60 de la Constitución, es decir, la plena vigencia del principio de subsidiariedad en el ámbito de la actividad empresarial del Estado.

Para acercarnos a este objetivo, observaremos lo que han desarrollado cuatro intérpretes de la Constitución: el Congreso de la República, el Gobierno Nacional, el Tribunal Constitucional y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual. En cuanto a los dos primeros, el énfasis se encontrará en el desarrollo a nivel legislativo y reglamentario de la actividad empresarial del Estado; mientras que en los dos últimos, los más relevantes para lo que aquí buscamos reseñar, trabajaremos la interpretación de dos líneas jurisprudenciales.

2.1. Antecedentes históricos y estado de la cuestión sobre la actividad empresarial del Estado

2.1.1 Antecedentes históricos sobre la actividad empresarial del Estado en el Perú

Históricamente, la actividad empresarial del Estado no ha sido un tema de discusión constitucional. El derecho administrativo ha tratado este tema con mayor prolijidad y más bien ha sido el estudio de la intervención del Estado en la economía, particularmente en el marco del Estado social y más recientemente a propósito del fenómeno de la privatización, donde ha surgido la literatura principal sobre este tema.

Un antecedente histórico que todavía tiñe la discusión en torno a la actividad empresarial del Estado es el de la preeminencia del Estado en la economía en regímenes que se reclamaban socialistas o que buscaban un Estado de bienestar, a diferencia de aquellos en los que el Estado tuvo un rol más restringido.

Como señala Rodríguez-Arana,

El Estado Providencia (*Welfare State*) es el que se ocupa inmediatamente de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde “la cuna hasta la tumba”. Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, siempre presente, que exige elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. Trae consigo una poderosa y omnipotente burocracia que crece y crece sin parar. (Rodríguez Arana 2015: p. 102)

La empresa pública, en aquella forma de asumir el rol del Estado en la economía, se entiende perfectamente, en tanto se sostiene que el Estado requiere tener un rol activo para garantizar que los ciudadanos vean satisfechas sus necesidades. Rodríguez-Arana, a pesar de tener una postura claramente crítica del Estado de bienestar, le reconoce mérito ya que

(...) en virtud del Estado de Bienestar se consiguió que el Estado asumiera como obligación las ayudas a quienes perjudicaba el funcionamiento del mercado y que los sindicatos se integraran en la determinación de los distintos intereses colectivos de carácter laboral. Es verdad que la aparición del Estado del Bienestar supuso una conciencia más social por parte de los ciudadanos. (Rodríguez-Arana 2015: p.108)

La Constitución peruana de 1979 establecía un marco normativo especialmente vigoroso en cuanto a la forma en que se posiciona la actividad empresarial del Estado. El artículo 113 desarrollaba la finalidad de la actividad empresarial del Estado y establecía como fines promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos del desarrollo.

Se trataba de tres objetivos que no necesariamente debían ir de forma conjunta, y que, concordaban con un Estado de bienestar que planifica para lograr objetivos económicos. El ánimo de promover la economía no se presentaba en términos indeterminados, sino que explícitamente se dejaba como límite que la economía a ser promovida debía ser la

peruana. Ello tendría que ser un límite a las políticas que pudiera emprender una empresa estatal, cuyo objeto no podría estar vinculado al beneficio de otras economías.

Las normas con rango de ley de la época se insertaron en este contexto. Así, la Ley de la Actividad Empresarial del Estado de 1981, Decreto Legislativo 216 repetía en su artículo 2 los objetivos señalados en la Constitución, pero aumentaba el de seguridad nacional. Asimismo, reconocía a las empresas de derecho público, empresas estatales de derecho privado, empresas de economía mixta y el accionariado del Estado, siendo esta última categoría una no constitutiva de actividad empresarial del Estado. Se trata de un esquema que, con algunas notas diferenciales, se mantiene hasta la norma vigente hoy en día. Uno de estos factores que cambió en legislación posterior es el presentado en el artículo 7 del Decreto Legislativo 216, pues el mismo definía a la empresa de derecho público como aquella empresa que goza de atribuciones propias de la Administración Pública o de imperio, características del derecho público.

A fines de los años ochenta, en el gobierno de García de clara tendencia estatista, se emite la Ley 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado, la cual, solo siete años después, dejó sin efecto el Decreto Legislativo 216. Esta norma detalló, y podríamos decir que amplió, el catálogo de objetivos que podían adoptarse para la realización de actividad empresarial del Estado. El artículo 4 de la Ley 24948 fue bastante gráfico en cuanto a lo que se concebía como alcances de la actividad empresarial del Estado, en la medida que esta se podía desarrollar en los siguientes rubros:

- a) En la exploración, extracción, transformación y comercialización de los recursos naturales estratégicos cuando se requiera de grandes inversiones o de garantizar la racional explotación o renovación de los recursos;
- b) En la producción de bienes y servicios vinculados directamente a la defensa nacional y otros de gravitación determinante en actividades económicas estratégicas para el desarrollo de nivel nacional y regional;
- c) En la provisión de servicios públicos y culturales;
- d) En la comercialización de alimentos básicos para el consumo popular, cuando sea necesaria para su regulación de precios y/o abastecimiento en el mercado;
- e) En la actividad financiera y de seguros;

- f) Comercio Exterior de bienes y servicios de gran significación económica; y
- g) Consultoría e ingeniería de alta especialización.

Coincidimos con la apreciación de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, que en un informe del año 2001 señaló sobre la legislación referida a la actividad empresarial del Estado, dictada a la luz de la Constitución de 1979, que

(...) se ha señalado que, si bien esta ley desarrollaba un vacío de la Constitución de 1979, al precisar los objetivos y ámbito de la actividad empresarial del Estado, no recogió una opción restrictiva, sino que por el contrario dejó un amplio margen para extender la intervención del Estado. (Gerencia de Estudios Económicos Indecopi, 2001)

Ahora bien, lo cierto es que en la exégesis de la Constitución de 1979 se planteó la discusión sobre si la actividad empresarial del Estado debiera estar sujeta al principio de subsidiariedad, justamente a partir de la interpretación de la subsidiariedad en el marco de una economía social de mercado.

Los artículos pertinentes para esta discusión fueron el 113, específico sobre la actividad empresarial: “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.”; el artículo 115, sobre la iniciativa privada en general, “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.”; y el artículo 114 que regulaba cómo es que el Estado podía reservarse, por causa de interés social o seguridad nacional, algunas actividades productivas o de servicios.

En dicho contexto normativo, Ochoa señala que el sector socialcristiano, representado por Alayza Grundy había asumido que debía aplicarse el principio de subsidiariedad en tanto se había consagrado la Economía Social de Mercado, siguiendo así la interpretación de Gaspar Ariño por la cual, en una economía de mercado, refiriéndose al caso español, la iniciativa privada era la regla y la pública la excepción. (Ochoa 1987: pp. 627 y ss.)

Ochoa, en este debate, señala que es el artículo 112 de la Constitución de 1979 el que permitía descartar la subsidiariedad y que, más bien, al reconocerse el pluralismo económico, la relación no podía ser de subsidiariedad en la medida que había igualdad de condiciones entre sector público y privado. En el mismo sentido, Ochoa señalaba que no era conforme al principio de subsidiariedad la potestad que tenía el Estado de reservarse

una actividad productiva. Por tanto, concluía, en la Constitución de 1979 no existía subsidiariedad. (Ochoa 1987: p. 633)

No es este el espacio para responder a estos argumentos que en los años posteriores fueron dejados de lado por el cambio social y político que supuso la caída del muro de Berlín y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. No obstante, debemos señalar que, en nuestra opinión, la argumentación que presentaba Ochoa se correspondía a una versión de caricatura de la subsidiariedad como un principio sólo de limitación de la actividad del Estado, antes que uno que permite su justificación. Se atendía solamente a la dimensión negativa del principio, sin reconocer su dimensión positiva.

En los años de vigencia de la Constitución de 1979 la actividad empresarial del Estado había crecido considerablemente en un proceso que inicia con la dictadura de Velasco Alvarado, aunque sin un plan económico claro (Thorp y Berthram 2013: pp. 375 y ss.). En la década de los ochenta, la actividad empresarial se proyecta de manera peligrosa a espacios insólitos. Chirinos Soto ya comentaba sobre la permisividad de la Constitución de 1979 en este punto:

Lo malo del asunto está en que muchas veces, la actividad empresarial del Estado no sirve con eficacia a fines tan bellos como los descritos, sino que incurre en pérdida. La pérdida ensancha el déficit del presupuesto. El déficit induce la emisión de billetes. Las emisiones envilecen la moneda. Los precios suben constante y aceleradamente. Es la inflación. Es la crisis. (Chirinos 1979: p. 124)

El comentario de Chirinos, de excesiva simpleza económica, no tendría relevancia si no se hubiera adelantado algunos pocos años a la debacle del primer gobierno de Alan García. La empresa pública no sería culpable de la crisis económica que azotaría al Perú, pero, aun así, al ser una práctica común estatal, se dieron algunos excesos que hicieron que hacia fines de los años ochenta la actividad empresarial del Estado fuera objeto de fuertes críticas como recuerda Vignolo, a partir de un caso concreto

En ese sentido, sólo basta recordar algunas normas legales de actividad empresarial del Estado de los años ochenta, que con dosis de irresponsabilidad financiera, sin asumir una forzosa despartidarización y con una evidente falta de razones jurídicas-administrativas medianamente reconocibles, permitían que -por ejemplo- el Estado pueda impulsar, montar y operar una fábrica de cemento, a través de la empresa estatal Corporación Departamental de Desarrollo del Cuzco, permitiéndose la inmediata "transferencia de

recursos humanos, materiales y financieros necesarios (ver el artículo 2 de la Ley No. 24876). (Vignolo 2017b: p. 74)

La liberalización de los años noventa en el Perú tuvo como uno de sus objetivos la reconfiguración de la actividad empresarial del Estado en el Perú. Como señala, Céspedes, coincidiendo con Vignolo,

(...) el Perú llegó a contar con más de doscientas empresas públicas, que se dedicaban a los más diversos e inusuales rubros. Estas empresas fueron manejadas de las formas más inadecuadas, en los diversos sentidos que implica este término, aplicándose casi todos los criterios equivocados para la conducción de las mismas, buscándose la rentabilidad política antes que la económica (...). Posteriormente, con el cambio de orientación económica de la sociedad peruana, a través del proceso de liberalización del mercado y privatización de activos estatales, se logra liquidar, disolver y vender la mayoría de empresas públicas peruanas (...) (Céspedes 2010: p. 144)

En la actualidad, la actividad empresarial del Estado se encuentra fuertemente condicionada por el principio de subsidiariedad, el cual ha sido interpretado en la forma restrictiva que describiremos líneas más adelante.

2.1.2 Aproximación al concepto de actividad empresarial del Estado desde el Derecho Administrativo

En las fuentes españolas, de las cuales se ha nutrido la doctrina nacional, la actividad empresarial del Estado se enmarca en las formas de intervención del Estado en la economía. Ariño Ortiz sistematiza la clasificación de las modalidades de la acción administrativa, las cuales explica se han ido generando históricamente superponiéndose unas a otras, de la siguiente manera: a) actividad de policía, b) actividad de fomento, c) actividad de prestación o servicio público, d) actividad de gestión económica o actividad de producción de bienes y servicios, e) actividad de planificación y programación, f) actividad arbitral. (Ariño 2004: p. 301-304)

De todas las formas de intervención en la economía, la actividad empresarial corresponde a la actividad de gestión económica o actividad de producción de bienes y servicios. Ariño, señala específicamente sobre el tema que:

[s]e trata de actividad 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 organizativas y 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” (Ariño 2004: p. 304)

La empresa pública, de acuerdo con Zúñiga, surge de la

(...) “deformación del servicio público” según la cual la Administración pasa de ser prestadora de servicios asistenciales (tradicionalmente educación, sanidad y beneficencia) a ser dador (W.Jellinek, E. Forsthoff) de servicios de carácter económico a través de entidades que crecientemente asumen la forma jurídica de empresas públicas. Tal transformación pivotea en torno a la transformación del tradicional Estado liberal (Gendarme) en un Estado Social (Benefactor), lo que engarza en una dialéctica de estatalización de la sociedad civil y socialización del Estado, cuyo fondo es la transformación de la economía capitalista y de la democracia. (Zúñiga 2001: p. 355)

En definitiva, el hecho de que el Estado se convierta en empresario responde a un momento histórico particular, posterior al del Estado liberal, en el que se entendió que el Estado debía realizar directamente algunas actividades económicas. Como se puede verificar, la evolución de las técnicas de intervención del Estado en la economía ha llevado a que el Estado cuente con una serie de herramientas para lograr el interés público, a través de actividades que conviven y permiten obtener resultados que cumplan con los fines constitucionales determinados de cada Estado, en el marco de sus propias limitaciones en la Constitución y el desarrollo que se haga en la normativa de rango inferior.

Cuestión distinta ha sido la de precisar cómo es que se ejerce la actividad empresarial del Estado, asunto que no ha sido pacífico. Martín Retortillo, al respecto, comenta cómo es que se han generado diversas categorías en la doctrina que permiten abordar este tema como el de la Administración indirecta, Administración institucional, Administración mediata, Administración por servicios o Administración instrumental, siendo todos estos conceptos que apuntan a la posibilidad de realizar una descentralización funcional por la cual no es ya la Administración, en su sentido más tradicional, la encargada de llevar a cabo todos los fines públicos. Por tanto, la mejor prestación de determinados servicios conduce a encomendar su gestión a entidades públicas dotadas de personalidad distinta

de la del Estado que, a su vez, se organizan y, en principio, actúan en el plano externo con los demás sujetos de derecho, también según procedimientos de derecho público (Martín-Retortillo, 1991: p. 67-68)

Cosculluela Montaner y López Benítez relatan que en el escenario español un criterio para identificar actividad empresarial pública fue el de su relación con la forma de Entidades Públicas Empresariales. Ello sin pretender negar una verdad histórica: han existido organismos autónomos que podían perfectamente reputarse empresas públicas al margen de la forma legal que adoptasen. (Cosculluela y López 2011: p.137)

En esa misma línea de pensamiento, Cosculluela hace referencia al importante caso Comisión v. Italia de 1987, caso en el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló que no existe una vinculación absoluta entre un determinado tipo organizativo (tradicionalmente la sociedad anónima) y la actividad empresarial desarrollada. De modo que las actividades mercantiles podían ser desarrolladas por entes públicos, y, en consecuencia, dichas actividades mercantiles deberían quedar sujetos a la normativa que les fuera de aplicación en el control de la forma de financiación de sus actividades (Cosculluela y López 2011: p.138).

Como puede apreciarse, ello ha llevado que en la actualidad la definición dogmática de actividad empresarial del Estado ha pasado a ser una en la que “la nota definitoria de las empresas públicas es el control público al que siempre se encuentran sometidas, el mismo que es ejercido por una organización administrativa y puede manifestarse de diversas maneras (...)” (Vignolo 2017b: p.86)

En esa misma línea ha avanzado nuestro Tribunal Constitucional peruano, cuando, a propósito de un proceso hábeas data se ha referido al control de la empresa como factor definitorio para habilitar un alto estándar de acceso a la información pública, distinto al que resulta aplicable a las empresas privadas que ejercen función administrativa:

“(…) la existencia de control de la empresa por parte del Estado. Y es que más allá de la cantidad de acciones que pueda tener el Estado en una empresa, lo que permite trasladar los fines públicos al desarrollo de una actividad empresarial es la existencia de control por parte del Estado. Es mediante este control de la actividad que se concretiza la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado que manda la Constitución.” (STC 03994-2012-PHD/TC, f. 24)

La dinámica contemporánea de la empresa pública ha llevado a que la forma en que establece su control el Estado sea más diversa que el simple juego de la mayoría de acciones y es así que Vignolo reclama que se puede hablar cuando menos de las siguientes formas de control:

(i) Control por resultados: Es aquella forma de subordinación a través de la cual el Estado, representado por alguna entidad administrativa, ejerce una función fiscalizadora o de revisión de objetivos, verificando los resultados últimos o intermedios de la gestión de la empresa. En esta fórmula menos invasiva de la actividad empresarial, la organización administrativa controladora no participa en el proceso interno de toma de decisiones, generándose un amplio espacio para la aparición de los procesos de despolitización que son tan urgentes y necesarios para el sostenimiento jurídicamente válido de la técnica.

(ii) Control directo: Se da cuando la organización administrativa participa directamente en la toma de decisiones internas de la empresa pública a fin de que se produzcan los resultados esperados. Esta manifestación de control se logra -típicamente- a través de la titularidad pública de la mayoría de las acciones de la empresa y puede ser, a su vez, económico o de dirección, recayendo en este último caso sobre toda o partes de la gestión y dirección misma de la empresa.

(iii) Control indirecto: En esta modalidad la organización administrativa no participa directamente en la dirección del sujeto económico por no ser su accionista o participacionista mayoritario, es más puede poseer efectivamente una intervención accionaria mínima, o incluso ninguna posible. Sin embargo, tiene la capacidad de tomar decisiones esenciales y estratégicas al interior de la empresa pública, sea por mandato normativo, por el control directo sobre otro sujeto económico que participa en los órganos de gobierno de la empresa pública, por una obligación generada desde el Derecho Privado, o por la aparición de la llamada acción-oro, entre otras posibilidades. Los ejemplos más típicos de control indirecto son la designación de más de la mitad de los miembros del Directorio, la reserva de la decisión sobre la ampliación o reducción de operaciones, o sobre la propia existencia jurídica de la empresa pública.

(iv) Control de los criterios para la toma de decisiones: Es aquella forma de influencia que se da por medio del nombramiento de directores y gerentes. La misma se puede especificar mediante la instauración de convenios de gestión para el cumplimiento de determinados objetivos preestablecidos, posibilitando la evaluación de la gestión de la empresa en función de los resultados previamente acordados con sus directivos. (2017b: pp. 87-89)

Podemos concluir a partir de lo señalado por la doctrina del Derecho Administrativo, que la actividad empresarial del Estado se puede configurar no solo a través de la empresa pública, sino que puede presentarse de forma muy diversa, adoptando distintas formas legales para llegar a sus fines.

2.2. Configuración actual de la actividad empresarial del Estado en la Constitución de 1993

Considero, a la luz de lo planteado en el Derecho Administrativo, que el estudio de la actividad empresarial del Estado en el Perú se puede dividir en dos partes. Una primera parte que se podría denominar actividad empresarial formal, y una segunda que puede considerarse actividad empresarial no-formal. Con esta división no se pretende atribuir a alguna de ellas características como validez o legalidad. Se trata de categorías estrictamente descriptivas en base a las razones que daré en cada uno de los apartados y que se refieren a la configuración de esta actividad a nivel legislativo, a partir de la pauta constitucional.

Se parte de la corroboración que ha hecho el Derecho Administrativo de que la actividad empresarial no se encuentra atada necesariamente a una particular forma institucional, sea esta de entidad pública, asociación o sociedad. La variante formal dará cuenta de la actividad empresarial ejercida por la empresa pública tradicionalmente considerada, mientras que la no-formal, se encargará de todas las demás manifestaciones de la actividad empresarial del Estado.

