

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Informe Jurídico sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el
Expediente N° 03150-2017-PA/TC**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autor:

Obregon Palomino, Dayhana Carolina

Revisor

Mayorga Elías, Lenin William

Lima, 2021

RESUMEN

La Contratación Pública es una de las actividades del Estado con más riesgo de corrupción y mal destino de los fondos públicos; debido justamente a la gran cantidad de dinero que se destina anualmente para dicho fin. Teniendo en consideración dicho escenario y sobre todo con la finalidad de proteger los fondos públicos cuya finalidad debe ser, exclusivamente, la satisfacción del interés público que nuestra legislación vigente sobre las contrataciones con el Estado ha regulado a lo largo de los años determinados impedimentos para contratar con las entidades públicas dirigidos a altos funcionarios públicos y a sus cónyuges, convivientes y parientes más cercanos; esto con la finalidad de evitar cualquier tipo de riesgo de corrupción o favoritismos cuyo único propósito sea la satisfacción de un interés particular. Es a la luz de estos hechos, entonces, que en el presente Informe Jurídico se cuestiona el análisis realizado por el Tribunal Constitucional en una de sus sentencias donde declara que dichos impedimentos referidos a los parientes más cercanos de los Congresistas de la República vulneran derechos constitucionales; sin tomar en cuenta la finalidad de estas restricciones ni el alto riesgo de corrupción y favoritismos que habría si no se contaran con los mismos.

ABSTRACT

Public Procurement is one of the activities of the State with the highest risk of corruption and bad use of public funds; precisely due to the large amount of money that is allocated annually for this purpose. Taking into consideration this scenario and above all with the purpose of protecting public funds whose purpose must be, exclusively, the satisfaction of the public interest that our current legislation on contracting with the State has regulated over the years certain impediments to contracting with public entities aimed at senior public officials and their spouses, partners and closest relatives; this in order to avoid any type of risk of corruption or favoritism whose sole purpose is the satisfaction of a particular interest. It is in light of these facts, then, that in this Legal Report the analysis carried out by the Constitutional Court in one of its judgments is questioned where it declares that said impediments referred to the closest relatives of the Congressmen of the Republic violate constitutional rights ; without taking into account the purpose of these restrictions or the high risk of corruption and favoritism that would exist if they were not available.

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	1
2. JUSTIFICACIÓN	2
3. HECHOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA	3
4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	8
5. ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE AMPARO CONTRA NORMAS JURÍDICAS	9
5.1 BREVE ALCANCE SOBRE LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA DEL CASO	
5.2 SOBRE LA NATURALEZA Y PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO CONTRA NORMAS JURÍDICAS	
6. ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD DE LA REGULACIÓN SOBRE EL IMPEDIMENTO PARA CONTRATAR CON EL ESTADO REFERIDO A PARIENTES DE HASTA EL SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD DE LOS CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA	13
6.1 SOBRE LA NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	13
6.1.1 PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES PÚBLICAS	
6.1.2 LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
6.1.3 MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
6.1.4 REQUISITOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO	
6.1.5 ALCANCE DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN	
6.2 SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO APLICADO A LOS PARIENTES HASTA EL SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD DE LOS CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA	19
6.2.1 ALCANCE DEL IMPEDIMENTO APLICADO	
6.2.1.1 LIMITACIÓN A DERECHOS CONSTITUCIONALES	

6.2.2	FUNCIONES Y ALCANCE DE INFLUENCIA DE LOS CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA	
6.2.2.1	SEMANA DE LA REPRESENTACIÓN	
6.2.2.2	CASOS POLÉMICOS	
6.2.3	CRÍTICA A LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
6.3	SOBRE LOS MECANISMOS DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DEL OSCE	29
6.3.1	ALCANCE Y LÍMITES DE TALES MECANISMOS	
6.3.2	CRÍTICA A LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
7.	CONCLUSIONES	32
8.	RECOMENDACIONES	33
9.	BIBLIOGRAFÍA.....	34



1. INTRODUCCIÓN

El presente Informe Jurídico analiza la sentencia, el fundamento de voto y los votos singulares, recaídos en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC, en el que el Tribunal Constitucional resuelve una demanda de amparo interpuesta por el señor Domingo García Belaúnde contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Dicha sentencia, de fecha 06 de noviembre de 2020, fue emitida por la mayoría de los integrantes del Pleno del Tribunal Constitucional, los Magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, asimismo, cuenta con el fundamento de voto del Magistrado Blume Fortini y con los votos singulares de los Magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera.