La calidad de formal o no-formal, no pretende denotar algún tipo de actividad empresarial, sino que hace referencia al uso de la forma empresarial para realizarla conforme a lo previsto por la ley (y lo que parece estar detrás de los requisitos establecidos en la Constitución) y aquella otra actividad empresarial que se convalida en interpretaciones como la ofrecida por el Tribunal Constitucional y que no reposa en una forma empresarial sino que materialmente se manifiesta en la actividad de las entidades públicas. Como consecuencia de ello, tampoco está sujeta a las reglas de orden legal que se imponen a la actividad empresarial formal.

De esta distinción, en principio metodológica, surge una pregunta que debe ir respondiéndose paulatinamente. Si la actividad empresarial pública puede ser formal o no-formal, ¿Se aplica de la misma manera el principio de subsidiariedad en ambos

contextos? Para responder esta interrogante, que será abordada en el tercer capítulo, será importante caracterizar de la mejor manera estas dos categorías propuestas.

Y es que de la forma en que se conciba la actividad empresarial, especialmente en su variante no-formal, tendremos elementos que podrían matizar el alcance que puede tener el principio de subsidiariedad. En ese sentido, interesa en este apartado resaltar el funcionamiento de la actividad empresarial no-formal en contraste a la formal, esta última con dificultades constitucionales propias pero menores en comparación a la variante no-formal.

Ahora bien, las variables para realizar la interpretación en la Constitución de 1993 serán las mismas que en la Constitución de 1979 dado que si bien las disposiciones constitucionales han cambiado, en términos generales, se refieren a los mismos temas. Es así como partimos del propio artículo 60 de la Constitución de 1993, el cual, como ya se ha adelantado, mantiene el reconocimiento del pluralismo económico. A continuación, se incluye la disposición más controvertida: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.”, la cual se complementa con “La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”

Es este el conjunto de disposiciones, que, sumadas a otras, conforma el parámetro constitucional que será interpretado por el legislador, sea este el propio Congreso o el Gobierno, mediante legislación delegada; el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia; y el Indecopi, a través de varios pronunciamientos y un precedente.

2.2.1 La actividad empresarial formal

Por esta actividad empresarial, pretendemos describir lo que se ha entendido de manera clásica como empresa pública o empresa del Estado, es decir, la intervención del Estado en la economía a partir de una participación relevante en una empresa con la finalidad de participar en el mercado y de dicha manera conseguir un fin público.

La empresa pública, como ya hemos anotado, no es un fenómeno nuevo ni particular del Estado peruano. Lo especial de esta Constitución son los mecanismos que resultan también particularmente severos en el Derecho Comparado, tal como menciona Quiñones:

Escollo insalvable contra el que se han estrellado las intenciones de sucesivos gobiernos por reactivar la actividad empresarial del Estado, esta norma incorpora tres candados, para blindar al mercado de sus distorsiones: subsidiariedad, ley expresa y motivación de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional; amén de ordenar que la empresa estatal se someta al mismo tratamiento legal que la privada. Quedan prohibidos, consiguientemente, los estatutos preferenciales y privilegios para las empresas estatales. (Quiñones 2012: p.66)

Los requisitos incluidos en la Constitución de 1993 para realizar actividad empresarial del Estado fueron motivo de exégesis de diversos tratadistas peruanos, quienes se han pronunciado sobre la forma en que deben interpretarse estas disposiciones de la Constitución. En términos generales, existe una crítica por la dificultad que se generó para realizar actividad empresarial del Estado con estas nuevas reglas.

En ese sentido, Bernaldes señalaba que en razón de la experiencia con el trámite parlamentario se sabía que iba a ser difícil aprobar leyes que permitan la creación de empresas públicas. De igual manera, sostuvo que los conceptos de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional son conceptos de apreciación política (no técnica) que dejan una “zona gris” libre a la interpretación, la cual debiera ser entendida de forma restrictiva antes que laxa, de acuerdo con la propia redacción de la Constitución (Bernaldes 1996: p. 311)

De igual manera, Rubio señala que se establece una concepción restrictiva de la actividad empresarial del Estado, en la que el requisito de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es una:

(...) expresión altisonante que no tiene significado específico en el Derecho Constitucional, pero que carga la intención de decir que sólo en casos muy especiales se deberá autorizar la existencia de empresas públicas. No es un lenguaje técnico sino, en última instancia, emotivo. (Rubio 1999: p. 236)

Sobre la interpretación de estas causales, tenemos, por ejemplo, la posición de Gutiérrez, quien señala que, lo que deba entenderse como alto interés público o manifiesta conveniencia nacional corresponde ser interpretado por el Congreso de la República, pues este organismo es el que llenará de sentido esta disposición cuando emita una ley autoritativa de actividad empresarial. Y en cuanto a la subsidiariedad entiende que la

actividad del Estado es deseable cuando no exista oferta en el mercado, de modo que la empresa pública no sustituya la actividad privada. (Gutiérrez 2015: p. 341)

Víctor García Toma asume la posición de Ochoa que hemos reseñado líneas atrás, señalando que se mantiene en la Constitución de 1993 una contradicción entre el reconocimiento del pluralismo económico y la subsidiariedad. Dicha apreciación, que podría tener sentido en la Constitución de 1979, que no reconocía expresamente el principio de subsidiariedad, aquí tiene poco asidero y como el mismo autor termina por reconocer, solo se refiere a lo que considera debería apuntar, un rol complementario y no subsidiario de la actividad empresarial del Estado. Dejando ello de lado, García Toma si incide en la interpretación que corresponde al alto interés público y la manifiesta conveniencia nacional. En cuanto al primer concepto, dice que debe existir una vinculación material de la actividad empresarial con el beneficio, ventaja, provecho o utilidad para la mayoría de los miembros de la colectividad nacional. Por el contrario, la manifiesta conveniencia nacional tendría una vinculación material o moral con los deberes del Estado expresados en el artículo 44 de la Constitución: la defensa de la soberanía nacional, la garantía plena de los derechos humanos, la protección a la población de amenazas contra su seguridad, la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, entre otros fines adicionales. (García Toma 1998: p.124-127). Sin que se trate de una interpretación compleja, consideramos que se trata de un parámetro útil para acreditar la manifiesta conveniencia nacional, con una fuente de legitimidad insuperable pues viene directamente del texto constitucional.

En todo caso, y es algo en lo que todos los tratadistas han coincidido, si algo podemos concluir, al margen de las diversas tendencias o interpretaciones, es que se trata de reglas perfectamente concordantes con una Constitución que ha buscado reducir considerablemente la actividad empresarial del Estado. Mayores señas de esta tendencia general en la Constitución se desprenden de disposiciones como la cláusula de igualdad de trato legal para empresas estatales y no estatales (en el propio artículo 60), la prohibición expresa de monopolios legales (artículo 61), o medidas legislativas como el impuesto a las acciones del Estado que en la práctica tuvo como efecto descapitalizar a muchas empresas estatales (Céspedes, 2010: p.192).

2.2.1.1. Interpretación constitucional del legislador

La interpretación formal de la actividad empresarial del Estado no estaría completa sin hacer referencia a la labor del legislador, quien ha desarrollado actividad legislativa orientada a un régimen general de actividad empresarial del Estado, como a desarrollar también algunas normas para algunas actividades específicas, a las cuales haremos brevemente referencia.

La primera norma, en rigor aun dictada bajo la Constitución de 1979, pero que se corresponde más adecuadamente con lo que sería el régimen económico de la Constitución de 1993, fue el Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado. Este fue uno de los decretos emitidos por el gobierno de Alberto Fujimori en razón de legislación delegada, con el cual se inició el proceso de privatización de las empresas del Estado.

Mediante esta norma se declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, para lo cual se aprobaron varias modalidades para lograr este fin. Estas fueron la transferencia del total o parte de acciones y/o activos, el aumento de capital, la celebración de contratos que otorguen participación a privados (*Joint Venture*, concesión, arrendamiento), la disposición o venta de activos.

Puede decirse que no existió una interpretación constitucional que sustente este Decreto Legislativo, más allá de la real necesidad de reorganizar la actividad empresarial del Estado que en aquel momento había llegado a un punto crítico. De allí que, notoriamente, esta norma no haya siquiera hecho mención al principio de subsidiariedad que es el principio que fácilmente hubiera podido sustentar constitucionalmente las medidas, aun bajo el marco de la Constitución de 1979.

Culminada la primera etapa de la privatización, se empieza a reestructurar la actividad empresarial con el Decreto de Urgencia 043-96, mediante el cual se establece la obligación de transferir las utilidades de las empresas del Estado al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), aunque es cierto que la propia norma habilitaba hacer excepciones. El mismo año se crea, mediante el Decreto Legislativo 801, la Oficina de Instituciones y Organismos del Estado (OIOE), oficina adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas, concebida como órgano rector y

coordinador de la actividad de las entidades del Estado, y que regulaba a las empresas que se encontraban bajo el ámbito de aplicación de la Ley de la Actividad Empresarial del Estado.

La OIOE tendrá poca vigencia y será rápidamente reemplazada por FONAFE, entidad que con la Ley 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, es creada como empresa pública y asume las competencias para normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. Para tal efecto se transfirió a FONAFE los activos, recursos presupuestales y acervo documentario de la OIOE.

Cabe aclarar que FONAFE en su anterior versión era solo un fondo administrado por la Corporación Nacional de Desarrollo, creado por el Decreto Legislativo 216, la antigua Ley de Actividad Empresarial del Estado de 1981. El nuevo FONAFE de 1999, tiene una vocación rectora que pretende incluir a toda la actividad empresarial del Estado.

Sin embargo, el artículo 1 de la Ley 27170, precisamente el que define el ámbito de aplicación, ha sido uno de los que más ha cambiado. Es así que siempre han estado excluidas las empresas municipales, que tienen su propio régimen, pero luego las exclusiones han sido de diverso tipo.

En el texto original de la ley, que data del año 1999, se hacía referencia a las empresas en liquidación, algo natural en el contexto en que se da la norma, pasada ya la ola más fuerte de privatización. Mediante Decreto de Urgencia 019-2000 se excluyen también las Empresas y los Centros de Producción y de Prestación de Servicios de las Universidades Públicas. En el año 2003, la Ley 28006 incorpora un nuevo campo excluido: el seguro social de salud ESSALUD. Tres años después se emite la Ley 28840 que excluye también a la Empresa de Petróleos PetroPerú. Solo la ley 29626 del año 2010 supone un cambio en esta tendencia, pues es la norma que reincorpora a Essalud al ámbito de competencia de FONAFE.

Como puede notarse, lo preocupante en este vaivén normativo del régimen de la empresa pública es el de la facilidad con que el legislador incluye o excluye del ámbito de competencia de FONAFE a algunas empresas. No pretendo señalar que ello en sí mismo sea algo irregular pues podrían existir razones que sustenten por qué ello debe ser así. El problema, de cara al principio de subsidiariedad, es que la adscripción a FONAFE, en base a las competencias de esta entidad, supone una garantía para la aplicación del

principio. En otras palabras, la existencia por fuera del ámbito de FONAFE resta posibilidad de control sobre la actividad que desarrolle determinada empresa pública.

Este peligro se hace patente cuando se revisan normas como el Decreto Supremo 034-2001-PCM, el cual estableció procedimientos mediante los cuales FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales con carácter subsidiario.

El artículo 3 de dicho decreto es el que desarrolla el parámetro para comprender cuando se habilita subsidiariamente la actividad del Estado. Se establece, en ese sentido, la prohibición de actividad empresarial siempre que la oferta de las empresas privadas sea suficiente para satisfacer la demanda existente en todo el territorio nacional o en la parte donde se atiende. Definir la "suficiencia" podría ser complicado por lo que la misma norma incluye una presunción *iuris tantum* a favor de los privados: se considera que la oferta es suficiente si dos empresas privadas no vinculadas entre sí participan del mercado.

El artículo 4 de este Decreto complementa el mencionado criterio señalando tres elementos que FONAFE debe tomar en cuenta para realizar el examen de subsidiariedad: a) las condiciones de competencia en el mercado; b) la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes o servicios; c) la subsistencia de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Este último requisito, desarrollo de lo establecido en la Constitución, es especialmente interesante, dado que comprende el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional en tres sentidos: a) la existencia de Ley autoritativa, lo cual en sí mismo certificaría el requisito; b) que la actividad sea un servicio público; o c) que se trata de la explotación de infraestructura pública.

Resulta también de interés, para terminar de perfilar la interpretación constitucional que realizó el Gobierno en este Decreto, dar cuenta de una importante excepción a la prohibición establecida. Y es que en el reseñado artículo 3 se otorga al Directorio de FONAFE la posibilidad de exceptuar de la prohibición a las actividades que determine específica e individualmente, para lo cual debe tomarse en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa, asunto que parece ir de la mano con la comprensión de alto interés

público que señala la misma norma y que también se orienta a habilitar la explotación de infraestructura pública.

De lo visto hasta este punto se puede adelantar que la interpretación que hace el Gobierno en el Decreto Supremo 034-2001-PCM amplía la comprensión de subsidiariedad estricta que podíamos desprender de las normas anteriores y, en realidad, con mayor claridad de la política de privatización de los años noventa, la cual, sin decirlo, parecía comprender muy restrictivamente la actividad empresarial del Estado.

El Decreto Legislativo 1031 supuso un nuevo hito pues pretendía sistematizar las categorías de la actividad empresarial del Estado de forma definitiva retomando, en parte, las categorías que había estado vigentes con la Constitución de 1979. Así, en lugar de referirse a la clasificación de empresa de derecho público, empresa estatal de derecho privado, empresa de economía mixta y accionariado del Estado (presente en el Decreto Legislativo 216 y en la Ley 24948), el Decreto Legislativo 1031 opta por una clasificación más acorde a la realidad contemporánea de una actividad empresarial del Estado que ya no se rige por normas de carácter administrativo con potestades exorbitantes, sino que participa en condiciones de igualdad en el mercado.

Se habla entonces de empresas con accionariado único del Estado; empresas con accionariado privado, en las que el Estado mantiene el control por una mayoría; y empresas del Estado con potestades públicas. Al igual que en la normativa anterior, el accionariado minoritario del Estado que no otorga control sobre la empresa no se considera actividad empresarial del Estado.

Describir la interpretación que han realizado el legislador y el Gobierno del artículo 60 nos permite afirmar algunas características de la actividad empresarial formal. Entre ellas, podemos señalar las siguientes:

- Se ha entendido que la actividad empresarial del Estado se manifiesta en las empresas en las que el Estado tiene control.
- Se han reconocido algunas fórmulas que podrían ser actividad empresarial pero que se ha elegido excluir expresamente del régimen general, haciendo algo incierta la aplicación del principio de subsidiariedad.
- El Decreto Supremo 034-2001-PCM contiene reglas que pueden modificar la comprensión inicial que podemos tener del principio de subsidiariedad, a partir

de solo la lectura de la disposición constitucional referida a la actividad empresarial formal.

- A través del Decreto Supremo 034-2001-PCM el Gobierno ha precisado el principio de subsidiariedad con la prohibición de actividad empresarial siempre que exista oferta suficiente.
- A través del Decreto Supremo 034-2001-PCM el Gobierno ha establecido una presunción por la cual se entiende que existe oferta suficiente cuando dos empresas privadas participan en un mercado determinado.
- A través del Decreto Supremo 034-2001-PCM el Gobierno ha otorgado competencia al Directorio de FONAFE para no aplicar la prohibición por la cual se precisa el principio de subsidiariedad, es decir, para permitir actividad empresarial cuando si hay oferta suficiente.
- A través del Decreto Supremo 034-2001-PCM el Gobierno ha ordenado que para evaluar la subsidiariedad deben observarse cuatro criterios: condiciones de competencia, situación de la oferta privada, subsistencia de alto interés público/manifiesta conveniencia nacional, conveniencia de provisión directa frente a otras formas de intervención.

Con todo lo señalado, podemos concluir preliminarmente que la actividad empresarial formal se sostiene sobre todo en base a la reglamentación que ha hecho el Gobierno a través del Decreto Supremo 034-2001-PCM, norma en la cual se han establecido algunas reglas, algunas de ellas muy polémicas, sobre cómo entender el principio de subsidiariedad e incluso realizar excepciones al mismo.

2.2.2. Actividad empresarial no-formal

Como adelanté en la primera parte de este capítulo, la actividad empresarial no-formal no implica una suerte de ilegalidad o inconstitucionalidad en sí misma, sino que parte de reconocer que no toda la actividad empresarial se va a dar en el marco de las normas que hemos reseñado hasta ahora. La propia Ley de FONAFE da a entender sus limitaciones cuando reconoce que cierta actividad empresarial no estará bajo su control. Ello, desde luego, no debiera implicar que a esta actividad empresarial fuera del ámbito de FONAFE no se le aplique los principios constitucionales, y en particular el de subsidiariedad.

La actividad empresarial no-formal del Estado, podría ser definida como aquella que no ha seguido las pautas para constituirse como sociedad. Lo que sucede en la práctica es

que, como se ha señalado líneas atrás, no toda actividad empresarial se realiza necesariamente en una forma societaria, por lo que podríamos encontrarnos con entidades públicas, organismos o empresas aparentemente privadas que en un sentido material podrían estar realizando actividad empresarial del Estado.

La identificación de estas formas de actividad empresarial no siempre será sencilla, pero, ante todo, requiere claridad conceptual sobre un aspecto que en el Perú no se encuentra todavía zanjado: qué debe considerarse “actividad empresarial del Estado”. Este concepto ha dado lugar en el Perú a dos formas opuestas de comprender cómo actúa el principio de subsidiariedad en razón a cuando se realiza actividad empresarial pública. Pasaré a comentar a partir de ahora ambas posturas, adelantando que esta contraposición no tiene solución de momento. Ambas interpretaciones de lo que es "actividad empresarial" conviven en este momento en el ordenamiento jurídico peruano.

2.2.2.1. Interpretación constitucional de la actividad empresarial del Estado por el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado a raíz del caso Gremco Publicidad S.A (STC 07644-2006-PA), que en realidad serviría como único referente para casos similares. No es que sea esta la única vez en que el Tribunal se ha referido al principio de subsidiariedad o a la actividad empresarial del Estado, sino que es el único caso de entidad en el que se ha abordado lo que entenderíamos como actividad empresarial no formal.

Es así notorio que en la sentencia que funciona como *leading case* para todos los temas de la Constitución Económica- el caso “Nesta Brero” (STC 0008-2003-AI/TC)- no se haga una mención sobre el tema que vaya más allá de la cita genérica del texto constitucional.

Resumiremos brevemente lo sucedido en el caso “Gremco” para poder comentar los alcances de la interpretación allí realizada. En el año 2004 Gremco Publicidad S.A. (empresa afiliada a Gremco, dueña del Estadio Monumental de Lima) interpone una demanda de amparo contra el Instituto Peruano del Deporte (IPD) a fin de que se abstenga de efectuar promoción de espectáculos públicos a realizarse en el Estadio Nacional. El IPD es la entidad pública que administra el Estadio Nacional. Gremco señala que la actuación del IPD vulnera su libertad de empresa.

Alega, para ello, que el IPD arrienda el Estadio Nacional y en los hechos ello constituye actividad empresarial, dado que compite directamente con el Estadio Monumental, de propiedad de Gremco. El Tribunal Constitucional centra la controversia en definir si el hecho de que el IPD arriende el Estadio Nacional vulnera el principio de subsidiariedad y, por tal motivo, la libertad de empresa de Gremco.

Para resolver el caso, el Tribunal parte por definir que el IPD si tiene entre sus competencias el arrendar sus bienes, lo cual desprende del artículo 84 de la Ley 28306, Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte. En esta ley se dice que son recursos del IPD los generados por el alquiler de su infraestructura deportiva. Superado este problema, solo queda por definir si el arrendamiento configura actividad empresarial.

El Tribunal Constitucional a continuación desarrolla la siguiente argumentación:

La actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro. Este fin de lucro consiste en el propósito de obtener utilidades cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial. La presencia del elemento teleológico fin de lucro constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios tiene fines de lucro. Tal es el caso de las actividades cuyo sólo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista. (STC 07644-2006-PA/TC, f. 10)

La consecuencia lógica de dichas afirmaciones radica en evaluar si el arrendamiento del Estado Nacional tiene finalidad lucrativa. Sobre ello, la misma Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte otorga la respuesta en tanto hay una disposición que autoriza la concesión de infraestructura deportiva con fines de rehabilitación, mantenimiento y construcción de infraestructura. Para el Tribunal Constitucional, se trata de una actividad de autofinanciamiento de recursos que no puede considerarse actividad empresarial. Tal vez para afirmar mejor esta decisión, el Tribunal no se queda allí, sino que ofrece un argumento adicional: la promoción del deporte es también un fin constitucional dado que se encuentra reconocido en el artículo 14 de la Constitución de 1993.

En nuestra opinión, la argumentación del Tribunal Constitucional encierra un defecto que podría sustentar situaciones no deseadas. Y es que, al realizar la distinción entre actividad empresarial y autofinanciamiento con el lucro como factor de diferenciación, lo cierto es

que resulta casi imposible que una entidad estatal no configurada como empresa del Estado incurra en actividad empresarial. Bajo este criterio, y dado que todas las entidades públicas tienen, como es evidente, fines públicos, solo en un caso extremo en que una entidad este siendo utilizada irregularmente para reportar algún beneficio a algún particular estaremos frente a actividad empresarial.

Lo cierto es que este enfoque no ha sido confrontado y subsiste en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un referente aislado pero vigente para los casos en los que a futuro tenga que pronunciarse al respecto.

Uno de los casos más recientes en el que el Tribunal pudo pronunciarse sobre este criterio del autofinanciamiento fue el de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (STC 00001-2014-PI/TC). Entre los elementos usados para resolver este caso se encuentra el principio de subsidiariedad el cual se utiliza como parámetro para el control de la constitucionalidad de las competencias que se asignaron a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra del Perú. En particular, argumentaban los demandantes que se vulneraba este principio al otorgarse competencia a esta institución militar para realizar actividades que podían ser perfectamente desempeñadas por los privados como los servicios de inspección o auditoría.

Si bien el Tribunal no hace un desarrollo prolijo del principio de subsidiariedad, la sentencia retoma la jurisprudencia ya establecida y señala que el principio de subsidiariedad debe interpretarse de cara a los artículos 58 y 59 de la Constitución, tomando en cuenta que la acción del Estado debe darse ante la insuficiencia de la oferta privada (STC 00001-2014-PI/TC. f.j. 47-53). Destaca en este caso el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, quien plantea un punto importante para la interpretación del principio de subsidiariedad en la razón que utilizó la Marina para justificar el ejercicio de las competencias discutidas: el hecho de que la Dicapi se encontraba en una mejor posición para realizar la actividad (STC 0001-2014-PI/TC, Voto Ledesma Narváez f.j. 37-38)

Lamentablemente el Tribunal Constitucional no retomó en este caso la discusión sobre lo que considera actividad empresarial, lo cual hubiera sido pertinente en tanto la Dicapi es una entidad estatal no configurada como una sociedad.

2.2.2.2 Interpretación constitucional de la subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado por el Indecopi

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es la agencia peruana que tiene entre sus competencias vigilar la libre competencia. En tanto entidad administrativa cuenta con capacidad sancionadora y resuelve controversias sobre libre competencia, propiedad intelectual y defensa de consumidores en tribunales administrativos que se sitúan en la cúspide de su organización.

A diferencia de otras entidades estatales, el Indecopi en el Perú cuenta con prestigio social y jurídico que, en ciertos temas, dotan a sus decisiones de legitimidad que, en algunos casos, ha superado a la de órganos propiamente jurisdiccionales.

El INDECOPI, debido a las competencias que se le ha atribuido, ha tenido ocasión de pronunciarse en más ocasiones sobre la subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado. Es importante reseñar en este punto que, si bien el Decreto Supremo 034-2001, ya mencionado, permitía a FONAFE consultar con Indecopi la aplicación del principio de subsidiariedad, las competencias de Indecopi se fortalecieron con la emisión del Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba La Ley de Represión de la Competencia Desleal en el año 2008. Ello de forma paralela al Decreto Legislativo 1031 que organizaba la actividad empresarial del Estado.

Es así que, en el año 2001, FONAFE, en aplicación del Decreto Supremo 034-2001-PCM, pidió a INDECOPI que se realicen informes sobre la actividad empresarial del Estado de diversas empresas aun en operación luego de la etapa más intensa de la privatización. Mediante el oficio 1078-2001/DE-FONAFE se solicitó informes sobre treinta y seis empresas que le correspondía supervisar. A solicitud de INDECOPI, mediante Oficio 1214-2001/DE-FONAFE, FONAFE le comunicó al INDECOPI que eran prioritarios los informes sobre cinco empresas del Estado: Editora Perú S.A, Servicios Industriales de la Marina Perú S.A. (Sima Perú) y Servicios Industriales de la Marina S.R.L. (Sima Iquitos), Transportes Aéreos Nacionales de la Selva S.A. (TANS) y Servicios Postales del Perú S.A. (Serpost)

El Indecopi ante esta demanda desarrolló una metodología para el análisis de subsidiariedad que parte de los criterios expuestos en el Decreto Supremo 034-2001-

PCM, que consiste, a modo de esquema, en un análisis pormenorizado de los siguientes puntos:

1. Análisis de las condiciones de competencia: para tal efecto primero debe delimitarse el producto o servicio a analizar
 - a. Evaluación sobre las características y situación actual del mercado
 - b. Evaluación sobre la existencia de barreras de entrada o salida del mercado
2. Análisis de la oferta privada en base a dos métodos alternativos y medios indirectos
 - a. Evaluación en base a la oferta privada disponible
 - b. Evaluación de capacidad instalada
 - c. Evaluación en base a indicadores indirectos: situación de infraestructura y equipos, provisión efectiva del servicio o producción del bien, etc.

La entrada en vigor del Decreto Legislativo 1044 impulsó a que Indecopi asuma la evaluación de la subsidiariedad ya no solo a partir de requerimientos como los de FONAFE sino en casos concretos.

Así, ha podido establecer una línea jurisprudencial que se ha consolidado en dos casos emblemáticos que han configurado un test de subsidiariedad: el caso “Santa Teresa” (Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI) y el caso “Pollería El Rancho” (Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI).

Interesa para efectos de identificar la interpretación constitucional que ha realizado el Indecopi analizar brevemente el caso “Pollería El Rancho”. El caso trata del restaurante que da nombre al precedente, el cual se ubicaba en un local cercano a la “Pollería y Parrillería Universitaria”, esta última perteneciente a CIS Frigorífico, un centro de investigación de la Universidad Nacional del Altiplano, ubicada en Puno. Ambos restaurantes preparaban y servían los mismos productos, razón por la cual “Pollería El Rancho” consideraba que se vulneraba el principio de subsidiariedad, al estar en los hechos compitiendo directamente con un restaurante que indirectamente pertenecía a una universidad pública.

El Indecopi inicia su análisis precisamente con el asunto que aquí nos ocupa y que lo sitúa en el extremo opuesto al Tribunal Constitucional. Refiere que lo primero que hay que definir en un caso como este es si existe actividad empresarial, para lo cual se debe

prescindir de la forma jurídica adoptada por la entidad enjuiciada, tal como ha señalado doctrina administrativista que también aquí hemos recogido. En esa línea afirma lo siguiente:

(...) [S]e incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales. (Res.3134-2010/SC1-INDECOPI)

Con dicha base, el Indecopi establece un precedente que, entre otras reglas, obliga a realizar un análisis sobre el mercado relevante para acreditar si la oferta privada es inexistente o insuficiente, lo cual supone una evaluación necesariamente más profunda que la realizada por el Tribunal Constitucional.

La interpretación constitucional que ha realizado el Indecopi es la que toma en cuenta los aportes del derecho administrativo al señalar que no debe observarse la forma jurídica para identificar actividad empresarial, sino que el factor determinante será la concurrencia en el mercado para ofrecer bienes o servicios que no formen parte de competencias ineludibles del Estado.

Llegado a este punto es difícil ofrecer alternativas que permitan resolver el problema que genera la concurrencia de ambas interpretaciones en el ordenamiento jurídico peruano. Lo cierto es que no resulta un problema menor el hecho de que dos entidades estatales que resuelven los mismos tipos de casos estén en abierta confrontación. Si bien existen razones institucionales para señalar que la interpretación del Tribunal Constitucional primaria, una de ellas el propio rol del Tribunal en el ordenamiento como un intérprete vinculante de la Constitución, no puede dejar de notarse que también existen fundamentos técnicos, como el desarrollo de las fallas de mercado, que otorgan valor a la interpretación del Indecopi.

A una interpretación que permita incorporar ambos enfoques no ha ayudado la expedición de la Resolución 0416-2014/SDC-INDECOPI, en la cual el Tribunal de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual de INDECOPI ha resuelto en un

caso, también promovido por Gremco, esta vez contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, utilizando razones similares al precedente “Pollería El Rancho”. En esta más reciente resolución, INDECOPI ordenó a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal tramitar la denuncia de Gremco, la cual había sido descartada inicialmente justamente porque dicha comisión había asumido el criterio del autofinanciamiento del Tribunal Constitucional (Resolución 0416-2014/SDC-INDECOPI).

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha señalado que no le corresponde seguir lo señalado por el Tribunal Constitucional en tanto el criterio del autofinanciamiento no es un precedente vinculante. De momento no se cuenta con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que otorgue seguridad jurídica sobre cómo interpretar la subsidiariedad económica y, en particular, el criterio que debe ser asumido para resolver casos como los expuestos.



Capítulo 3: La interpretación extensiva del principio de subsidiariedad

El presente capítulo tiene como propósito sustentar que desde el texto de la Constitución de 1993 no solamente es posible una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad, tal como ha sido expuesta en el capítulo 2, sino que también es posible una interpretación más amplia del principio.

El capítulo anterior ha mostrado cómo es que aun cuando existe consenso sobre la vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado, no existe claridad sobre la forma en que se aplica, más allá de las disposiciones del Decreto Supremo 034-2001-PCM que han dado lugar a las reglas que hemos sistematizado en el capítulo anterior.

Sin embargo, la actividad empresarial del Estado, como también se ha adelantado, no es la única forma en que el Estado interviene en la economía. De hecho, la actividad empresarial del Estado se inserta en un largo proceso histórico por el cual este, en sus distintas etapas, ha ido desarrollando formas distintas de intervención que han sido estudiadas principalmente por el Derecho Administrativo, siendo la actividad empresarial una entre varias.

Siendo esto así, la cuestión central radica en contestar si es posible, a partir de las disposiciones de la Constitución de 1993, una interpretación del principio de subsidiariedad que se extienda a las demás formas de intervención del Estado en la economía. Para ello considero necesario realizar una aproximación teórica a esta posible interpretación extensiva del principio de subsidiariedad, para luego contrastar si esto se condice con las distintas modalidades de intervención del Estado en la economía.

3.1. Interpretación del principio de subsidiariedad a partir de la Economía Social de Mercado

3.1.1 Particularidades de la interpretación constitucional

Una Constitución cuenta con particularidades que diferencian su interpretación, al punto que no se la puede interpretar de la misma forma que otras disposiciones de rango legal o infralegal. La doctrina ha señalado cómo es que la Constitución cuenta con algunas

características especiales que condicionan su interpretación, como son: a) el carácter de norma suprema del Estado, b) el procedimiento de elaboración distinto al de otras normas, c) el fin político de la Constitución, d) el sesgo político de la Constitución, e) la Constitución como conjunto articulador del ordenamiento y f) las normas constitucionales como normas incompletas. (García Belaunde 2004: p.28)

En cuanto a las normas que se incorporan a la Constitución económica estas mismas particularidades de la Constitución también se hacen presentes. Es así como el fin político de la Constitución y su posible sesgo, han sido materia de preocupación en lo que respecta a la interpretación de las disposiciones del régimen económico constitucionalizado.

El carácter político de la carta constitucional no deja de ser relevante tanto si partimos desde una tesis de separación entre Estado y sociedad, como si asumimos que hoy no puede concebirse uno sin el otro. Bajo cualquiera de estas concepciones, la inclusión de normas que pretenden regular lo económico en la Constitución y, más aún, la definición expresa de un régimen económico en particular, hablan también de una opción política del constituyente.

La decisión entre optar por un régimen económico en particular o por ninguno, es una decisión del mayor nivel político porque condiciona las relaciones económicas en un Estado, lo cual en sí mismo podría significar el propio éxito o fracaso de un proyecto de sociedad.

Un sesgo o inclinación política, sin que ello pretenda adjudicar una carga negativa al término, hará referencia, en este caso a la posición de la Constitución respecto de opciones de economía política, que pueden encontrarse en el texto constitucional. En esa línea, como se ha expuesto en el primer capítulo, la Constitución de 1993 asume una perspectiva liberal del Estado con un articulado que da cuenta de una visión de Estado más restringida que la que se tuvo en la Constitución de 1979.

Asimismo, asumiendo la distinción entre disposición o enunciado y norma, aparece como una característica para la interpretación del principio de subsidiariedad, el tener que lidiar con disposiciones abiertas que admiten varias normas. Mas ello no será suficiente pues si bien podemos encontrar reglas de cierta claridad en la Constitución referidas a materia económica, la mayoría no tendrá esa textura. Es así como son más bien raras las disposiciones como la del artículo 61 “Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios” y comunes aquellas que son abiertas y que pueden ser objeto de

diversa interpretación, como, por ejemplo, en el artículo 60 “El Estado reconoce el pluralismo económico”.

De igual manera, también es relevante reconocer que algunas normas constitucionales son articuladoras del ordenamiento, en esa línea, el propio Tribunal Constitucional, señala que:

[e]n efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución). (STC 00020-2005-AI/TC, f. 19)

En ese orden de ideas, las disposiciones de la Constitución que forman parte de la Constitución económica también tendrían un rol articulador del ordenamiento, o de *norma normarum*, en el derecho privado, pero también, en lo que interesa a este trabajo, en el derecho administrativo y en general la actividad del Estado que interviene en la economía.

3.1.2 Dificultades para la interpretación de la Constitución económica

Ahora bien, asumiendo que la Constitución va a requerir alguna técnica especial para su interpretación que va más allá del método utilizado en el Derecho, corresponde también observar si existe alguna metodología en el derecho peruano o en el derecho comparado que resulte de especialidad para la interpretación de las normas de contenido económico en la Constitución.

La pregunta es pertinente en tanto el Derecho Constitucional ha transitado de un derecho político a un derecho sobre todo orientado a la tutela de derechos fundamentales, lo cual ha supuesto grandes cambios en la forma en que se interpreta la Constitución. No pretendemos negar con ello el carácter político de la Constitución ni desatender a aquellas disposiciones constitucionales que se vinculan a la limitación y la organización del poder, sino a reconocer que se ha pasado de una concepción de la Constitución como un texto político y casi testimonial, a concebir la Constitución como norma jurídica (lo cual será tratado en el apartado 3.1.4.1 de este mismo capítulo). Este tránsito ha coincidido con un

mayor énfasis en el desarrollo y tutela de los derechos fundamentales, dejando así de lado el desarrollo de otros aspectos incluidos en la Constitución, como son la organización del Estado o las disposiciones sobre Derecho Presupuestario, por ejemplo.

Por ello, la interpretación de derechos fundamentales cuenta con un amplio desarrollo en la doctrina. La propia teoría de derechos fundamentales ha llevado a que se planteen diversas perspectivas para tratar la afectación de derechos fundamentales y los múltiples problemas que se plantean en las relaciones entre sí o con otros bienes de relevancia constitucional (Müller 2016: pp. 103-115), hasta la ponderación como técnica para resolver conflictos entre derechos fundamentales (Alexy 2007: pp. 520-557).

Las normas de la Constitución económica en algunos casos involucran derechos o libertades económicas, situaciones en las que estas técnicas son de innegable utilidad. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional da cuenta de ello. Sin embargo, no todas las controversias requieren un tratamiento desde los derechos fundamentales, sino que pueden tener que ver, más bien, con la asignación de competencias o, como sucede en el caso del principio de subsidiariedad, la decisión sobre si corresponde al Estado intervenir en determinada actividad económica y en qué forma debe hacerlo.

Una revisión a la literatura constitucional sobre el tema en el Perú nos lleva a dar cuenta de que no existe un criterio especializado en la doctrina nacional que atienda directamente los casos que obligan a la interpretación de la Constitución. Posiblemente, lo más cercano a ello es la atención dada a la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, recogida en el artículo 43 de la Constitución, componente de la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional en casos referidos a la prestación directa de servicios que satisfacen derechos sociales (Elgueta 2009: pp. 110-113).

La aplicación de esta cláusula, sin embargo, encierra dificultades que no han sido zanjadas en la doctrina y que le restan efectividad. Y es que, para autores como Gonzales Ojeda, la cláusula de Estado social rompe con las normas constitucionales económicas al punto que no existe compatibilidad entre Estado social y Economía Social de Mercado:

Es evidente que hay una total contradicción en el contexto del Modelo Social que se pretende. Los objetivos o metas que constituyen el Modelo Social y que se explicitan como voluntad de la Nación, resultan de una parte aspiraciones comunes (vigencia de los Derechos Fundamentales y bienestar general); y, de otra, pretenden alcanzar tal modelo con condiciones materiales donde prima la iniciativa privada, la libertad de empresa, la

libertad de trabajo, cuyos límites de liberalidad no son precisamente el orden social (Arts. 58° y 59° de la Constitución). (Gonzales Ojeda 2004: p. 154)

Sin embargo, para autores como Landa, la economía social de mercado es el “modelo económico propio del Estado Social de Derecho” (Landa 2002: p. 222), mientras que para Kresalja y Ochoa, el Estado social “(...) constituye un parámetro de constitucionalidad. Se podría invocar la cláusula del Estado social como argumento para fundamentar un proceso de inconstitucionalidad contra una ley presuntamente antisocial o regresiva cuya anulación se pretenda” (Kresalja y Ochoa, 2009: p. 241). Ello sin contar las posiciones que directamente no toman en cuenta la cláusula del Estado Social (Súmar e Iñiguez, 2016: pp. 29-72) o consideran su uso una perversión del régimen económico asumido por el constituyente (Elgueta 2009: pp. 113-114).

Sumado a este problema, encontramos que, a diferencia de otros países como Brasil o Bolivia, la Constitución no ha consagrado un catálogo de principios que sean de utilidad para la interpretación de las normas de la Constitución económica; de hecho, como he señalado en un trabajo anterior (Cruces 2016), los autores nacionales no han sido consistentes en un grupo medianamente homogéneo de principios de la Constitución económica. Por el contrario, las propuestas son radicalmente distintas entre sí, por lo que difícilmente podemos dar el tema por zanjado desde la academia.