Se analiza, en dicha sentencia, la constitucionalidad de los impedimentos para contratar con el Estado, específicamente el impedimento referido a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, sobre si dicho impedimento vulnera el derecho a la libertad de contratación y a la presunción de inocencia.

Si bien la norma que motivó la demanda de amparo que contiene el impedimento cuestionado, esto es el literal f del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, fue derogada por la Ley 30225; luego de una revisión de esta última norma y su modificatoria, el Decreto Legislativo 1444, el Tribunal Constitucional determinó que el impedimento cuestionado persiste materialmente por lo que procedió a analizar el fondo de la demanda y dilucidar si efectivamente con su aplicación se vulneran derechos fundamentales como son la libre contratación y la presunción de inocencia del demandante.

De esta manera, luego de determinar que se trata de una norma autoaplicativa, analiza a través del Test de Proporcionalidad si el grado de limitación o impedimento a contratar con el Estado por ser hermano de un Congresista de la República, impedimento dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, resulta compatible con la Constitución Política; a lo que finalmente, resuelve que dicho impedimento no supera el juicio de necesidad. Finalmente, el Tribunal Constitucional resuelve que se ha acreditado la vulneración del derecho a la libertad de contratación y el principio de presunción de inocencia.

Sin embargo, luego de analizarse a detalle la sentencia en cuestión, se identifican determinados sesgos en el razonamiento expuesto por el Tribunal Constitucional que revisten especial importancia al estar juego el cuestionamiento a un impedimento de alcance nacional dispuesto por una ley; por lo que, la finalidad del presente Informe Jurídico es cuestionar dichos razonamientos, para finalmente, exponer las conclusiones a la que se llega.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA SENTENCIA

La sentencia escogida para ser analizada reviste especial relevancia jurídica toda vez que, por un lado, se pronuncia sobre el proceso de amparo contra normas jurídicas, y, por otro lado, analiza la constitucionalidad de uno de los impedimentos para contratar con el Estado señalados por la Ley de Contrataciones del Estado.

La primera cuestión que llama la atención es que dicha sentencia no ha sido emitida por unanimidad, sino que ha sido emitida por mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional, y cuenta con un fundamento de voto y tres votos singulares. Por lo que, se puede advertir que no hay un consenso en el razonamiento y criterios que llevó a resolver al Tribunal Constitucional de la forma en que lo hizo.

Asimismo, se trata una sentencia que abarca temas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, y un tema tan vigente e importante como son los impedimentos para contratar con el Estado a la luz de la protección del interés público; tomando en cuenta que la contratación pública es una de las actividades gubernamentales con más riesgo de dispendio, mala gestión y corrupción.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

3.1. ASUNTO

Con fecha 6 de noviembre de 2020, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto por el señor Domingo García Belaúnde, de profesión abogado y hermano del ex congresista Andrés García Belaúnde contra la resolución de fecha 1 de diciembre de 2016, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta con fecha 19 de abril de 2013 contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