Esta carencia que se da a nivel nacional tal vez puede explicarse parcialmente por la particularidad ya advertida del escenario constitucional peruano: la consagración expresa de un régimen económico. La revisión del escenario comparado en los países que usualmente son referencia para el derecho constitucional peruano nos permitirá dar cuenta de un debate que ha impedido el desarrollo de metodologías o principios propios del Derecho Constitucional Económico. Este debate no es otro que el de la neutralidad de la Constitución respecto a la economía.

El caso italiano merece, más bien, tener una consideración distinta en la medida que ha incorporado a su Constitución el principio de subsidiariedad, a diferencia de los países que a continuación revisaremos los cuales, por distintos motivos, pero todos vinculados a la tesis de la neutralidad, no han desarrollado herramientas que coadyuven a una interpretación constitucional del principio de subsidiariedad. Como resulta evidente, contextos constitucionales que niegan que la Constitución tenga reglas sobre la

intervención en la economía, no han resultado favorables a un desarrollo constitucional del principio de subsidiariedad.

3.1.2.1 Estados Unidos

En el primer capítulo señalamos cómo es que, en las primeras constituciones que van del siglo XIX a inicios del siglo XX, el fenómeno económico no era un asunto que correspondía ser incluido en un texto constitucional, asunto que también se replicó en el Perú. Bajo una concepción liberal, no correspondía al Estado inmiscuirse en el desarrollo de la economía, sino básicamente garantizar derechos de propiedad. Paradigma de una Constitución como la descrita es la constitución federal norteamericana.

Es así que en este tema el aporte norteamericano que usualmente ha llegado a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se encuentra limitado por lo escueto de su Constitución en cuanto a sus disposiciones referidas a la economía, así como por un efecto jurisprudencial referido al debido proceso sustantivo económico en los Estados Unidos. Y es que bajo la figura del debido proceso sustantivo la Corte Suprema antes de 1937 otorgaba tutela a derechos económicos frente a la intervención estatal, principalmente a través de regulación. Sin embargo, el “*court-packing plan*” de Roosevelt y el cambio social de aquellos años logró que la jurisprudencia norteamericana vire hacia una posición especialmente deferente al Estado, razón por la cual desde entonces no se ha declarado inconstitucional ninguna ley por violar el debido proceso sustantivo económico (Chemerinsky 2015: p. 929).

A la misma conclusión llega Daintith cuando señala que tras la intervención de Roosevelt, la Corte Suprema perdió interés o confianza para aplicar conceptos sustantivos del debido proceso para juzgar la constitucionalidad de la regulación de la actividad comercial, al punto que sorprende la imposibilidad de desarrollar un concepto de “libertad de comercio” como el desarrollado en Europa (Daintith 2004: p.82).

Ello posiblemente explique en parte la ausencia de desarrollo constitucional sobre estos temas. Con ello no pretendemos señalar que la influencia de los Estados Unidos en el Derecho Constitucional Económico no sea importante. Muestra de ello es todo el desarrollo del derecho de la competencia sobre el que incluso se ha discutido un status de “Magna Carta” o normas constitucionales a partir del conocido Sherman Act (Crane 2013

p.23), más dicha influencia no parece desprenderse del derecho constitucional norteamericano, el cual no aporta herramientas específicas como las que aquí buscamos para la interpretación constitucional en materia económica.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Ferguson v. Skrupa* ha sido expresa en esta postura al señalar que las cortes no pueden sustituir sus creencias económicas y sociales por la de los cuerpos legislativos, quienes son electos para emitir leyes. Asimismo, ha señalado también que el legislador tiene un amplio ámbito para experimentar con problemas económicos (Corte Suprema de los Estados Unidos 1973: 372 U.S. 726)

3.1.2.2 Alemania

En cuanto a Alemania, su innegable influencia en materia constitucional se ha plasmado en el constitucionalismo peruano por vía directa o a través de España, por lo que parece razonable recurrir a la doctrina de ese país, más aún si nos encontramos con que el propio concepto de Economía Social de Mercado surge allí y muchas de las conceptualizaciones que utilizan nuestros especialistas, en especial para la teoría de los derechos fundamentales, se plasmaron allí con rigurosidad.

Sin embargo, el contexto alemán también tiene ciertas particularidades que han llevado a que la posición del Estado frente a la economía sea algo hasta hoy seriamente discutido. Aparece así el debate sobre la neutralidad de la Constitución en materia económica y la posible consagración de un régimen económico como norma jurídica.

Ehmke, en un texto difundido en español, resume buena parte de este debate citando a diversos autores que plantearon un carácter normativo para el régimen económico de la economía social de mercado. Habría que partir, para comprender el contexto, que la Ley Fundamental alemana no define ningún régimen económico y, de hecho, cuenta con pocas disposiciones de contenido económico. Veamos brevemente algunas de las principales ideas que se plantearon en este debate sobre si la Ley Fundamental es neutral en lo económico o recoge alguna posición en particular.

Nipperdey, de acuerdo con lo señalado por Ehmke, sostenía la tesis de que la constitución económica de la economía social de mercado estaba recogida en la Ley Fundamental. Es así que a partir de diversas disposiciones concluía que la economía social de mercado

debía ser parámetro constitucional (Ehmke 2006) frente a lo cual Ehmke planteó una certera crítica:

[e]l problema de la introducción de parámetros extraños en el derecho constitucional es clara: cualquier otro jurista podría remitirse en vez de a Eucken, a Schumpeter o Galbraith, y en vez de al libro de Hayek “*Road to Serfdom*” al libro de Finer “*Road to Reaction*” y afirmar que parte del “bien conocido concepto general de la economía colectivista”, que es la “Constitución económica” de la Ley Fundamental, que se corresponde con el concepto de Estado Social (...) El término “economía social de mercado” es un indicador del programa de la economía política de un partido político, en verdad, de una coalición de partidos. Si Nipperdey utilizase ese término en un sentido tan preciso, se producirían consecuencias sorprendentes: el desarrollo del programa de política económica de la CDU se convertiría en la guía de la interpretación constitucional. (Ehmke, 2006)

De una posición distinta es Herbert Krüger, quien sostiene que es posible una proyección de la neutralidad del texto de la Ley Fundamental hacia las políticas económicas, o como señala Ehmke:

Aquí, la decisión negativa no significa que el legislador negativo puede hacer en el ámbito económico lo que quiera. Todo lo contrario: debe rellenar ese “cheque en blanco”, debe emprender una política económica teóricamente neutral, que no contradiga ese principio relativista (p. 362, 363). El propio art. 15 GG debe ser utilizado de acuerdo “con el presupuesto de la no decisión” (p. 364) (Ehmke, 2006)

Una postura directamente contraria a esta es la que recoge Hans-Jürgen Papier quien recuerda que el hecho de que no exista en la Ley Fundamental definición alguna o garantía de algún orden económico lo que en realidad hace es dejar el gobierno económico al gobierno y a la clase política en general (Sorin 2014: p. 251). En efecto, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado en esa línea lo siguiente:

La Ley Fundamental, que en su primera sección se ha limitado esencialmente a los derechos fundamentales clásicos, no contiene ninguna definición directa y garantía de un orden económico específico. A diferencia de la Constitución de Weimar (Art. 151), no estandariza principios constitucionales concretos del diseño de la vida económica. Más bien, deja su orden al legislador, que tiene que decidir libremente sobre esto dentro de los límites establecidos por la Ley Fundamental, sin requerir más que su propia legitimidad democrática. (BVerfGE 50, 290, f. 140)

En los hechos eso es lo que habría sucedido en Alemania y lo que ha terminado justificando en parte que a pesar de haber pasado por diversas etapas que formalmente se han llamado de economía social de mercado (Cruces, 2014: p. 175), se han dado momentos en los que no se ha seguido el programa de esta economía social de mercado al no estar ella constitucionalizada.

Sin embargo, la neutralidad constitucional alemana, conforme explica Papier, no significa que el gobierno deba ser neutral en política económica ni tampoco que pueda instaurar cualquier modelo económico. Una forma de comprender esta relación radica en la lectura sistemática de la Ley Fundamental tomando en cuenta la libertad económica garantizada constitucionalmente. En ese sentido, Alemania no podría adoptar un régimen de economía de planificación centralizada, dado que ello colisionaría con los derechos adoptados en la propia Constitución (Papier, 2009, p.2016)

No obstante lo señalado, también cabe indicar que hay quienes reclaman (Franke 2015: p. 60.) que el Tratado que crea la unión monetaria, económica y social entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana de mayo de 1990, contiene una fórmula que permitiría reconocer un régimen económico constitucional. El referido tratado señala en su artículo primero lo siguiente:

(3) La base de la unión económica es la economía social de mercado como un orden económico común de ambas partes. Está determinada, en particular, por la propiedad privada, la competencia de desempeño, la libre fijación de precios y, en principio, la plena libertad de movimiento para el trabajo, el capital, los bienes y los servicios. Esto no excluye la autorización legal de formas especiales de propiedad para la participación del sector público u otras entidades en transacciones comerciales, siempre que las entidades legales privadas no sean discriminadas.

La presencia de este artículo, sin embargo, no ha cambiado de momento el escenario alemán en el que prima hasta hoy la posición de neutralidad constitucional en materia económica.

El principio de subsidiariedad no aparece en tal medida en la Ley Fundamental. Süsternehn señala, en ese sentido, que no existe una disposición en la Ley Fundamental que prohíba la aplicación del principio de subsidiariedad, más bien, según este autor se puede afirmar que el principio de subsidiariedad es compatible con la Constitución e

incluso con el sistema de valores de la República Federal Alemana (Süsternehn, 1967, p. 230).

A pesar de esta compatibilidad, no es posible homologar este ejercicio al que podría requerirse en el escenario peruano, a pesar de lo ilustrativa que pueda ser la referencia al ordenamiento jurídico alemán. La diferencia radica en que, a diferencia de Alemania, en el Perú el principio de subsidiariedad no debe ser compatibilizado con el parámetro de constitucionalidad, sino que forma parte del mismo y corresponde que se le adscriba un significado y un alcance. El efecto, ciertamente, podía ser similar en algunos casos, más, de concluirse que el principio de subsidiariedad en el Perú puede interpretarse de forma extensiva, el margen de intervención con el que cuenta el legislador y/o la Administración será en el Perú más estrecho al encontrarse el principio de subsidiariedad en el parámetro constitucional. Como puede notarse de las reflexiones de los autores que analizan el ordenamiento alemán, la neutralidad constitucional en materia económica otorga al legislador alemán un margen amplio para implementar políticas económicas.

En consecuencia, consideramos que, para efectos de la interpretación que se plantea la influencia de la experiencia alemana, tanto en doctrina como legislación, debe ser tomada en cuenta con atención a las diferencias que se desprenden de la opción por un régimen como de la recepción constitucional del principio de subsidiariedad, elementos que hemos señalado conforman particularidades de la Constitución Económica peruana.

3.1.2.3 España

De forma similar tenemos que en España el reconocimiento constitucional de la economía de mercado en el artículo 38 de la Constitución, no ha supuesto que este funcione como un criterio para la interpretación. Al respecto, Albertí Rovira, compilando lo señalado por numerosa doctrina española presenta dos conclusiones sobre la neutralidad económica de la Constitución española:

Primera, que la Constitución no ha establecido un modelo económico cerrado y rígido, que se convierta por sí mismo en la medida de valoración de la constitucionalidad de la intervención pública de la economía. Esta es precisamente la tesis básica de la neutralidad económica de la Constitución, que reacciona frente a la pretensión de que la Constitución garantice un determinado sistema económico: no puede declararse inconstitucional una actuación por ser contraria al “mercado” o a la “economía de mercado” o a cualquier otro modelo o sistema respecto del cual se pretenda que ha sido acogido por la Constitución.

Puede existir, a efectos descriptivos, un llamado modelo económico constitucional, en el que se integren y alcancen unidad sistémica los diversos elementos normativos que la Constitución proyecta sobre la economía, pero tal modelo carece de valor y fuerza prescriptiva autónoma.

Segunda, que la neutralidad de la Constitución no equivale a apertura absoluta de la misma y no significa que en su interior queda cualquier modelo económico. Las normas constitucionales con proyección económica no solo se construyen sobre la base de ciertos presupuestos ideológicos que implican también determinadas opciones económicas de principio, sino que además establecen exigencias y límites, que conllevan algunas opciones y excluyen otras. En especial, la garantía constitucional de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa, aun cuando tales derechos se encuentren en la actualidad fuertemente penetrados por la idea de interés público, significa excluir ciertas opciones y ciertos modelos económicos, basados en la planificación estatal vinculante y la coordinación centralizada de las decisiones económicas. Y, al mismo tiempo, la orientación constitucional de la acción de los poderes públicos hacia ciertos objetivos y finalidades de carácter económico y social excluye igualmente una actitud de abstención y desentendimiento del Estado respecto de la marcha de la economía, que abandone su gobierno a la mano invisible del mercado. (Albertí Rovira 2011: pp. 81-82)

La neutralidad constitucional que asume Albertí y que supuestamente no responde a ningún modelo según aquella primera conclusión, pronto se desdice en la segunda cuando nos explica que la Constitución española activamente se aparta de dos posibles comprensiones del rol del Estado en la economía como aquella que “abandona el gobierno a la mano invisible del mercado”, en lo que constituiría un régimen liberal; pero también excluye expresamente un modelo de economía dirigida por el Estado.

La neutralidad económica constitucional española no es tanto así un silencio de la Constitución, pues cuenta con diversas disposiciones que otorgan objetivos económicos y sociales al Estado, como puede notarse del artículo 40 (progreso social y económico, distribución equitativa de renta regional y personal, pleno empleo), sino una suerte de régimen de economía mixta que deja un amplio margen al legislador y a los poderes públicos para intervenir en la economía.

De similar criterio es Moreno Gonzales, quien afirma un abandono del principio de subsidiariedad:

El resultado fue el hoy tan famoso y recurrente artículo 128 CE que escuetamente, en su apartado dos, establece: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica». Sin necesidad de títulos habilitadores, sin límites expresos en su tenor, la Constitución abandona y rechaza el principio de subsidiaridad y acoge el de compatibilidad, concediendo al Estado la posibilidad de competir en la producción y/o distribución de bienes y servicios como un agente económico más. (Moreno 2017: p.131)

Aun así, lo cierto es que el consenso parece inclinarse a una tesis de neutralidad que busca el mismo efecto que anunciar un régimen de economía mixta, que es el de asumir la existencia de ambos elementos, el estatal-público como el de mercado en una economía de mercado en la que se habilita la intervención siempre que haya respeto a derechos fundamentales económicos.

3.1.3 Necesidad de criterios propios para el Perú

Ya ha sido afirmado anteriormente en esta investigación, pero corresponde ahora profundizar sobre los factores diferenciales que consideramos llevarían a que el Perú requiera una aproximación distinta a la interpretación constitucional del principio de subsidiaridad. Un análisis del propio texto constitucional y de la doctrina seguramente nos podría llevar a identificar diversos elementos, pero elegimos aquí tres elementos que no se presentan en el derecho comparado, o cuando menos no los tres al mismo tiempo. Son estos tres elementos los que consideramos otorgan un carácter propio a la Constitución económica peruana.

3.1.3.1 Consagración expresa del régimen económico

Como se ha podido notar de la breve descripción del debate sobre la neutralidad que antecedió a este apartado, las constituciones no suelen contar con un régimen económico en particular. Aquí, desde luego, hay dos niveles de comprensión de esta afirmación pues el régimen económico podría presentarse tanto en forma expresa como en un sentido tácito.

El caso paradigmático para un reconocimiento expreso es justamente el peruano que será objeto de análisis, la referencia directa se encuentra en el artículo 58 de la Constitución de 1993. Sobre su ubicación en el texto constitucional seguramente puede reclamarse falta de orden, al incluirse en referencia a la libertad de empresa cuando en rigor debió contar con un artículo propio o tal vez en el artículo 43 que describe al Estado peruano e

incorpora la referencia al Estado social. Es un tema más en el que la Constitución de 1993 no parece estar correctamente sistematizada.

Un elemento que también habría que tomar en cuenta para diferenciar al Perú de otras experiencias es que este reconocimiento tampoco es novedoso, ya se dio en 1979, como tuvimos ocasión de explicar líneas arriba, por lo que puede predicarse cierta continuidad en la opción constitucional expresa que en dos momentos constituyentes han optado por consagrar un régimen económico, aun en contextos políticos radicalmente distintos y con distintas fuerzas políticas en posición constituyente. Este hecho no es común en el derecho comparado y no tenemos noticia de ordenamientos cercanos al peruano que tomen una opción similar.

Referencia especial ameritan los países que han acogido un régimen económico que ha sido llamado en la doctrina como de “economía social y solidaria”, nomenclatura usada expresamente por constituciones como la boliviana o la ecuatoriana (Maestro Buelgo, 2011), por lo cual también se inscribirían entre las constituciones que reconocen expresamente un régimen económico junto a ejemplos más bien históricos como la Constitución de Albania de 1976 o la misma Constitución de la Unión Soviética de 1936.

Por otro lado, tenemos aquellas constituciones que tienen un régimen económico tácito, el cual requiere un ejercicio especial de interpretación que, a su vez, puede ser discutido. Este es el caso de países como Colombia, donde ha sido importante la interpretación realizada por la Corte Constitucional (Alarcón Peña 2018). Ahora bien, aun cuando se haya reconocido que el régimen económico es el de una economía social de mercado, el reconocimiento tácito no ha favorecido la utilización del régimen económico como parámetro constitucional, toda vez que la apertura del texto constitucional siempre habilita a posibles interpretaciones alternativas. De allí que la situación excepcional de las Constituciones peruanas sea especialmente reconocida (Yañez 2013: p. 245)

3.1.3.2 No sistematización de principios

Un segundo elemento diferencial que también hemos deslizado es el de la falta de sistematización de los principios de la Constitución económica. Si bien la Constitución de 1993 recoge la Economía Social de Mercado, los principios del régimen económico no se encuentran de forma sistemática en la Constitución. No nos referimos con ello a las diversas perspectivas que se han dado en la doctrina sobre los principios que informan a

la Constitución económica, problema al que ya hemos hecho referencia, sino más bien al hecho de que el propio texto constitucional no se extraigan fácilmente una serie de principios que faciliten la interpretación constitucional y la resolución de casos que involucren a la Constitución económica. La falta de consenso en la doctrina será más bien una consecuencia de la verificación que deseamos realizar.

Ahora bien, cabe aclarar que esta lista de principios deba encontrarse presente en una Constitución. De hecho, generalmente no forman parte, más aún en países que adoptan una tesis de neutralidad constitucional en materia económica. Sin embargo, algunos otros sí lo han hecho, siendo un ejemplo paradigmático de ello el caso brasileño, donde la Constitución de 1988 señala en el artículo 170 que son principios del orden económico la soberanía nacional, la propiedad privada, la función social de la propiedad, la libre concurrencia, la defensa del consumidor, la defensa del medio ambiente, la reducción de las desigualdades regionales y sociales, la búsqueda del pleno empleo y el tratamiento favorable para las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte.

3.1.3.3 Consagración expresa del principio de subsidiariedad

El tercer elemento diferencial, que nos sitúa en una posición especial para la interpretación el principio de subsidiariedad desde la Constitución de 1993 no es otro que el de la expresión directa de este principio en el artículo 60.

Como hemos tratado con cierta extensión en el segundo capítulo de esta investigación, esta recepción directa encuentra sentido en el condicionamiento de la actividad empresarial del Estado. La interpretación constitucional que se hace de esta acepción de la subsidiariedad hemos visto se encuentra disputada, en razón de lo que debe entenderse por actividad empresarial como disposición constitucional. Sin embargo, ello no quita que el acogimiento expreso del principio tenga importancia para el tema aquí tratado.

Es necesario señalar que, al igual que sucede con el reconocimiento del régimen económico, el principio de subsidiariedad tampoco es frecuentemente reconocido en textos constitucionales. Es paradigmático de ello el ejemplo de la Constitución chilena, que si bien no utiliza directamente el término subsidiariedad, sí contempla expresamente en su primer artículo la siguiente afirmación que nos remite indubitablemente al principio de subsidiariedad con una marcada influencia de la doctrina social de la Iglesia: “(...) El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y

estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.”

Aun cuando esta interpretación ha sido recientemente disputada, principalmente debido a que la recepción del principio de subsidiariedad supondría también la recepción de una determinada ideología (Segovia 2017: pp.105-107), lo cierto es que un sector importante de la doctrina chilena desprende el principio del citado artículo (Fernandois 2001: p. 90; Faúndez-Sánchez 2016: p. 218).

Otro ejemplo de una Constitución que recientemente ha incorporado el principio de subsidiariedad, tanto en su variable horizontal como vertical es el de la Constitución italiana:

Por efecto de la reforma constitucional del año 2001, ambas declinaciones de la subsidiariedad han encontrado acogida en la Constitución italiana. La declinación vertical se encuentra contemplada en el art. 118, apartado 1, Const. it., el cual, después de haber atribuido a los municipios la competencia administrativa general, admite desplazamientos de dichas funciones «hacia el vértice», sobre la base —entre otros— del principio de subsidiariedad. La declinación horizontal, por su lado, encuentra reconocimiento expreso en el apartado final de la misma disposición, la cual impone a los entes territoriales de favorecer «la autónoma iniciativa de los ciudadanos, individualmente y asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, sobre la base —en efecto— del principio de subsidiariedad» (D’Atena 2010: p. 267).

Mención aparte requieren los textos que consagran un principio de subsidiariedad, incluso expresamente, pero que lo hacen refiriéndose principalmente a la subsidiariedad vertical, vinculada en muchos casos al federalismo o a la interacción entre distintos niveles de gobierno, incluyendo al escenario comunitario o internacional. Una muestra paradigmática de esta recepción es la del Tratado de Maastricht, que citamos en el primer capítulo.

La interpretación de esta disposición y la importancia que tiene para el funcionamiento de la unión europea excede el ámbito de trabajo de la presenta investigación, pero sin duda presenta elementos para el análisis, a la vez que adiciona un elemento para la interpretación de la subsidiariedad horizontal, que es el de la construcción de una vertiente horizontal a partir de la recepción expresa de la vertical. Dicha discusión no se presenta en nuestro país por lo que no nos referiremos a ella en adelante.

Habiendo reseñado estas particularidades de la Constitución de 1993, podemos concluir preliminarmente que la Constitución peruana cuenta con particularidades que la distinguen de la regulación en materia económica de cualquier otra Constitución analizada.

3.1.4 Propuesta de interpretación extensiva del principio de subsidiariedad

El problema interpretativo que presenta el principio de subsidiariedad y que motiva este trabajo se puede plantear a partir de la convivencia de dos disposiciones constitucionales, el artículo 58 y el 60, que pueden admitir varias lecturas. La literatura sobre el Derecho Constitucional Económico en el Perú ha realizado una interpretación, en la mayoría de los casos, literal del artículo 60 de la Constitución, reconociendo del texto la aplicación del principio de subsidiariedad a la actividad empresarial del Estado, sin pronunciarse detalladamente sobre la aplicación del principio de subsidiariedad a ámbitos que no correspondan a la actividad empresarial.

Dicha interpretación es razonable en tanto la interpretación más evidente del artículo 60 es, en efecto, la literal. Interpretar el artículo 60 en ese sentido se vincula directamente con lo que buscaba el constituyente: limitar la actividad empresarial del Estado en un contexto en el que se apelaba a un Estado mínimo. La lectura de los antecedentes presentados en el primer capítulo de esta tesis nos permite concluir ello. Tampoco debe descartarse el contexto histórico en el que se da la Constitución de 1993 para comprender que la actividad empresarial del Estado era uno de los problemas más importantes desde una perspectiva de un Estado sumido en una crisis económica sin precedentes.

Sin embargo, consideramos que esta no es la única interpretación posible y que, más bien, una interpretación más adecuada a la Constitución considerada en su conjunto es la que sistemáticamente incorpora el artículo 58 de la Constitución, artículo que señala cuál es el régimen económico aplicable al Perú. Para realizar dicho ejercicio, consideramos necesario revisar brevemente cuál es sentido normativo que se le otorga al mencionado artículo 58.

3.1.4.1. La Constitución como norma jurídica y las consecuencias de asumir un régimen económico

Cuando nos referimos a una Constitución normativa no haremos referencia en este apartado a la conocida clasificación de Loewenstein entre constitución nominal, semántica y normativa, la cual se encuentra orientada al cumplimiento efectivo de una Constitución o, como señala Aguiló a la clasificación de comunidades políticas en la medida que la Constitución sea un factor determinante para explicar “la unidad y la dinámica política de esa comunidad” (Aguiló 2001: p. 442). Un trabajo de dicho tipo obligaría a realizar una comparación entre parámetro constitucional y aplicación del derecho (ya no solo constitucional), lo cual excede el propósito del presente trabajo. La referencia a la normatividad de la Constitución, para efectos de la argumentación a ser desarrollada, más bien, se refiere a una característica de las constituciones en el Estado Constitucional que consideramos importante relevar.

Los cambios que se han dado en el constitucionalismo nos han llevado a una evolución que parte desde un concepto de Constitución centrado en la idea de un pacto político sin consecuencias necesariamente normativas, a la de una Constitución como verdadera norma jurídica. Este ha sido un tránsito largo que tiene antecedentes que son de conocimiento común en el Derecho Constitucional.

Es importante así, como punto de partida, reconocer la supremacía de la Constitución como un avance significativo que modificará el valor que se dará en los ordenamientos jurídicos a las disposiciones de la Constitución. El desarrollo norteamericano consagrado en el famoso caso *Marbury vs. Madison* en el que se afirma la supremacía de la Constitución sobre otra norma, y por tanto su carácter normativo, contrasta radicalmente con lo sucedido en Europa, donde:

[e]l orden jurídico aplicable materialmente por los Tribunales no tenía otro enlace con la Constitución que el de proceder de las fuentes de Derecho que ésta definía, pero esa procedencia se reducía a los aspectos formales organizatorios, sin expresarse en el sentido de una relación internormativa jerárquica. A su vez, la parte dogmática de la Constitución, o no existía (lo que era frecuente; por ejemplo, en la mayoría de las Constituciones francesa y en nuestro Estatuto Real de 1834, como en la alemana de Bismarck de 1871), o de existir se expresaba apenas en principios muy generales, cuya positivización técnica requería el intermedio de Leyes ordinarias, sin las cuales carecían de toda operatividad. (García de Enterría 1983: p. 55)

El desarrollo del constitucionalismo en el siglo XX, y más aún después de la Segunda Guerra Mundial con la potenciación de la parte dogmática, en la que mucho han tenido

que ver las cortes o tribunales constitucionales, nos coloca hoy frente a un Estado Constitucional que asume la normatividad de la Constitución.

No quiere decir ello que el carácter político de la Constitución se haya perdido, sino que la Constitución ha ganado una dimensión que antes no tenía, sin que su carácter de decisión política originaria pierda potencia. Pasamos así de una acepción del término Constitución como “conjunto de hechos políticos” a una Constitución como conjunto de normas que dan forma al Estado, determinan su organización-política y territorial y regulan sus relaciones con los ciudadanos (Guastini, 2016: p. 258). En ese sentido nuestro Tribunal Constitucional ha señalado:

Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, prima facie, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema. (STC 00014-2003-AI/TC, f.2)

Al respecto, Aguiló señala que esta definición de Constitución del positivismo normativista entiende la Constitución como un conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político. Su carácter de “fundamentalidad” conforme indica este autor

(...) proviene del hecho de que a ellas se remiten los tres problemas básicos que se han enfrentado a la hora de conceptualizar el Derecho (...): el de la identificación del Derecho, el de la unidad del Derecho y el de la continuidad del Derecho. Su «fundamentalidad» proviene, en definitiva, de que se trata de normas que no remiten recursivamente a otras normas. (2001: p. 437)

Normatividad y jerarquía, terminan siendo elementos necesarios en la teoría de la constitución, y, como afirma Castillo Córdova:

Sólo si la Constitución está colocada en la base de todo el ordenamiento jurídico podrá hablarse de efectos vinculativos y, consecuentemente, se podrá estar ante una norma

jurídica, es decir, ante una norma que somete efectivamente a sus destinatarios, y cuyo cumplimiento puede ser sometido a control, ya sea mediante mecanismos jurídicos, ya mediante mecanismos políticos (...) (2006: p. 885).

Si trasladamos estas características a términos de principios podremos encontrar lo que Grández denomina “pautas o directrices ideológicas de autoconservación del modelo constitucional”, entre las cuales identifica justamente el principio de jerarquía normativa de la Constitución, el cual entiende como una “advertencia al intérprete para no olvidar que la interpretación no puede reducir ni la fuerza vinculante ni la máxima jerarquía jurídica que ostenta la Constitución” (2016: p. 82).

La Constitución peruana de 1993 ha incorporado algunas disposiciones en esta línea y que leídas en conjunto evidencian la voluntad del constituyente de que los mandatos recogidos en la Constitución vinculen efectivamente (Castillo 2006: p. 886). Entre ellos encontramos el artículo 38 que contiene un mandato genérico llamando a que todos los peruanos tengan el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución, al margen de si el sujeto obligado es gobernante o gobernado (Castillo 2006: p. 886). En la misma línea encontramos el artículo 51 que coloca a la Constitución en el sistema de fuentes haciéndola prevalecer sobre la ley, reconociendo por tanto su carácter normativo.

Un problema distinto es el de las características de las normas incluidas en la Constitución, las cuales, sin dejar de ser normativas, pueden tener diferentes grados de eficacia. Así, se ha utilizado en la doctrina constitucional diversas clasificaciones de las normas constitucionales, tal como la distinción entre a) normas de eficacia inmediata, b) normas de eficacia mediata o diferida, y, c) normas orientadoras; o a) normas operativas, y, b) normas programáticas (Espinosa-Saldaña, 2014).

Lo cierto es que, bajo cualquiera de estas clasificaciones, aun en el sector más restrictivo de todas estas opciones conceptuales, es decir, aquel que opta por una categoría de norma que condiciona su efectividad a actos posteriores, encontramos en la doctrina que se aceptan formas de vinculación que permiten seguir hablando de un carácter normativo y no solo de declaraciones de contenido solamente políticos.

En ese orden de ideas, tenemos, desde luego, la crítica que se ha realizado a la adjudicación del carácter de programáticas de las normas que reconocen derechos sociales (Landa, 2012) (Espinosa-Saldaña y Cruces, 2015), pero también de algunas consecuencias mínimas frente a la presencia de normas programáticas, como son: a) que

establecen un vínculo jurídico (y no solamente político) para el legislador; b) que acarreen la inconstitucionalidad de las normas jerárquicamente subordinadas que les sean incompatibles; c) que concurren a la determinación de los principios generales del ordenamiento jurídico utilizables, sea para la superación de las lagunas, sea en sede de interpretación sistemática. (D'Atena, 2009, p. 459)

3.1.4.2. Economía Social de Mercado como parámetro para la interpretación

Habiendo corroborado que la Constitución es, en el sentido propuesto, normativa, corresponde revisar cuales son las consecuencias que dicha afirmación tiene para la interpretación de los artículos propuestos que nos llevarán a evidenciar el alcance del principio de subsidiariedad.

Nos referiremos en primer lugar a la disposición del artículo 58, por ser la que mayor complejidad para la interpretación encierra, dada su evidente textura abierta. El hecho de que el texto constitucional señale que “la iniciativa privada es libre” y que esta “se ejerce en una economía social de mercado”, a primera vista parece encerrar un significado limitado. Podría bien entenderse en el sentido que la economía social de mercado solamente se hace presente o es relevante cuando se trata del ejercicio de la libre iniciativa privada.

Este equívoco significado, que no ha tenido recepción en la doctrina rápidamente se matiza con la frase siguiente del mismo artículo cuando se dice “Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país (...)”. Aunque la redacción no sea óptima, lo que hace es exponer la calificación de la economía social de mercado.

No se trata, por tanto, de un principio descolocado o dicho al pasar, sino del régimen económico asumido por la Constitución, una de las características propias de nuestra Constitución conforme advertimos líneas atrás. De hecho, si atendemos a una interpretación sistemática por ubicación, la afirmación del régimen económico se realiza en el primer artículo del capítulo I “Principios generales”, del Título III “Régimen económico”. La consecuencia parece ser que la Constitución asume la economía social de mercado como un régimen que preside la economía.

El valor de esta afirmación, sin embargo, es difícil de asir. La doctrina peruana cuando ha interpretado la economía social de mercado, más allá de los contenidos materiales que adelantamos en el primer capítulo, ha sido poco precisa para afirmar la consecuencia de

asumir un régimen económico respecto de las consecuencias normativas que ello trae. El énfasis ha estado sobre todo en los contenidos de la economía social de mercado, mas no en las consecuencias de consagrar un determinado régimen económico.

La interpretación, por tanto, del artículo 58 empieza por dotar de algún sentido al carácter de régimen económico. Para realizar dicha operación, consideramos importante retomar lo dicho en el apartado anterior, rescatando el carácter normativo del régimen económico. Es decir, afirmar que la decisión del constituyente sobre el régimen obliga, siendo lo complejo describir si obliga tanto como otras disposiciones constitucionales o en qué medida lo hace. Consideramos que pueden existir varios enfoques para realizar esta interpretación, pero ofrecemos dos que pueden ser útiles para el régimen económico en atención a las particularidades advertidas del caso peruano.

3.1.4.2.1 Régimen económico como decisión fundamental del constituyente

Una aproximación para responder a esta pregunta puede configurarse a partir del tipo de decisión que realiza el constituyente. Si observamos la doctrina comparada, encontraremos que con Schmitt surge la teoría de decisiones políticas fundamentales del constituyente la cual considera, en palabras de Carpizo, que algunas

(...) decisiones son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política, y sobre ellas descansan todas las demás normas del orden jurídico. Estas decisiones no pueden ser reformadas por el congreso o el parlamento, sino únicamente por la voluntad directa del pueblo. (Carpizo 2011: p. 8)

Si bien esta teoría fue severamente criticada por Heller por el decisionismo en el que incurre su perspectiva, se destaca su valor como teoría por poner en relevancia el hecho de que hay ciertos principios fundamentales que serían en principio inmutables, salvo intervención del pueblo (Carpizo 2011: p. 10). Asimismo, habría valor en asumir decisiones fundamentales en tanto impedirían la disolución de la Constitución en un complejo inconexo de normas, garantizando así “unidad ontológica y jurídica de la Constitución” (Tajadura 2016: p. 264). Carpizo aplicando esta teoría a la Constitución de su país encontró que algunas decisiones fundamentales podían predicarse comunes a las constituciones en general (democracia, derechos humanos, entre otros), mientras que

algunas son propias de la Constitución que se analiza (municipio libre, supremacía del Estado sobre las iglesias, sistema presidencial, por ejemplo) (Carpizo 2011: p.21).

Siguiendo ese razonamiento, es posible argumentar que la Economía Social de Mercado, en tanto régimen económico expresamente adoptado por el Poder Constituyente peruano, es una decisión política fundamental de la Constitución peruana de 1993, en la medida que sirve de estructura para la actividad del Estado en la economía e incluso las relaciones entre privados y el ejercicio de sus derechos económicos. Tendría así una función comprensiva de toda la Constitución económica y no solo respecto del ejercicio de la iniciativa privada.

3.1.4.2.2. Régimen económico a partir de la tipología de normas

A partir de tipología de normas constitucionales que expone Guastini, surge la cuestión sobre cuál de aquellos tipos de norma constitucional sería la que consagra la Economía Social de Mercado. Esta definición sería relevante en este contexto para poder caracterizar mejor cómo es de normativa la opción por este régimen.

En ese sentido, el profesor italiano distingue entre normas de organización, normas de competencia, normas que adscriben derechos subjetivos y normas de principio y programáticas (Guastini, 2016, pp. 267-268). De todas las categorías enunciadas, la más adecuada para la norma que instituye la Economía Social de Mercado sería comprender a esta como una norma de principio, en la medida que orienta el ejercicio de los poderes públicos.

Si contrastamos esto con la caracterización que ha hecho el Tribunal Constitucional de la Economía Social de Mercado en la sentencia “Nesta Brero” (STC 0008-2003-AI/TC, f. 13.a) parece más bien describirse un régimen que incorpora diversos tipos de mandatos. Así, el elemento de bienestar social, o compensación social, para el Tribunal obliga a reconocer ciertos objetivos del Estado como el trabajo digno, los cuales debiera concretizar en la medida de lo posible.

Por otro lado, el elemento de libre mercado más bien parece vincularse a la tutela de derechos fundamentales económicos o bienes como la libre competencia, que guardan una estructura de principio o, en el caso de los monopolios legales, directamente de regla con la particularidad que no son necesariamente orientadas al Estado, sino que también obligan y son exigibles a privados. Subsidiariedad y solidaridad, que son para el Tribunal

el tercer elemento de la Economía Social de Mercado, se estructuran por su lado como principios para la acción estatal.

En consecuencia, si la Economía Social de Mercado como norma obliga a todo ello, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, antes que ser una norma que se remita solo a la orientación del ejercicio del poder público, parece ser una norma que incluye y sirve de fundamento a normas de diverso tipo.

Desde estas dos perspectivas para la interpretación del régimen de Economía Social de Mercado tenemos que esta tiene valor para la interpretación constitucional tanto como justificativo de otras normas, así como norma orientadora que otorga un sentido de unidad a la Constitución económica, indicando la voluntad del constituyente al respecto.

3.1.4.3. Vinculación entre régimen económico y principio de subsidiariedad

A partir de lo señalado, la interpretación del principio de subsidiariedad no puede estar desligada del régimen económico en el que se inserta. En ese sentido, si la Economía Social de Mercado tiene valor como norma y como régimen (sea como decisión fundamental o como norma orientadora), el principio de subsidiariedad no puede aislarse del contenido material que aporta el régimen económico o directamente ir en su contra.

Es más bien inaceptable la interpretación constitucional que se haga sin tomar en cuenta el régimen o que lo desnaturalice. La desnaturalización del régimen económico se hará evidente en la medida que se traspase los límites hacia un régimen distinto, como puede ser un régimen de economía dirigida o uno de economía de mercado en el modo *laissez-faire*, conforme señalamos en el primer capítulo en la descripción de los regímenes económicos según Gallegos (Gallegos 2010).

Esta interpretación, en otras palabras, tendrá que atender lo que ha llamado Hesse el principio de unidad de la Constitución, por el cual

[1]la relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obliga a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales. (Hesse 2012: p.67)

Para efectos de nuestra interpretación del principio de subsidiariedad, la lectura del artículo 60 en cualquiera de las posiciones expuestas en el capítulo 2, sea desde la interpretación del Tribunal Constitucional o la del Indecopi, para ser conforme con el principio de unidad tendría que realizarse a la luz de la Economía Social de Mercado.