3.2 ANTECEDENTES

3.2.1 PRIMERA INSTANCIA - QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

- Con fecha 19 de abril de 2013, el señor García Belaúnde interpuso una demanda de amparo contra el OSCE, debido a que, de modo extraoficial, según se señala en la sentencia, se le comunicó que había incurrido en una incompatibilidad para contratar con el Estado prevista en la normativa sobre contrataciones del Estado.
- **ARGUMENTOS DE LA DEMANDA:**
 - o El señor García Belaúnde, aduce que se vio forzado a renunciar a su condición de proveedor de servicios para el Estado, caso contrario sería denunciado penalmente.
 - o Asimismo, aduce que, lo señalado por el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, extiende dichos impedimentos a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, desconociendo que los Congresistas no tienen capacidad para favorecer a sus parientes fuera del ámbito del Congreso de la República.
 - o Por ello, el señor García Belaúnde solicita que se le permita inscribirse nuevamente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), toda vez que, según aduce, dicha prohibición o impedimento para contratar con el Estado, vulnera sus derechos a la libre contratación y a la presunción de inocencia.
- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**
 - o El OSCE negó la presunta amenaza que refiere el señor García Belaúnde y que, en todo caso, las mismas fueron realizadas por personas ajenas a dicho organismo.

- Asimismo, el OSCE señala la misma Constitución prevé límites a la libertad de contratación, por lo que el artículo 10 inciso “f” del Decreto Legislativo 1017 no afecta los derechos fundamentales que el señor García Belaúnde señala.
- Finalmente, el OSCE señala que lo dispuesto por dicho artículo es una regla de transparencia en el gasto público, por lo que no estamos ante una norma arbitraria.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

- Con fecha 29 de setiembre de 2014, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la demanda.
- Entre sus argumentos señaló que, debido a que el hermano del señor García Belaúnde, era un congresista de oposición al gobierno de turno, no tendría capacidad de injerencia en otras entidades públicas.
- Finalmente, ordena al OSCE que permita la inscripción del señor García Belaúnde en el RNP.

3.2.2 SEGUNDA INSTANCIA – SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

- Con fecha, 01 de diciembre de 2016, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y declaró improcedente la demanda. Señaló que se ha producido la sustracción de la materia.

3.2.3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- El señor García Belaúnde interpone recurso de agravio constitucional contra la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente su demanda. El petitorio de dicho recurso era: a) que se le permita reinscribirse en el RNP, y b) que se inaplique, en su caso, el artículo 10 inciso “f” del Decreto Legislativo 1017.
- Entre las consideraciones previas que toma en cuenta el Tribunal Constitucional, señala que mediante Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, publicado con el 30 de setiembre de 2019 se disolvió el Congreso de la República, revocándose el mandato de todos los congresistas con excepción de aquellos que integraban la Comisión Permanente. Asimismo, los congresistas que, en el momento de la sentencia, integraban el nuevo Congreso de la República habían sido escogidos el 26 de enero de 2020 y entre los cuales, no se encontraba el hermano del señor García Belaúnde; por todo ello, razón por la cual ha operado la sustracción de la materia.

- Sin embargo, el Tribunal considera necesario emitir un pronunciamiento de fondo, para determinar si la aplicación de la norma en cuestión en otros casos futuros similares, supone o no una violación de derechos según la Constitución Política.
- Para dicho fin, se evalúa si, el extremo de la Ley cuestionado constituye una norma autoaplicativa, supuesto en el que procede el amparo contra normas.
- Previo a proceder con dicho análisis, el Tribunal considera necesario evaluar si la norma cuya inaplicación se solicita continúa vigente en el ordenamiento jurídico, en ese sentido, determina que, si bien es cierto que el Decreto Legislativo 1017 fue derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, se mantiene la misma prohibición para contratar con el Estado referida a los parientes de los funcionarios que se señala.
- Una vez determinada la vigencia de dicha norma, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión que sí se trata de una norma autoaplicativa toda vez que dicha norma que fija impedimentos a los parientes cercanos, específicamente a los hermanos de los Congresistas de la República, resulta de aplicación inmediata, incondicionada y obligatoria.
- Posteriormente, el Tribunal Constitucional determina que el derecho a la libertad de contratación no es ilimitado, sino que tiene límites explícitos e implícitos. Por lo que los impedimentos a familiares de los congresistas para contratar con el Estado deben existir a luz de los principios que rigen el procedimiento de contrataciones del Estado.
- Por otro lado, para el Tribunal Constitucional resulta razonable el impedimento si es que la contratación se realiza con el Congreso de la República, pues se presume que podría haber influencia directa; sin embargo, ello no ocurriría con cualquier otra entidad estatal.
- Por lo tanto, para responder a esta controversia el TC hacen uso del Test de proporcionalidad, el cual consiste en determinar lo siguiente: i) si la medida restrictiva descrita responde a un fin constitucional legítimo; ii) si la medida es adecuada para cumplir dicho fin (juicio de idoneidad); iii) si no existe otro medio alternativo menos gravoso respecto de los derechos comprometidos (juicio de necesidad); y (iv) si la medida adoptada es proporcional (test de proporcionalidad en sentido estricto).
- Finalmente, respecto del juicio de idoneidad, el Tribunal Constitucional determina que la prohibición cuestionada elimina una posible fuente de interferencia indebida o direccionamiento irregular en las contrataciones del Estado. Sin embargo, se considera que existen otros mecanismos que la propia ley prevé para supervisar los procesos de contratación del Estado, en este caso, señala los artículos 10 y 52 de la misma Ley N° 30225 (modificado por el Decreto Legislativo 1444), a su consideración, dichos

mecanismos resultan menos onerosos para conseguir los fines que la norma en cuestión persigue.

- Por consiguiente, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión que las prohibiciones bajo análisis no superan el juicio de necesidad y, por ende, no supera el test de proporcionalidad. Resultando, entonces, una amenaza para el derecho a la libre contratación, a la presunción de inocencia, contraviene los principios de libre concurrencia y competencia, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso.
- De esta manera, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo al considerar que se ha acreditado la vulneración del derecho a la libertad de contratación y al principio de presunción de inocencia. Dispone además que el OSCE no vuelva a incurrir en los actos de amenaza de violación que motivaron la demanda de amparo analizada, bajo apercibimiento de las medidas coercitivas que podrían aplicarse según el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.
- Finalmente, es menester señalar que hubo un fundamento de voto del magistrado Blume Fortini; y los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña quienes se apartaron del voto emitido por la mayoría y declararon improcedente la demanda en cuestión.

3.2.4 FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

- El magistrado Blume Fortini señala que se encuentra conforme con declarar fundada la demanda, pero discrepa de algunos argumentos señalados por el Tribunal, por lo que emite su fundamento de voto.
- En ese sentido, indica que discrepa con la aplicación del “test de proporcionalidad” como el instrumento para dar solución al conflicto planteado, toda vez que considera que el análisis del caso debe partir de la situación fáctica que genera la controversia, para luego aplicar el Derecho que corresponde y demás fuentes permitidas dentro de una lógica que permita al juez, aplicando su juicio y criterio común determinar si la autoridad ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, discrepa en lo señalado en los fundamentos 28 a 33 de la sentencia, ya que considera que el impedimento para contratar con el Estado contenido en el artículo 11.1, inciso “h” de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444) a los familiares consanguíneos o afines del presidente de la República y vicepresidentes están basados en presunciones por cuanto, en abstracto no se puede presumir de manera razonable la existencia de

favoritismos para este grupo de personas, y en ese sentido, considera una presunción de culpabilidad.

3.2.5 VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

- Por otro lado, la magistrada Ledesma Narváez emite su voto singular por cuanto considera que la demanda debe declararse improcedente por haber operado la sustracción de la materia.
- Dicha postura la basa en que ha desaparecido la causal del impedimento legal del demandante de contratar con el Estado ya que su hermano ha dejado de ser Congresista de la República. Con lo cual, el demandante ya no se encuentra prohibido de reinscribirse como proveedor del Estado, más aún cuando han transcurrido los doce meses luego de que su hermano dejó el cargo.

3.2.6 VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

- El magistrado Miranda Canales también señala entre sus consideraciones procesales que ha operado la sustracción de la materia debido a que al no ser su hermano congresista, el demandante ya no tiene impedimento para reincorporarse al Registro Nacional de Proveedores.
- Asimismo, señala que habiéndose derogado el Decreto Legislativo 1017 por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, tampoco existe documento normativo por el cual pronunciarse.