El principio de subsidiariedad tal como ha sido recogido en el artículo 60 limita su ámbito de actuación a la actividad empresarial del Estado, más una lectura en conjunto con el régimen económico nos llevará a comprender que si bien tiene sentido la aplicación del principio de subsidiariedad a la actividad empresarial en una Economía Social de Mercado, no tiene por qué ser la única actividad que se sujeta a este principio, como generalmente se trata en la doctrina.

Como el Tribunal Constitucional ha señalado, el principio de subsidiariedad más bien se orienta a regular toda la actividad económica del Estado en tanto elemento de la acepción de la Economía Social de Mercado que se ha asumido en el Perú. Por tanto, si de la Economía Social de Mercado se desprende un principio de subsidiariedad y la Economía Social de Mercado tiene una vocación de ser un régimen que comprenda a toda intervención del Estado en la economía, la restricción a que solo se aplique a la actividad empresarial no potencia el régimen económico.

Por el contrario, una interpretación que restringe el principio de subsidiariedad a la actividad empresarial resta efectividad a la Economía Social de Mercado y a su esencia que se vincula a una particular idea de la relación entre la persona, los grupos intermedios y el Estado, idea que ha sido asumida expresamente por la Constitución. El principio de subsidiariedad busca así tutelar que el Estado en su intervención permita que los privados resuelvan primero los problemas entre sí y que solo a través de algún elemento habilitante, se produzca la intervención del poder público.

Retirar el principio de subsidiariedad de la intervención del Estado en la economía más bien llevaría a asumir que el Estado tiene carta libre para realizar intervención, aun cuando esta no sea necesaria, en ciertos ámbitos de la economía, lo cual consideramos no se corresponde con haber asumido un régimen de Economía Social de Mercado. Una discusión distinta es la de la forma en que se manifiesta el principio de subsidiariedad en cada actividad económica del Estado, que podría aceptar matices, mas ello no implica una renuncia a la presencia del principio de subsidiariedad en todos los ámbitos de intervención económica pública.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la relación entre los artículos 58 y 60 de la Constitución en un sentido unitario y sin dejar de lado el carácter normativo del régimen económico se puede entender si se plantea que el principio de subsidiariedad en realidad no se desprende del artículo 60, sino del artículo 58 en tanto la subsidiariedad es un elemento de la Economía Social de Mercado.

El artículo 60 no pierde por ello sentido, sino que funciona como una concreción específica para la actividad empresarial del Estado, debido a la importancia que dio el constituyente a la limitación de esta actividad en la Constitución de 1993.

3.1.4.4. Aplicación del principio de unidad

De acuerdo a lo reseñado, el principio de unidad permite realizar una interpretación que permita mantener la armonía entre las diversas normas constitucionales, permitiendo así una interrelación que potencie a la propia Constitución. Es así que, una nueva interpretación debiera insertarse en concordancia con los principios y valores de la propia Constitución sin dejar sin sentido a las normas leídas como un conjunto.

En ese orden de ideas, la interpretación extensiva del principio de subsidiariedad, que hemos propuesto se desprende del régimen económico de Economía Social de Mercado y no solo de la lectura literal del artículo 60. Son diversas las disposiciones que serían relevantes, que se suman al ya mencionado artículo 58 que recoge el régimen económico y que hemos considerado especialmente relevante.

Así, puede partirse del propio artículo primero para comprender cómo es que la finalidad de la sociedad y el Estado, el fin supremo en los términos de la Constitución, radica en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Este artículo, al igual que sucede en Alemania, con su equivalente “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”, puede interpretarse en el sentido de que al ser la dignidad el valor central en nuestro ordenamiento, la sociedad y el Estado tiene una relación de servicio o, puede decirse, subsidiaria respecto de la persona humana¹ (Süsternehn, 1967, p. 231)

El artículo 58 de la Constitución y el artículo 59 aportan elementos de compatibilidad con el principio de subsidiariedad. Una aparente contradicción se vislumbra a partir del

¹ “Durch diese Verfassungsbestimmungen werden Würde und Freiheit des Menschen zu politischen Höchstwerten erklärt und damit der Gemeinschaft nur eine dienende oder, wie man auch sagen könnte, subsidiäre Funktion gegenüber dem Menschen zuerkannt.”

artículo 58 que consagra una iniciativa económica libre, a la vez que encarga al Estado la orientación de la economía e instituye sus principales ámbitos de intervención: promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. De manera correspondiente incluso a los contenidos de algunos derechos sociales, se reconoce el deber del Estado de garantizar la prestación de servicios. Ello, sin embargo, no es incompatible respecto del principio de subsidiariedad, el cual opera no sobre si debe o no el Estado garantizar, pues ello está fuera de duda, sino sobre la forma en que lo realiza y el nivel de intervención adecuado para lograr dicho fin.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado que

Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva. (STC 0008-2003-PI/TC)

De igual manera, cuando el artículo 59 señala expresamente que corresponde al Estado estimular la creación de riqueza, no presupone una intervención en el mercado, sino que dicho objetivo puede sujetarse también al principio de subsidiariedad en el sentido que la forma de intervenir pueda atender a la consideración sobre los derechos que asisten a los participantes en los mercados.

En esa misma línea, la Constitución de 1993 reconoce derechos económicos, los cuales se encuentran especialmente desarrollados, a saber, el derecho de propiedad, la libertad de empresa, industria y comercio, la libertad de contratación, la libertad de trabajo y los derechos de los consumidores y usuarios. El Tribunal Constitucional tiene resuelto, en dicho sentido que

(...) si bien la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades patrimoniales, en el marco de una economía social de mercado -donde estos derechos operan como garantías institucionales- implican el reconocimiento de la libertad de decidir no sólo la creación de unidades económicas y su actividad en el mercado, sino también el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado, teniendo siempre en consideración

que la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los "otros" y con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado.(STC 00008-2003-PI/TC)

El principio de subsidiariedad, correctamente comprendido, no resulta, por tanto, un obstáculo para el cumplimiento de los deberes del Estado, sino que potencia los derechos fundamentales económicos a la vez que los mismos también puede ser racionalizados en función de otros bienes o principios constitucionales.

En ese sentido, coincidimos con Frosini cuando señala, siguiendo a Paolo Ridola que

el principio de subsidiariedad más que una defensa «contra» el poder estatal resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; por tanto, «éste se funda no en una concepción dialéctico-opositiva de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión integradora y «consensual» del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso, que gradualmente asciende desde el individuo al Estado a través de las formaciones sociales intermedias». (Frosini, 2002, p. 306)

De allí que su inserción en la Constitución de 1993 a partir del régimen de Economía Social de Mercado, guarde sentido con la concepción de un régimen abierto que permite justificar la intervención del Estado en la economía.

3.1.5. Hacia una estructura del principio de subsidiariedad

El problema del alcance del principio de subsidiariedad en su aplicación práctica no termina en lo señalado hasta el momento, sino que se vincula a la estructura del principio y como esta puede aplicarse a casos concretos. El artículo 60 no es esencialmente complejo dado su ámbito de aplicación suficientemente acotado. Los problemas de aplicación del artículo 60 son los expuestos en el capítulo 2 y radican en la interpretación que se hace de “actividad empresarial” y eventualmente de lo que se entienda como un elemento habilitante para la intervención del Estado. En la interpretación del INDECOPI, por ejemplo, el elemento habilitante está marcado por la configuración de la oferta y la demanda en un mercado relevante.

En otras palabras, el principio de subsidiariedad del artículo 60 (en la interpretación del INDECOPI) responderá a la siguiente estructura:

Si se satisfacen las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial, no corresponde al Estado realizar actividad empresarial

En términos de estructura, en realidad podríamos estar hablando de una regla en la que hay un supuesto de hecho que cuando se cumple, habilita una consecuencia jurídica. Evidentemente, la acreditación del supuesto de hecho es muy compleja, mas ello no quita que jurídicamente pueda entenderse de esa forma. Ahora bien, el principio de subsidiariedad no implica ausentismo o renuncia del Estado sino una racionalización de su intervención, por lo que bien puede simplificarse esta regla en un sentido inverso:

Si no se satisfacen las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial, corresponde al Estado realizar actividad empresarial

La simpleza de este ejercicio no tiene otro sentido que el de evidenciar que la regla de subsidiariedad no implica estructuralmente un ausentismo del Estado, sino que la intervención en realidad depende de los elementos habilitantes que puedan asumirse sin desnaturalizar la idea de subsidiariedad. Así, si cambiamos “inexistencia o insuficiencia de oferta real o potencial”, por otro concepto como “condiciones mínimas de subsistencia”, podemos tener todavía una regla de subsidiariedad, siempre que ello no suponga facilitar en exceso la intervención del Estado. Es más, sin cambiar textualmente la regla es posible también interpretar en diversos sentidos “insuficiencia de oferta”, de modo que se obtenga un resultado distinto. Por el contrario, un término como “interés social” de ser usado como elemento habilitante para la intervención si puede afectar la subsidiariedad en tanto se trata de una habilitación amplísima en favor de la discrecionalidad del Estado. Si retomamos los factores habilitantes que se planteaban en la Doctrina Social de la Iglesia, también podemos encontrar este margen de acción para el principio de subsidiariedad que aquí se ha intentado describir.

Esta generalidad del concepto en la aplicación del principio de subsidiariedad ha sido también expuesta por Rotschild, quien identifica desde la economía una interpretación restrictiva y otra extensiva del principio de subsidiariedad, siendo la restrictiva la prevaleciente en *Quadragesimo Anno* que pone énfasis en la responsabilidad individual y reduce el margen de acción del Estado; mientras que una interpretación extensiva, no solo toma en cuenta la abstención estatal sino también un deber de actuación (*Aktionsforderungen*) (Rotschild, 1994, pp. 197-198). No es este el sentido de

interpretación restrictiva y extensiva que hemos usado en esta tesis, el cual hemos derivado de la Constitución peruana, sin embargo, es un punto de vista que apoya la idea de que el principio de subsidiariedad no necesariamente debe interpretarse en un solo sentido.

Tomar en cuenta estos márgenes de la subsidiariedad consideramos puede ser especialmente útil al momento de trasladar la regla de subsidiariedad a actividades económicas que no son actividad empresarial y donde haya que conjugar el principio de subsidiariedad con un rol de fomento, por ejemplo.

Por otro lado, en la proyección de la subsidiariedad a otras actividades distintas a la empresarial podemos encontrarnos aquí si con un principio de subsidiariedad entendido como mandato de optimización (Alexy 2010: p. 458), donde las competencias del Estado, las cuales normalmente se ejercerían en los márgenes de lo razonable (no arbitrario), se ejerzan subsidiariamente en la medida de lo posible en un caso concreto.

Finalmente, una discusión que deriva de lo aquí expuesto es la de la posibilidad de que el principio de subsidiariedad entre en conflicto con otros principios y eventualmente pueda ser objeto de ponderación. Bajo dicha concepción, sería aceptable que el principio de subsidiariedad pueda ser dejado de lado. Dicha tensión entre principios, que ha sido asumida por un sector de la doctrina sobre todo en el contexto de derechos fundamentales, requiere una reflexión mayor en torno a la estructura del principio de subsidiariedad.

Si se asume, como aquí hemos hecho, que el principio de subsidiariedad no solo se lee en forma negativa, como renuncia del Estado, sino también en sentido positivo, como habilitación de intervención, es difícil concebir un escenario en el que la ponderación tenga sentido en la medida que el principio de subsidiariedad depende en buena parte de los elementos habilitantes y sirve para racionalizar la acción pública otorgando una preeminencia a la actividad privada, mas no niega la habilitación del sector público. Una forma más adecuada de resolver una controversia sobre subsidiariedad podría radicar, más bien, en el debate sobre los supuestos que habilitan la intervención y no sobre la aplicabilidad del principio en sí mismo.

3.1.6. Confrontación con otras tesis

La interpretación extensiva del principio de subsidiariedad en realidad no es una interpretación desarraigada de lo expuesto por el constitucionalismo peruano. En el

primer capítulo expusimos brevemente la postura de tres autores que tenían particulares interpretaciones del principio de subsidiariedad, las cuales corresponde ahora revisar para observar cómo es que estas se conjugan con la interpretación extensiva que proponemos.

En cuanto a la posición de Kresalja, encontramos que a nivel conceptual existen marcadas coincidencias como la afirmación de que en una economía social de mercado el rol del Estado es subsidiario, sin establecer un límite expreso a la aplicación del principio, toda vez que se refiere a la actividad económica (Kresalja y Ochoa 2009, p. 356). El problema en lo tratado por este autor en el libro que escribe con César Ochoa se encuentra en el tratamiento de las actividades en las que el Estado interviene en la economía.

Y es que, si bien dedica importantes reflexiones a la iniciativa pública, la regulación económica, la planificación estratégica y hasta los decretos de urgencia, en toda dicha reflexión no se aprecia atención alguna al principio de subsidiariedad, de modo que su recepción resulta formal mas no hace parte del análisis que realizan los autores sobre la intervención del Estado en la economía, fuera de la actividad empresarial.

Distinto es el caso de la postura de César Landa, quien distingue claramente entre el rol del Estado en la economía y el rol del Estado en la actividad empresarial, y señala al respecto que la interpretación del principio de subsidiariedad debiera estar acotada principalmente a la actividad empresarial (Landa, 2016).

Sin embargo, en la gradación que propone para medir la intervención del Estado en la economía, esta aseveración parece no estar tan clara dado que se admite la existencia del principio de subsidiariedad en la intervención leve (actividades en las que el Estado contaría con una reserva constitucional para intervenir), pero junto a ello también señala que el principio de subsidiariedad cede frente a la intervención del Estado. Parece necesaria, por tanto, una precisión frente a lo que se debe entender como principio de subsidiariedad, en la medida que su derrota frente a la intervención no guarda sentido para un principio que justamente existe para regular dicha intervención. En otras palabras, si el principio se ve derrotado en todos los casos en los que se pueda reclamar algún deber de garantía por parte del Estado, simplemente no tendría sentido su aplicación.

La proyección de esta ponderación entre subsidiariedad y otros principios, parece sugerir más bien una concepción negativa del principio de subsidiariedad como abstencionismo estatal, lo cual no se desprende del régimen económico ni de la conceptualización del principio de subsidiariedad que hemos intentado esbozar.

La tesis de Óscar Sumar y Eduardo Iñiguez, por su parte, asume una comprensión amplia del principio de subsidiariedad con la cual coincidimos, y que se sustenta también en la Economía Social de Mercado. Sin embargo, le adscribe dos acepciones al principio de subsidiariedad: subsidiariedad en la actividad empresarial y subsidiariedad en la regulación (Súmar e Iñiguiz 2017: pp.44-45).

Un concepto amplio de regulación puede significar prácticamente cualquier tipo de intervención en la economía, en la medida que incluye regulación directa e indirecta. Sin embargo, consideramos que no necesariamente describe con precisión las diversas formas de intervención en un país como el nuestro, que ha recibido amplia influencia del derecho administrativo continental. En esta línea de pensamiento no tendría que tener el principio de subsidiariedad la misma estructura, por ejemplo, si se aplica a la actividad de fomento o a la actividad de policía.

Así bajo el riesgo de no considerar un determinado hecho como regulación indirecta, hay actividades que podrían quedar fuera del ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad. Por tanto, considero más adecuado para la interpretación del principio de subsidiariedad, referirnos a modalidades de intervención del Estado en la economía, antes que utilizar la regulación como parámetro.

Asunto distinto es el de la aplicabilidad del test de calidad regulatoria, el cual, según los autores, puede equipararse al test de proporcionalidad usado en controversias sobre derechos fundamentales. Esta posición tiene la dificultad de plantear un test que, al ser muy similar al test de proporcionalidad, puede prestarse a confusión si queremos enjuiciar una acción determinada del Estado, en términos tanto de razonabilidad como de subsidiariedad.

Para Súmar e Iñiguiz, ambas pruebas inician con el análisis de idoneidad, seguido de un análisis de necesidad, diferenciándose ambos en el último paso por el cual el test de calidad regulatoria es un análisis costo-beneficio, mientras que en el test de proporcionalidad tenemos el análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Al momento de enjuiciar una intervención determinada puede generarse una confusión en vista de la similitud de ambos ejercicios, llevando al intérprete a considerar si una acción razonable del Estado es a la vez subsidiaria o viceversa.

3.2. Aplicación de la interpretación extensiva del principio de subsidiariedad

Con el propósito de mostrar cómo es que el principio de subsidiariedad tiene sentido fuera del ámbito de la actividad empresarial, hemos buscado presentar ejemplos sobre cómo esto ya se da de una u otra forma en la práctica jurídica.

Para tal efecto, hemos realizado dos ejercicios que pretenden fortalecer lo que hasta aquí hemos afirmado. En primer lugar, un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, y en segundo lugar una selección de dos casos de aplicación del principio de subsidiariedad fuera de la actividad empresarial.

3.2.1 Análisis de la jurisprudencia constitucional sobre principio de subsidiariedad en los procesos de amparo

Para realizar este análisis se realizó una búsqueda en el buscador de jurisprudencia del Tribunal Constitucional utilizando el término “subsidiariedad” en los procesos de amparo. Luego de ello se seleccionaron los casos referidos a la subsidiariedad económica, dejando de lado aquellos que utilicen el término “subsidiariedad” para referirse tanto a la subsidiariedad del proceso de amparo como al principio de subsidiariedad vertical.

Se seleccionó el proceso de amparo por ser un proceso de control concreto de constitucionalidad, y por ello los reclamos que se realizan por medio de este proceso, en la medida que atienden derechos fundamentales, potencialmente podrían evidenciar de mejor manera una aplicación del principio de subsidiariedad. Sin embargo, cabe advertir que no se trata necesariamente de todos los casos que involucran el principio de subsidiariedad, aun en el proceso de amparo, toda vez que un razonamiento en base a este principio bien podría formar parte de la *ratio decidendi* y no estar efectivamente mencionado.

De los diez casos seleccionados bajo los parámetros enunciados (Anexo 2), tenemos que solo uno de ellos se refirió a la actividad empresarial del Estado (STC 01038-2004-PA/TC), aunque finalmente no se resuelve en función del principio de subsidiariedad. Destaca, por otro lado, un grupo de seis casos que se refieren al Decreto Supremo 006-2004-MTC. Estos fueron casos que se presentaron ante el Tribunal Constitucional para cuestionar las normas que declaraban, supuestamente de forma retroactiva, la prohibición de realizar servicio de transporte interprovincial de pasajeros en vehículos tipo ómnibus carrozados en chasis de camión.

En lo referido al principio de subsidiariedad, si bien los demandantes no lo alegan, el Tribunal desarrolla el principio retomando lo expuesto en “Nesta Brero”, pero afirmando expresamente que “conforme al principio de subsidiariedad económica del Estado o lo que es lo mismo la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, consagrado en el artículo 60° de la Constitución, se establece un límite a la actividad del Estado.” (08152-2006-PA/TC, f. 8). La perspectiva que asume el Tribunal es la de una interpretación amplia del principio de subsidiariedad, aunque cause confusión el hecho de que lo haga a partir del artículo 60 y no desde el régimen económico, como hemos propuesto.

La aplicación concreta que hace el Tribunal del principio de subsidiariedad en este caso se presenta recién en el fundamento 64, en el que justifica la intervención del Estado cuando los grupos sociales no están en condiciones de hacerlo, a fin de garantizar bienes constitucionales. En este caso, la finalidad que habilita la intervención del Estado será el resguardo y cuidado de las condiciones de seguridad en el transporte interprovincial.