3.2.7 VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

- Finalmente, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera coincide con los magistrados Ledesma Narváez y Miranda Canales, toda vez que considera que ha operado la sustracción de la materia ya que el hermano del demandante no es Congresista de la República.
- Además, considera no se encuentra debidamente acreditada la amenaza que se invoca puesto que la misma se sustenta en comentarios extraoficiales, como ha indicado el mismo demandante, hecho que no se encuentra corroborado en autos.
- Por lo que, a su parecer el Tribunal Constitucional está impedido de emitir un pronunciamiento de fondo.

4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1 Respecto a los hechos antes mencionados, es que a través del presente Informe Jurídico se va a cuestionar lo resuelto por el Tribunal Constitucional, de declarar fundada la demanda y de disponer que el OSCE no vuelva a incurrir en los actos de amenaza de violación que motivaron la interposición de dicha demanda de amparo, bajo apercibimiento de aplicar las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

4.2 En ese sentido, se van a desarrollar los problemas jurídicos principales que se detallan a continuación, así como los problemas jurídicos secundarios que también se identificaron, lo cuales coadyuvarán a dar respuesta al principal:

- ¿Fue correcta la admisibilidad de la demanda de amparo y cuál es el alcance de lo resuelto por el Tribunal Constitucional?
 - ¿Existió una amenaza cierta e inminente?
 - ¿El artículo que establece los impedimentos para contratar con el Estado es una norma autoaplicativa?

- ¿Es razonable el alcance del artículo que establece el impedimento para contratar con el estado referido a parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad de los Congresistas de la República?
 - ¿Los mecanismos de supervisión y control con los que cuenta el Estado, razón por la que Tribunal Constitucional ha determinado que no pasa el juicio de necesidad, son realmente eficaces?
 - ¿Cuál es el verdadero alcance de la influencia de los Congresistas de la República?

5. ANÁLISIS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE AMPARO CONTRA NORMAS JURÍDICAS

5.1 BREVE ALCANCE SOBRE LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA DEL CASO

Según señala Ariano Deho, se presentaría una **sustracción de materia** de un proceso pendiente cuando por hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda (en rigor, a la notificación de la demanda) el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha devenido ya imposible de obtener.¹

En el presente caso el Tribunal considera que ha operado la sustracción de la materia debido a que mediante Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, publicado con el 30 de setiembre de 2019 se disolvió el Congreso de la República, revocándose el mandato de todos los congresistas con excepción de aquellos que integraban la Comisión Permanente. Con lo cual, los congresistas que, en el momento de la sentencia, integraban el nuevo Congreso de la República habían sido escogidos el 26 de enero de 2020 y entre los cuales, no se encontraba el hermano del señor García Belaúnde.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró necesario emitir un pronunciamiento de fondo sobre el caso planteado, por lo que, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1² del Código Procesal Constitucional, buscó determinar si la aplicación de la norma en cuestión en otros casos futuros similares, supone o no una violación de derechos según la Constitución Política.

¹ Ariano Deho, Eugenia. Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa. Revista PUCP, p. 145.

² **“Artículo 1.- Finalidad de los Procesos**

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

5.2 SOBRE LA NATURALEZA Y PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO CONTRA NORMAS JURÍDICAS

Nuestro Código Procesal Constitucional ha regulado en su artículo 3° la procedencia de los procesos constitucionales, entre los cuales se encuentra el Amparo, frente a alguna amenaza o violación de actos que provenga de una norma autoaplicativa, de la siguiente manera:

“Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma. Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.”