Sin embargo, esta no es la única forma en que el Tribunal ha resuelto estos casos, pues hay cuando menos dos de ellos (Exp. 05259-2006-PA/TC y Exp. 04637-2006-PA/TC) en los que si bien no se ha argumentado el alcance del principio de subsidiariedad, se ha terminado resolviendo de la misma forma, reconociendo que el Estado interviene siempre que los grupos sociales no estén en condiciones de hacerlo.

Un caso especialmente interesante en esta línea del Tribunal es el 01776-2004-PA, en el que se discutía la desafiliación del recurrente de la AFP a la que estaba adscrito, para retornar al Sistema Nacional de Pensiones. En la correspondiente sentencia el Tribunal sí es enfático al señalar que “(...) la gestión a cargo del Estado de la prestación pensionaria no está sujeta al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, en el sentido del segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución” (01776-2004-PA/TC, f. 20). Dicha afirmación, según el Tribunal, no solo se desprendería del hecho de que el artículo 60 solo se refiere a la actividad empresarial, sino que una interpretación sistemática de la Constitución no debería llevar a que el Estado no pueda prestar seguridad social directamente.

Esta sentencia, a diferencia de las otras, si toma una postura clara en la interpretación constitucional del principio de subsidiariedad, que, sin embargo, consideramos puede ser superada desde una visión positiva del principio de subsidiariedad, que no necesariamente

se centre en la habilitación o no de la prestación, sino en las condiciones de dicha prestación.

Finalmente, cabe destacar los votos emitidos en el Exp. 02210-2007-PA por los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Mirada que sugieren la aplicación del principio de subsidiariedad al otorgamiento de beneficios tributarios, aunque finalmente no sean fundamentos que sirvan para resolver la controversia.

3.2.2 Aplicación del principio de subsidiariedad fuera de la actividad empresarial

Para verificar si es posible la interpretación extensiva del principio de subsidiariedad, una aproximación útil puede ser la de revisar casos en los que se aplique el principio fuera del ámbito de la actividad empresarial. Para tal efecto, se han seleccionado dos materias en las que el principio de subsidiariedad se proyecta de modo distinto al explorado hasta el momento.

En ambos se podrá acreditar que el principio tiene características distintas a la comprensión clásica del mismo, sea admitiendo una habilitación distinta para la intervención, o bien como un principio que justifica la introducción al ordenamiento de normas infraconstitucionales.

3.2.2.1 Procedimiento de adquisición de bienes por necesidad pública o seguridad nacional

La expropiación es un procedimiento que permite trasladar forzosamente un bien de la esfera de un privado al Estado con motivo de una utilidad pública. Se trata de una de las formas más severas de intervención del Estado en un derecho fundamental, en este caso el derecho de propiedad, dejando efectivamente al propietario sin el bien en cuestión. Como es de público conocimiento, el artículo 70 de la Constitución contienen la regla sobre expropiación vigente en el Perú, por la cual a nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada. La Constitución permite controvertir el monto indemnizatorio, mas no la decisión del Estado de expropiar. Esta decisión, siempre que esté fundada en las razones de seguridad nacional o necesidad pública, no tendría por qué ser dejada sin efecto.

Lo que no podemos dejar de lado es que, toda vez que se trata de una intervención del Estado en la economía, singularizada en el derecho de propiedad, el principio de subsidiariedad podría reclamar que la intervención sea auxiliar a la acción del Estado mediante la expropiación.

El reciente Decreto Legislativo 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, tiene previsto en su artículo 26, la siguiente regla: “El rechazo de la oferta de adquisición regulada en el numeral 20.5 da inicio al proceso de expropiación.”

Esta regla supone que antes de la expropiación propiamente dicha se busca realizar una adquisición mediante trato directo, de modo que el poder público no ejerza todo su imperio sobre el derecho de propiedad. Esta es pues, una regla que racionaliza el ejercicio de una facultad de intervención del Estado en la economía, en lo que podemos considerar una manifestación del principio de subsidiariedad, dado que se busca que pueda existir un acuerdo libre para la transferencia de la propiedad, aun cuando lo que se busca es un fin público que bien puede justificar la intervención directa.

3.2.2.2 Principio de subsidiariedad y regulación

En los mercados regulados el Estado tiene presencia a través de organismos reguladores que tienen funciones supervisora, de fijación de tarifas, normativa, sancionadora, entre otras. Estos organismos actúan en tutela del interés público en mercados que se consideran importantes debido a los fines constitucionales que pueden estar involucrados detrás de los mismos.

En particular, la función normativa es una que se ha visto condicionada por el principio de subsidiariedad, conforme ha sido recogido en los Decretos Supremos 008-2001-PCM, 010-2001-PCM y 054-2001, en los Reglamentos Generales del Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Transporte (Ositran) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (Osinergmin), respectivamente.

Los tres reglamentos cuentan con un catálogo de principios similares, que incluyen el principio de subsidiariedad, por el cual la actuación de los reguladores procede en aquellos supuestos en los que el mercado y la libre competencia no sean adecuados para

satisfacer intereses de usuarios y competidores. Nótese que el elemento habilitante para la intervención en esta versión del principio de subsidiariedad no es el de la inexistencia de privados o su insuficiencia, como hemos visto se plantea en el caso de la actividad empresarial. Aquí, el elemento que habilita la intervención es la satisfacción de los intereses de personas involucradas en el mercado, en concreto, los usuarios y los competidores.

Sumado a ello, se introduce también una norma que ayuda a la aplicación del principio, la cual señala que en caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se debe optar por no aprobar, y entre varias opciones, se debe optar por la que menos afecte la autonomía privada.

Esta manifestación del principio de subsidiariedad tiene varias características que se relacionan a lo que ya hemos señalado en términos de estructura del principio de subsidiariedad. Se trata claramente de un principio útil para racionalizar la intervención estatal, que incorpora nuevos elementos habilitantes para la intervención y, además, tiene dos reglas adicionales que permiten superar problemas en los que hay varias soluciones técnicas posibles.

Un caso en el que esto se ha visto una aplicación de este principio ha sido en el resuelto por el Consejo Directivo de Ositran, mediante Resolución 015-2005-CD-OSITRAN. Se trata de una solicitud de Lima Airport Partners S.R.L para cambiar la situación de libre competencia del servicio de inspección de equipaje a través de rayos x a uno de exclusividad en el servicio. En la medida que se trata de un pedido de parte para que se regule un mercado específico, Ositran resuelve en contra de Lima Airport Partners S.R.L pues falló en acreditar razones que permitan sostener que el mercado no satisface intereses de los usuarios y competidores.

Podemos afirmar que el principio de subsidiariedad puede operar en casos como el reseñado para responder a una pregunta: ¿Debe el Estado regular un mercado que funciona de forma libre? En un escenario sin subsidiariedad, en el que no se plantea esa pregunta, el Estado tendría que simplemente atender a sus competencias y no actuar arbitrariamente. El principio de subsidiariedad, en el ámbito de la regulación, ayuda a justificar su intervención en los mercados o a limitarla, de acuerdo a los factores habilitantes que se adopten.

Conclusiones

El principio de subsidiariedad es producto de un momento histórico en particular, que coincide con el auge del problema social en la segunda mitad del siglo XIX. Surge como un concepto de la Doctrina Social de la Iglesia en respuesta tanto al liberalismo del siglo XIX como a las necesidades sociales que planteaban la realidad de la época. Mantiene hasta nuestros días su presencia en la doctrina católica desde donde ha plasmado su influencia en la política y en el Derecho Constitucional.

El principio de subsidiariedad ha seguido su evolución fuera del ámbito de la Doctrina Social de la Iglesia, y en esta evolución se han concebido clasificaciones que han logrado aceptación en el Derecho Constitucional, como son la división entre subsidiariedad vertical y horizontal, o las dimensiones positiva y negativa de la subsidiariedad.

A partir de todo el desarrollo en diversos campos del conocimiento, podemos definir el principio de subsidiariedad, en su variante horizontal, como aquel principio que impone al Estado el mandato de respetar los márgenes de acción de los individuos y las sociedades intermedias, interviniendo como una ayuda, siempre que se cumplan ciertos factores habilitantes como pueden ser la imposibilidad de que la sociedad civil asuma una iniciativa, la promoción de la economía o la existencia de situaciones de grave desequilibrio e injusticia social, entre otras.

Existe una vinculación entre el principio de subsidiariedad y el régimen de Economía Social de Mercado, relación que se ha cimentado en el tiempo y ha sido acogida mayoritariamente por la doctrina nacional y por el Tribunal Constitucional.

Desde un punto de vista histórico, en las constituciones peruanas del siglo XIX e inicios del siglo XX no se acogió el principio de subsidiariedad ni un régimen económico constitucional, pero sí una serie de normas que consagran libertades económicas y establecen límites al poder público. Desde un punto de vista histórico, las Constituciones de 1979 y 1993 incorporan la Economía Social de Mercado, aunque no necesariamente con la misma perspectiva, mas solo esta última Constitución introduce expresamente el principio de subsidiariedad. En cuanto a su ámbito de aplicación, puede afirmarse que los constituyentes no restringían la aplicación del principio de subsidiariedad a la actividad empresarial, aun cuando el artículo aprobado, pareciera dar cuenta de ello.

Una revisión de los autores peruanos que han interpretado el principio de subsidiariedad a partir de la Constitución de 1993 nos lleva a concluir que, a pesar de reconocerse la vinculación con el régimen económico, no existe completo consenso sobre los alcances del principio de subsidiariedad más allá de la actividad empresarial del Estado.

En cuanto a la interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad, esta ha tenido interpretaciones distintas por los intérpretes de la Constitución. El legislador mantuvo por varios años silencio sobre el principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado, en gran medida por el fenómeno de la privatización.

Ha sido más bien el Gobierno que, a partir del Decreto Supremo 034-2001-PCM ha desarrollado el principio de subsidiariedad con un número determinado de reglas, que luego han tenido un desarrollo en la jurisprudencia del Indecopi.

La interpretación del principio de subsidiariedad, sin embargo, no es pacífica. Se han planteado varias discusiones no resueltas que tienen incidencia en el ámbito de aplicación del principio, siendo una de ellas la existencia de actividad empresarial formal y actividad empresarial no-formal, dependiendo de la forma societaria o no societaria que asuma la entidad que realiza la actividad.

Asimismo, tampoco existe un consenso sobre lo que debe ser considerado actividad empresarial, pues si bien la postura asumida por el Indecopi cuenta con la ventaja de ser poco formalista y contar con una metodología técnica para resolver controversias, lo cierto es que se encuentra en el extremo opuesto de lo que ha venido señalando el Tribunal Constitucional, a pesar del silencio que ha imperado en casos más recientes.

Es así que, aún en la interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad, sobre la cual aparentemente controversia de orden constitucional, existen problemas que inciden sobre el ámbito de aplicación. En lo positivo, las precisiones realizadas para evaluar el principio de subsidiariedad en la actividad empresarial pueden dar luces sobre la vigencia de este principio constitucional respecto de otras técnicas de intervención del Estado en la economía.

En cuanto a la interpretación extensiva del principio de subsidiariedad, partimos de afirmar que la Constitución cuenta con ciertas particularidades que obligan a realizar una interpretación distinta a la de otras normas. El carácter político de la Constitución y el

tipo de normas que serán interpretadas ha hecho que se utilicen principios propios de la interpretación constitucional.

La interpretación de los artículos 58 y 60 de la Constitución, sobre el principio de subsidiariedad en el marco de una economía social de mercado requieren revisar si existen principios propios de la Constitución económica para la interpretación constitucional. De una revisión de los países que son referentes en el Derecho Constitucional peruano, tenemos que la mayoría de ellos ha adoptado una tesis de neutralidad de la Constitución en materia económica, por lo que no aportan herramientas especializadas para resolver el problema interpretativo que se plantea.

En el Perú, más bien, se ha generado un contexto único en el Derecho Constitucional comparado con tres características: consagración expresa del régimen económico, no sistematización de principios de la Constitución económica, y consagración expresa del principio de subsidiariedad. Es a partir de estas particularidades de la Constitución peruana que debe realizarse la interpretación.

El régimen económico en la medida que es norma jurídica sirve como parámetro para la interpretación bien como decisión política fundamental o como norma orientadora. Por tanto, el principio de subsidiariedad que se puede interpretar en el sentido restrictivo que lo hace aplicable solo a la actividad empresarial, también debe interpretarse en conjunto con la Economía Social de Mercado.

Una interpretación atenta al principio de unidad propuesto por Hesse será aquella que permita interpretar el principio de subsidiariedad sin restar contenido a la Economía Social de Mercado, la cual tiene como uno de sus elementos, conforme lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, el principio de subsidiariedad. Así, una interpretación que restringe el principio de subsidiariedad solo al ámbito de la actividad empresarial no correspondería al significado de Economía Social de Mercado.

La interpretación del principio de subsidiariedad requiere una mayor reflexión en cuanto a la estructura de este principio y cómo se podría manifestar en actividades distintas a la empresarial. La doctrina peruana ha tocado la interpretación extensiva del principio de subsidiariedad mas no le ha dado relevancia en algunos casos mientras que en otro ha disminuido su aplicabilidad.

La aplicación extensiva del principio de subsidiariedad en los hechos se ha venido dando tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en la legislación para cubrir intervenciones estatales tan distintas como la expropiación o la introducción de regulación en un mercado no regulado.



Bibliografía

ABUSADA, Flavia

2018 *Una propuesta de reinterpretación del principio de subsidiariedad para el estudio de la actividad empresarial del estado en el sector hidrocarburos: análisis del caso del Lote 64 (Bloque Morona)*. Tesis para optar por el título de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.

ACHÁ LEMAITRE, Daniel

2013 *El principio de subsidiariedad. Clave jurídica de la integración*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

AGUILÓ REGLA, Josep

2001 “Sobre la Constitución del Estado Constitucional” *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, núm. 24, pp. 429-457.

ALARCÓN PEÑA, Andrea

2018 “Economía Social de Mercado como sistema constitucional económico colombiano. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Estudios constitucionales* Santiago, Vol. 16, núm. 2, pp.141-182.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200141>

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch

2011 “Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía” En: Asociación del Letrados del Tribunal Constitucional. *La constitución económica: actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALEXY, Robert

2007 *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2010 *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra.

ALVARADO TAPIA, Katherinee

2016 “Función Constitucional de la Constitución Económica” *Revista IUS- Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*. Chiclayo, núm 11, pp. 1-17.

ALVAREZ MIRANDA, Ernesto

2014 “El modelo económico de la Constitución peruana” *Ius et Veritas*. Lima, núm. 48, pp. 256-269.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar

2004 *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Tercera edición ampliada. Granada: Comares.

ARONEY, Nicholas

2014 “Subsidiarity in the writings of Aristotle and Aquinas”. En EVANS, Michelle y Augusto ZIMMERMANN (Eds.) *Global Perspectives on subsidiarity*. Springer.

ATIENZA, Manuel y José RUIZ MANERO

1991 “Sobre principios y reglas” *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, núm. 10, pp. 101-120.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1996 *La Constitución de 1993*. Lima: ICS Editores.

CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto

2012 “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico Peruano” En AA.VV. *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra. pp. 315 – 328.

CALDERÓN MORALES, Rommel

2011 “Una nueva perspectiva sobre los alcances de la actividad empresarial del Estado en el Perú. Entrevista a Eduardo Quintana Sánchez.” En: *Derecho & Sociedad* núm. 37, pp. 315-321

CALDERÓN ROJAS, Ximena Raquel

2017 *Empresas estatales peruanas de generación eléctrica bajo la mira: un análisis desde el principio de subsidiariedad*. Tesis para optar por el título de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.

CARPIZO, Jorge

2011 “Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana.” *Revista Derecho del Estado*, núm. 27, pp. 7-21.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2006 “El carácter normativo fundamental de la constitución peruana” *Anuario latinoamericano de Derecho Constitucional 2006* Año 12, Tomo II, pp. 879-901.

CÉSPEDEZ ZAVALA, Adolfo

2012 *El Estado Empresario: Verdades, Conjeturas y Mitos*. Lima: Caballero Bustamante.

CHEMERINSKY, Erwin.

2015 *Constitutional Law: Principles and policies*. Quinta Edición. Nueva York: Wolters Kluwer

CHIASSONI, Pierluigi

2015 Nota Preliminar El textualismo razonable: una tentación resistible. En: Scalia, Antonin. Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho. Lima: Palestra.

CHIRINOS SOTO, Enrique

1979 *La nueva constitución al alcance de todos*. Lima: Andina.

COLOMBO, Alessandro

2012 Principle of subsidiarity and Lombardy: Background and empirical implementation. En: COLOMBO, Alessandro (Ed.) *Subsidiarity governance theoretical and empirical models*. Palgrave-McMillan, pp. 3-17.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

1993a Diario de Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático.

1993b Diario de Debates de la Comisión de Constitución y Reglamento.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1973 *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 276.

COSAMALÓN AGUILAR, Jesús

2011 “Población y mercado laboral, 1827-1940.” En *Compendio de Historia Económica del Perú. Tomo 4. Economía de la primera centuria independiente*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, pp. 19 - 92.

COSCULLUELA MONTANET, Luis y Mariano LÓPEZ BENITEZ

2011 *Derecho Público Económico*. Cuarta edición. Madrid: Iustel.

CRUCES BURGA, Alberto

2014 “¿Qué significa Economía Social de Mercado en el Perú?” *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Lima, núm. 79. pp. 173-180.

2016 “Principios de la Constitución Económica: Aproximación Inicial y Fuentes”. *Revista IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*. Chiclayo, núm. 11, pp. 39-54.

DAINTITH, Terence

2004 “The constitutional protection of economic rights”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 2, núm 1, pp. 56-90.

D’ATENA, Antonio

2009 “Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional.” *UNED Revista de Derecho Político*. núm. 74, pp. 455-475.

2010 “Las declinaciones de la subsidiariedad en el derecho constitucional italiano.” *UNED Revista de Derecho Político*. núm. 79, pp. 257-284.

EDERVEEN, Sjef, GELAUFF, George y Jacques PELKMANS

2008 “Assessing Subsidiarity”. En GELAUFF, George, GRILO, Isabel y Arjan LEJOUR (Eds.) *Subsidiarity and Economic Reform in Europe*. Berlin: Springer.

EHMKE, Horst

2006 “Economía y Constitución”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* núm. 5, <https://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13horstehmke.htm>

ELGUETA, Daniel

2009 “El concepto de Estado Social y Democrático de Derecho en el Tribunal Constitucional”. *Revista de Economía y Derecho* Vol. 6, núm. 22, pp. 105-116.

ERNSTE, Dominik

2009 “Una perspectiva ordoliberal de la Economía Social de Mercado” *Dialogo Político* Konrad Adenauer Stiftung. Año XXVI, núm 1, pp. 61-79.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

2014 “Interpretación Constitucional” Material del curso *Seminario de Integración en Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy y Alberto CRUCES BURGA

2015 “Apuntes sobre la evolución de los derechos sociales, económicos y culturales en el Perú y los alcances de su judicialidad”. *Themis*, núm 67. pp. 101-116.

FAÚNDEZ-SÁNCHEZ, Eduardo

2016 “Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile” *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15 pp. 207-231.

FERMANDOIS VOEHRINGER, Arturo

2001 *Derecho Constitucional Económico Garantías Económicas Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

FLORES NANO, Lourdes

2015 *La Economía Social de Mercado: pasado, presente y futuro*. Lima: Editorial Pacífico.

FØLLESDALL, Andreas

2014 “Competing conceptions of subsidiarity” *Nomos* Vol. 55, Federalism and Subsidiarity, pp. 214-230.

FRANKE, Siegfried

2015 Scheitert die Soziale Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip an der Neutralität des Grundgesetzes? *Orientierungen zur Wirtschafts und Gesellschaftspolitik* núm 142, pp. 55-63.

FROSINI, Tommaso Edoardo

2002 “Subsidiariedad y Constitución”

Revista de Estudios Políticos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Núm 115, pp. 297-315.

GALLEGOS MOLINA, Luis

2010 *Economía Social de Mercado, Medio Ambiente y responsabilidad social empresarial: principios del orden económico*. Segunda edición. Lima: Instituto de Estudios Socialcristianos.

GÁLVEZ MONTERO, José Francisco.

2012 “Cádiz y la Constitución: mitos y realidad”. En: Coloquio por el Bicentenario de la Constitución de Cádiz”. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1994 “La interpretación constitucional como problema” *Pensamiento Constitucional*, Vol 1, núm. 1, pp. 13-36.

GARCÍA, José Francisco y Sergio VERDUGO

2015 Subsidiariedad, Mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional. Disponible en <https://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/09/Subsidiariedad.-Mitos-y-Realidades.pdf>

GARCÍA TOMA, Víctor

1998 *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Lima: Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.

1983 *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición Madrid: Civitas.

GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS INDECOPI

2001 Informe 039-2012-EE

GONZALES OJEDA, Magdiel

2004 El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Derecho & Sociedad* Núm 23, pp. 144-159.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino

2016 El ascenso de los principios en la práctica constitucional. Lima: Palestra.

GUASTINI, Riccardo

2016 *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Raguel Ediciones.

GUTIERREZ CAMACHO, Walter

2015 “Pluralismo económico y principio de subsidiariedad” En AAVV *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 331-342

HÄBERLE, Peter

2003 *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

HESSE, Konrad

2012 *Escritos de Derecho Constitucional*. Primera reimpresión. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

HERZOG, Bodo

2009 “60 años de Economía Social de Mercado: pasado, presente y futuro” *Dialogo Político* Konrad Adenauer Stiftung. Año XXVI, núm 1, pp. 43-59.

HUAPAYA TAPIA, Ramón

2011 *Administración pública, derecho administrativo y regulación: estudios y cuestiones*. Lima: ARA.

INDECOPI – Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

2010a Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI. 6 de setiembre de 2010

2010b Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. 29 de noviembre de 2010

2014 Resolución 0416-2014/SDC-INDECOPI. 20 de marzo de 2014

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo

2010 *El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruana de 1979 y 1993*. Lima: Palestra.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y César OCHOA CARDICH

1999 *Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional*. Pensamiento Constitucional. Vol. 6, núm 6, pp. 729-790.

2009 *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LANDA ARROYO, César Rodrigo

2002 “Reforma de la Constitución Económica: desde una perspectiva del Estado Social de Derecho”. *Revista institucional de la Academia de la Magistratura* núm. 6, pp. 213-243.

2007 Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993. *Revista de Derecho Administrativo*, núm 3, pp. 29-46.

2016 El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución económica del Perú. *Forseti*, núm 1, pp. 145-157.

LEON XIII

1891 Carta Encíclica. *Rerum novarum*.

LEYS, Ad

1995 *Ecclesiological impacts of the principle of subsidiarity*. Kampen: Kok.

LOO GUTIERREZ, Martín

2009 “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Núm. 33, pp. 391-426. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200011>

MCKINLEY BRENNAN, Patrick

2014 “Subsidiarity in the tradition of Catholic Social Doctrine” En EVANS, Michelle y Augusto ZIMMERMANN (Eds.) *Global Perspectives on subsidiarity*. Springer.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo

2011 “Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista general de Derecho Público Comparado*, núm 9, pp. 1-30.

MARTIN TIRADO, Richard

2002 “Análisis de la “función normativa” de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. La dicotomía del rol del Estado en la

actividad económica: subsidiariedad y solidaridad”. *Ius et Veritas* núm. 24, pp.93-112.

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián

1991 “Las Empresas Públicas: reflexiones del momento presente”. *Revista de administración pública*. núm 126, pp. 63-132.

MORENO GONZÁLEZ, Gabriel

2017 “El cierre de la Constitución económica española de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones”. *Ivs Fvgit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, núm 20, pp. 117-156.

MÜLLER, Friedrich

2016 *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

MÜLLER-ARMACK, Alfred

1998 The principles of the Social Market Economy. En: KOSLOWSKI, Peter (Ed.). *The Social Market Economy. Theory and Ethics of the Economic Order*. Springer.

NOTHELLE-WILDFEUER, Ursula

2008 “Los principios sociales de la doctrina social de la Iglesia.” En: *Ordosocialis*, pp. 1-20. Consulta 15 de julio de 2018. https://ordosocialis.de/es/publikationen_themen/

OCHOA CARDICH, César

1987 “Economía y Constitución” En EGUIGUREN PRAELI, Francisco (dir). *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cusco.

ORTÚZAR MADRID, Pablo

2015 “Prólogo” En: ORTÚZAR, Pablo (Ed.) *Subsidiariedad: Más allá del Estado y del mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.

PAPIER, Hans-Jürgen

2009 “Grundgesetz und Soziale Marktwirtschaft” En: *Grundgesetz und Soziale Marktwirtschaft. Ordnung der Freiheit, der sozialen Gerechtigkeit und der Zukunft*. Munich: Ministerio de Asuntos Económicos, Infraestructura, Transporte y Tecnología de Baviera.

PACHECO, Toribio.

2016 *Cuestiones constitucionales*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

PELKMAN, Jacques

2006 Testing for subsidiarity. Bruges European Economic Policy (BEEP) Informe 13/2006.

PIO XI

1931 Carta Encíclica. Quadragesimo anno, sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica.

PONTIFICO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ

2004 Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo

2012 “El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional” *Diálogo con la jurisprudencia*, núm. 149, pp. 29-33.

QUINTANA BENAVIDES, Augusto

2014 “El principio de subsidiariedad”. *Revista de Derecho Público*. Número especial marzo. pp. 125-136.

QUIÑONES ALAYZA, María

2012 “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos” *Revista de Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 65-73.

QUISPE CORREA, Alfredo

2006 “Principios económicos de la Constitución” *Cultura*, núm. 20, pp. 505-517.

RESICO, Marcelo

2010 *Introducción a la Economía Social de Mercado*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime

2014 La crisis del Estado de bienestar. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* Núm 2, pp. 95-136.

RÖSNER, Hans Jürgen

2009 “Crisis financiera: redescubrimiento de la Economía Social de Mercado” *Dialogo Político* Konrad Adenauer Stiftung. Año XXVI, núm 1, pp. 81-98.

ROTHSCHILD, Kurt

1994 Subsidiarität aus ökonomischer Sicht. En: RIKLIN, Alois y Gerard BATLINER (Eds.) Subsidiarität. Vaduz: Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft. pp. 193-202.

RUBIO CORREA, Marcial Antonio

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SEGOVIA OLAVE, Elio

2017 “Acerca de la vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado” *Derecho Público Económico*, núm 10, pp. 95-125.

SORIN MUREȘAN, Ștefan

2014 *Social Market Economy. The case of Germany*. Springer.

SÚMAR ALBÚJAR, Oscar y Eduardo IÑIGUEZ ORTIZ

2017 *Economía y Constitución. Las libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Themis.

SÜSTERHENN, Adolf

1967 “Subsidiaritätsprinzip un Grundgesetz” *Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften*. Núm 7/8.

TAJADURA TEJADA, Javier.

2016 “Valor jurídico y función política de los preámbulos constitucionales” *Revista peruana de Derecho Constitucional*. Núm 9, Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

THORP, Rosemary y George BERTHRAM

2013 *Perú 1890-1977: crecimiento y políticas en una economía abierta*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 Expediente 00008-2003-AI/TC. Sentencia: 11 de noviembre de 2003.

2003 Expediente 00014-2003-AI/TC. Sentencia: 10 de diciembre de 2003.

2005 Expediente 00020-2005-AI/TC. Sentencia: 27 de setiembre de 2005.

2007 Expediente 07644-2006-PA/TC. Sentencia: 15 de diciembre de 2006.

2016 Expediente 03994-2012-PHD/TC. Sentencia: 10 de diciembre de 2015.

2017 Expediente 00001-2014-PI/TC. Sentencia: 17 de enero de 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

1979 BVerfGE 50, 290. Sentencia de la Primera Sala del 1 de marzo de 1979.

VANBERG, Viktor

2004 “The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism”, *Freiburg discussion papers on constitutional economics*. Núm 4/11

VIGNOLO CUEVA, Orlando

2017a *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria*. Memoria para optar el grado de Doctor. Universidad de Zaragoza. Departamento de Derecho Público.

2017b Por un concepto de las empresas públicas peruanas. *Revista de Direito Económico e Socioambiental*. Vol. 8, Núm 2 pp. 67-91.

VILLARÁN, Luis Felipe

2016 *La Constitución peruana comentada*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

WATRIN, Christian

1998 “The Social Market Economy: The main ideas and their influence on economic policy”. En: KOSLOWSKI, Peter (Ed.). *The Social Market Economy. Theory and Ethics of the Economic Order*. Springer.

YAÑEZ, Eugenio.

2013 *Economía Social de Mercado en Chile ¿mito o realidad?* Viña del Mar: Altazor.

ZAS FRIZ, Jhonny

1998 *La descentralización ficticia Perú 1821-1998* Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco

2001 “Constitución económica y Estado empresario”. *Revista de Derecho Público*, núm 63, pp. 339-374.

ANEXO I

País	¿Reconoce expresamente la Constitución un régimen económico determinado?	¿Cuál es el régimen económico?	¿Cuenta la Constitución con normas a partir de las cuales se interpreta un régimen económico?	Artículos constitucionales relevantes
Argentina	No	-	No	-
Bolivia	Si	Economía Plural (Social y Comunitaria)	Si	<p>Artículo 307 I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos. II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa. III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo. IV. Las formas de organización económica reconocidas en esta Constitución podrán constituir empresas mixtas. V. El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.</p>
Brasil	No	-	Si	<p>Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003), VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no</p>

				País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.
Chile	No	-	Disputado en doctrina	Artículo 1º.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. (...) El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.
Colombia	No	-	Si	Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas,

				en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.
Ecuador	Si	Economía Social y Solidaria	Si	Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.
Estados Unidos	No	-	No	-
México	No	-	Si	Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo. (...) El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.
Paraguay	No	-	Si	Artículo 176 - DE LA POLITICA ECONOMICA Y DE LA PROMOCION DEL DESARROLLO La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar

				el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional.
Perú	Si	Economía Social de Mercado	Si	Artículo 58°.- 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.
Uruguay	No	-	No	-
Venezuela	No	-	Si	Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.
Alemania	No	-	Disputado en doctrina	-
España	No	-	Si	Artículo 38 Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Artículo 128. 1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. Artículo 131. 1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica

				general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.
Francia	No	-	No	-
Italia	No	-	Si	Art. 41 Será libre la iniciativa económica privada. No podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales. Artículo 118. El Estado, las Regiones, las Ciudades metropolitanas, las Provincias y los Municipios favorecerán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, en base al principio de subsidiaridad.
Portugal	Si	Economía Mixta	Si	Artículo 80. (Principios fundamentales) La organización económicosocial se basa en los principios siguientes: Subordinación del poder económico al poder político democrático; Coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; Libertad de iniciativa y de organización empresarial en el ámbito de una economía mixta; Propiedad pública de los recursos naturales y de los medios de producción, de acuerdo con el interés colectivo; Planificación democrática del desarrollo económico y social; Protección del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; Participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de las organizaciones representativas de las actividades económicas en la definición de las principales medidas económicas y sociales.

Unión Europea	Si	Economía Social de Mercado	Si	<p>Tratado de la Unión Europea. Artículo 3. 3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.</p>
---------------	----	----------------------------	----	--



ANEXO II

1) Expediente 01038-2004-AA/TC

Demandante: Eugenio Larrea Santiago

Demandado: Municipalidad Distrital de Santa Rosa – Lambayeque

Petitorio: “Se dejen sin efecto todos los actos iniciados por la emplazada para desarrollar actividades empresariales en el sector de servicios y comercialización de productos hidrobiológicos a través de la construcción de un Mercado Mayorista Municipal, que en realidad sería un terminal pesquero.”

Fundamentos relevantes: Es competencia de Municipalidad artículo 83°, inciso 2.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades -N.o 27972-, que establece como función específica y exclusiva de las municipalidades distritales la promoción, construcción, equipamiento y mantenimiento de los mercados de abasto.

Fuente: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01038-2004-AA.pdf>

2) Expediente 08152-2006-AA

Demandante: Empresa de Transportes Andrés Avelino Cáceres

Demandado: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Petitorio: Se declare inaplicable el Decreto Supremo N.O 006- 2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, pues la actora lo considera violatorio de sus derechos constitucionales a la irretroactividad de la Ley, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación consagrados en la Constitución

Fundamento relevante:

“La Carta de 1993 ha consagrado la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía planteando el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos en aras del bien común, resultando ser, antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos.”

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08152-2006-AA.pdf>

3) Expediente 07339-2016-AA

Demandante: Empresa de Transportes Megabus

Demandado: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Petitorio: Se declare inaplicable el Decreto Supremo N.o 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, pues lo considera violatorio de sus derechos fundamentales a la irretroactividad de la ley, libertad de empresa y libertad de contratación

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.pdf>

4) Expediente 01535-2006-AA

Demandante: Empresa de Transportes Turismo Imperial

Demandado. Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Petitorio: Se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero, por considerar que vulnera sus derechos constitucionales de irretroactividad de la Ley, libertad de empresa, libertad de contratación y libertad de trabajo

Se resuelve en la misma manera que 08152-2006-AA

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01535-2006-AA.pdf>

5) Expediente 07320-2005-AA

Demandante: Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real

Demandado: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Petitorio: se declare inaplicable el Decreto Supremo N.o 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, pues lo considera violatorio de sus derechos fundamentales de irretroactividad de la Ley, libertad de empresa y libertad de contratación

Se resuelve en la misma manera que 08152-2006-AA

Fuente <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07320-2005-AA.pdf>

6) Expediente 03866-2006-AA

Demandante: Faustino Jacobo Meza Gutierrez

Demandado: Juzgado Especializado en lo Civil de Lima

Petitorio: Se anule la resolución 51, de 22 de agosto de 2001, y como consecuencia de ello, se anule la cancelación del rubro D, asiento 008, de la ficha 00000886 del Registro de Propiedad Inmueble de Arequipa, donde se encontraba inscrito un contrato de constitución de usufructo a su favor.

Fundamentos:

“Más aún, lo hasta aquí expuesto (...) resulta a su vez concordante con el principio de subsidiariedad del Estado. En efecto, conforme se señaló en el fundamento 19 de la STC N.º 0008-2003-AI/TC, la subsidiariedad en el plano horizontal supone que la relación existente entre el Estado y la ciudadanía se desarrolle en el marco del respeto a la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciéndose la intervención pública a lo esencial.”

Fuente: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03866-2006-AA.pdf>

7) Expediente 05259-2006-AA

Demandante: Empresas de Transporte Pool EIRL

Demandado: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Petitorio: Se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, pues lo considera violatorio de sus derechos fundamentales a la irretroactividad de la Ley, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación

Fundamento relevante:

“12. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, el Estado también tiene una función orientadora, cuyo propósito es el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución. Dicha función orientadora exhibe, sustancialmente, las siguientes características: a) el

Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos. 13 . El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y propiciador de los procesos económicos.”

Fuente: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05259-2006-AA.pdf>

8) Expediente 04637-2006-AA

Demandante: Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino

Demandado: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Petitorio: se declare inaplicable, al caso de la recurrente, el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, alegándose que vulnera sus derechos fundamentales a la irretroactividad de la Ley, libertad de empresa, libertad de trabajo, libertad de tránsito, igualdad ante la ley y libre competencia

Fundamento relevante:

“5. Si bien el principio de subsidiariedad al que debe atenerse el accionar del Estado y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas constituyen básicamente límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva”

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04637-2006-AA.pdf>

9) Expediente 02210-2007-AA

Demandante: Transportes Flores Hermanos SRLTDA

Demandado: Ministerio de Economía y Finanzas y Superintendencia Nacional de Administración Tributaria

Petitorio: Se inaplique los fraccionamientos arancelarios concedidos por la Intendencia de Aduana de Tacna.

Fundamentos relevantes:

“16. Conforme se señaló en el fundamento 19 de la STC N.º 0008-2003-AI/TC, la subsidiariedad en el plano *horizontal* supone que la relación existente entre el Estado y la ciudadanía se desarrolle en el marco del respeto a la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciéndose la intervención pública a lo esencial. 17. Esto obviamente no significa que el Estado esté ajeno a cualquier acto privado que tenga incidencia en la sociedad sino todo lo contrario, en estos casos el Estado deberá tomar las medidas pertinentes tendientes a la protección, seguridad y defensa de los derechos de la sociedad.” (Voto del magistrado Vergara Gotelli)

“En este marco, al Estado se le han asignado diversas funciones, siendo quizás la más reconocida su actuación como un agente económico más en el mercado, y en él se ha admitido su actividad a través del principio de subsidiariedad horizontal, es decir, sólo podrá operar si es que los privados no actúan o lo hacen de manera deficiente. En el caso específico del transporte terrestre, esto se puede claramente en lo dispuesto en el artículo 4º, puntos 4.1 y 4.2 de la Ley General de Tránsito y Transporte Terrestre, Ley N.º 27181. Pero éste no es el único cometido asignado al Estado dentro de la ESM, pues también está encargado de orientar así como vigilar y controlar las actividades que realizan los agente económicos, así como también regularlas.” (Voto del magistrado Álvarez Miranda)

Fuente: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02210-2007-AA.pdf>

10) Expediente 01776-2004-AA

Demandante: Victor Augusto Morales Medina

Demandado: Superintendencia de Banca, Seguros; AFP Unión Vida

Petitorio: Se deje sin efecto el contrato de afiliación a la AFP Unión Vida de fecha 1 de junio de 1994 y se disponga su retorno al SNP con la transferencia de los respectivos aportes

Fundamento relevante:

“18.b (...) En este marco, el Estado, como garante de los derechos fundamentales de la persona (artículo 44° de la Constitución y sentencia del Expediente N.O 0858-2003-AI/TC), asume la vocación suficiente como para intervenir en el cumplimiento del acceso a la pensión, y lo hace de dos formas: por intermedio la ya explicada prestación directa (SNP), pero también a través de la supervisión de la actuación del SPP. A colación de esta segunda forma de actuación, consideramos que la gestión a cargo del Estado de la prestación pensionaria no está sujeta al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, en el sentido del segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución. En efecto, con independencia de que la prestación de la pensión -por su telos o finalidad- no constituya una actividad empresarial, es claro que, de una interpretación sistemática de la Norma Fundamental, además se desprende que el margen de discrecionalidad legislativa no autoriza a que se pueda prever un régimen legal según el cual el Estado quede completamente desvinculado de su prestación directa, y ello es válido, incluso para el diseño constitucional que se deriva tras la reforma constitucional introducida mediante la Ley N.o 28389.”

Fuente: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01776-2004-AA.pdf>