Como se puede ver, los requisitos para que proceda dicho proceso constitucional, en este caso de Amparo, debe haber:

- i) Amenaza o violación de actos proveniente de la aplicación de una norma autoaplicativa; y,
- ii) Dicha norma autoaplicativa debe ser incompatible con la Constitución

Sobre el punto i) la amenaza, recordemos que la demanda de Amparo, según lo señalado por el Tribunal Constitucional “es una garantía constitucional, y, por consiguiente, es un mecanismo procesal conducente a reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, importando ello dos hechos simultáneos: suspender aquella violación o amenaza de violación, y, restituir el derecho cuando efectivamente ha sido vulnerado o amenazado”³

Asimismo, tal violación o amenaza de violación deben ser claras y manifiestas, así lo dispone el Tribunal Constitucional en otra de sus sentencias, donde señala que la acción u omisión “susceptible de ser cuestionada por la vía de la Acción de Amparo es aquella que, en forma actual, inminente y concreta, lesiona, altera o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos constitucionales. Vale decir, la lesión debe ser actual, el perjuicio debe ser real, concreto e ineludible. Se excluyen, pues, de la Acción de Amparo los perjuicios que

³ EXP. N.º 0309–1993–AA/TC, del 8 de enero de 1998, F. J. 1

se presumen o aquellos que escapan a una captación objetiva. El daño que se pretende reparar será por tanto cierto”⁴.

De igual forma, resulta pertinente manifestar lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la procedencia de los procesos constitucionales, que “sólo procede estimar la demanda cuando la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales resulta evidente y plenamente acreditable con las instrumentales acompañadas a la demanda o recabadas durante el proceso”⁵.

De lo señalado hasta aquí, se puede señalar que los procesos constitucionales como la demanda de Amparo, son instrumentos de defensa frente a la vulneración de un derecho constitucional, pero dicha vulneración debe ser clara y manifiesta por acción u omisión de acto debido; con lo cual en caso se trate de una norma autoaplicativa, como se desarrollará el siguiente apartado, la misma norma crea una situación de vulneración efectiva contra un derecho constitucional, pero, nuevamente, tal vulneración debe ser clara y manifiesta.

Sobre el punto ii), el Tribunal Constitucional ha hecho una diferenciación entre las normas autoaplicativas y las normas heteroaplicativas; en ese sentido ha señalado que, a diferencia de las primeras, las normas heteroaplicativas, luego de su entrada en vigencia, requieren indefectiblemente de un acto de ejecución posterior para ser efectivas, es decir, su eficacia está condicionada a la realización de actos posteriores y concretos de aplicación, por lo que, “la posible afectación del derecho no se presenta con la sola entrada en vigencia de la norma, sino que necesariamente requiere de un acto concreto de aplicación para que proceda el amparo a fin de evaluar su constitucionalidad. Mientras que, según señala en la misma sentencia, as normas autoaplicativas son “aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues ésta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos.”⁶

⁴ EXP. N.º 0804–1998–AA/TC, del 3 de marzo de 1999, F. J. 3.

⁵ EXP. N.º 3242–2004–AA/TC, del 23 de noviembre de 2005, F. J. 4.

⁶ Exp. N.º 01893-2009-PA/TC, de 10 de diciembre de 2010.

Como se puede ver, la sola entrada en vigencia de la norma autoaplicativa afecta derechos constitucionales; por lo que, para que proceda la demanda de amparo contra norma autoaplicativa interpuesto por el señor Domingo García Belaúnde, el numeral 11.1, inciso “h” del artículo 11 de la Ley N° 30225 (modificada por el Decreto Legislativo N° 1444) referido a los impedimentos del cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de afinidad y consanguinidad para contratar con el Estado, debe afectar derechos constitucionales; es decir, dicho artículo debe ser una norma inconstitucional y debe existir una vulneración a un derecho constitucional.

La finalidad de la demanda de amparo contra normas inconstitucionales es que la persona que la interpone pide al juez que declare inaplicable la norma que vulnera su derecho constitucional, es decir, se trata de una norma que contraviene la Constitución, y, por ende, el Tribunal Constitucional, en uso del control difuso, ordene el cese dicha vulneración.

Con lo cual, en el siguiente apartado se va analizar si el numeral 11.1, inciso “h”, del artículo 11 de la Ley N° 30225 (modificada por el Decreto Legislativo N° 1444) referido a los impedimentos del cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de afinidad y consanguinidad para contratar con el Estado, deviene en norma inconstitucional.

Se comparte con lo señalado por el Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, puesto que la amenaza que invoca el señor Domingo García Belaúnde no se encuentra debidamente acreditada toda vez que se sustenta en comentarios extraoficiales y no se encuentran corroborados en autos. Asimismo, al haber operado la sustracción de la materia porque ya no hay impedimento, el TC está impedido de emitir pronunciamiento de fondo. Artículo 1 y 5 del Código Procesal Constitucional.

6. ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD DE LA REGULACIÓN SOBRE LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO REFERIDO A LOS PARIENTES HASTA EL SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD DE LOS CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

6.1 SOBRE LA NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El contrato es un acto jurídico que manifiesta un acuerdo de voluntades por medio del cual se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones de carácter patrimoniales. Al ser el contrato, entonces, una institución genérica se adapta a cada ámbito del ordenamiento jurídico y adquiere características de acuerdo a ello.

En ese sentido, aunado a una lectura conjunta de los preceptos constitucionales sobre el fin supremo y deberes del Estado, los cuales son:

Por un lado:

“Artículo 1.- Defensa de la persona humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

Y, por otro lado:

“Artículo 44.- Deberes del Estado

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y **promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.** (...)” (Énfasis agregado).

Tenemos que el Estado a través de la Administración Pública, entendida como el conjunto de entidades públicas⁷, al tener la defensa de la persona humana y su dignidad como fin

⁷ **“Artículo 1.- Ámbito de aplicación de la ley**

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

supremo, debe promover la satisfacción de su bienestar general a través de la satisfacción de sus necesidades. Con lo cual, con el objetivo poder contar, de forma estratégica y conveniente, con el apoyo de terceros colaboradores (personas naturales y/o jurídicas), que se convertirán en contratistas, para poder cumplir con dicha finalidad a la luz del interés público, hace uso de los contratos, los cuales son denominados contratos administrativos. El contrato administrativo, a diferencia de los contratos privados, tiene como finalidad, justamente, la satisfacción o protección del interés público, por lo que, dicha finalidad de la Administración Pública la coloca en una situación de superioridad frente al contratista, y a este último ante una situación de subordinación.

De hecho, para Dromi “esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.” (1992, p. 304)

PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES PÚBLICAS

Como se puede ver el contrato administrativo es una herramienta de la Administración Pública para cumplir con sus múltiples finalidades a la luz del interés público, en esa línea Guzmán señala que “las decisiones de la Administración Pública se relacionan directamente con funciones de interés general que se deben realizar de manera permanente, es decir, con un carácter concreto, inmediato y continuo.” (2013, p. 20).

Con lo cual, el interés público es lo que dota a la Administración Pública de ciertas prerrogativas especiales frente al contratista; si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, nuestro Tribunal Constitucional lo ha definido como “aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. (...) Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.”

político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo **actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.**”⁸ (Énfasis agregado)

Asimismo, resulta pertinente precisar como lo hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente comentada citando a Fernando Sainz Moreno, que el interés público no se contrapone al interés privado, sino que su distinción radica en que por la “capital importancia para la vida coexistencial” el interés público no puede ser objeto de disposición como sí lo puede ser el interés privado. Es decir, conceptos o ideas como interés o necesidad pública o utilidad pública, pueden servir como parámetros para limitar derechos fundamentales de los administrados, pero, nunca, para desconocerlos; el gran reto de la Administración Pública es lograr el equilibrio de ambos.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico no contamos con una norma general que englobe la totalidad de la actividad contractual que realiza el Estado, sino que, como señala Salazar “cada objeto contractual o grupos de objetos contractuales son regulados por grupos distintos de leyes y reglamentos” (2009, p. 27). Sin embargo, tomando en cuenta la función de la Administración Pública como la encargada de llevar a cabo las políticas del Estado que generen el bienestar general de la población y con la finalidad, entonces, de asegurar las mejores condiciones de transparencia y eficacia de las adquisiciones de bienes, servicios y obras por parte de las entidades públicas, tenemos como respaldo constitucional lo establecido en el artículo 76° de nuestra Carta Magna que regula la Contratación Pública de la siguiente manera:

“Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

⁸ Fundamento jurídico 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 0090-2004-AA/TC.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”

Como se puede apreciar de dicho artículo, el cual se refiere al tema que aborda el presente Informe Jurídico, nuestra Constitución Política establece el procedimiento a través del cual el Estado debe seleccionar de manera imparcial, al mejor proveedor que ofrezca la mejor oferta técnica y económica, con la finalidad de evitar actos de corrupción que ponga en riesgo la finalidad del uso de los fondos públicos. Aplicando dicha disposición a la contratación pública que es justamente el proceso a través del cual una entidad pública se abastece de bienes, servicios y obras, tenemos que dicha contratación debe darse de manera oportuna cuando el área usuaria lo requiera y bajo las mejores condiciones de precio y calidad para la satisfacción de una finalidad pública que busca satisfacer el interés público y con ello mejorar la condición de vida de los ciudadanos.

En esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 020-2003-AI/TC, donde señaló en su fundamento jurídico 12 que, “la función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.”

Finalmente, para cerrar la idea de la importancia del elemento directriz de la Administración Pública como es la satisfacción del interés público, finalidad que busca coadyuvar a través de los contratos administrativos, Salazar señala que “el Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental. Su existencia se justifica como medio para el cumplimiento de los objetivos y metas de la Administración Pública” (2014, p. 36).

LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Ahora bien, debido a la importancia que reviste la Contratación Pública como herramienta o instrumento para que la Administración Pública cumpla su finalidad de la satisfacción del interés público, aunado a la utilización de los fondos públicos para llevar a cabo tales contrataciones; la Contratación Pública debe sujetarse a principios rectores reconocidos a nivel constitucional como a nivel legal.

Es así que, la actual Ley de Contrataciones del Estado, constituye la norma que desarrolla el citado precepto constitucional regulado en el artículo 76° de nuestra Constitución Política, y, en su artículo 2°, enumera los diez (10) principios que sirven de fundamento para el desarrollo de las contrataciones públicas en nuestro país, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales que resulten aplicables al proceso de contratación.

Dichos principios sirven de criterio de interpretación para la correcta aplicación de la normativa, es decir, de la Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento, así como para reducir al máximo el margen de discrecionalidad sobre la interpretación de las mismas.

Los principales principios que se destacan de nuestra legislación son los siguientes:

- a) **Libertad de concurrencia:** Se promueve el libre acceso y participación de proveedores, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias.
- b) **Igualdad de trato:** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto.
- c) **Transparencia:** Se proporciona información clara y coherente a los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.
- d) **Publicidad:** El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.
- e) **Competencia:** Se promueve la competencia efectiva a fin de obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.
- i) **Equidad:** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

j) **Integridad:** La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

“Ley que tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras.”

MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública se rige, entonces, por su propia ley especial; la cual hoy en día es la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, y sus posteriores modificaciones, respectivamente. Dichas disposiciones prevalecen por su especialidad sobre cualquier otra norma de orden público y sobre aquellas de derecho privado que le resulten aplicables; en ese sentido, estas últimas serán aplicadas de manera supletoria frente a las primeras disposiciones mencionadas.

Dicha Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, regula la adquisición de bienes, servicios u obras por parte de las Entidades de la Administración Pública con la utilización de los fondos públicos; pero no regula otros sistemas de contratación pública como son las concesiones públicas, por ejemplo, u otros que tienen sus propias normas.

Ahora bien, en la contratación pública como se desprende hay dos partes interesadas; por un lado, tenemos a un Entidad Pública interesada en proveerse de algún bien, servicio u obra para lo cual contrata a un tercero colaborador; y por el otro lado está este tercero colaborador interesado en vender. Sin embargo, para que dicha contratación se dé y ambas partes puedan concretar sus intereses, tienen que cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos para la contratación pública, que según las normas indicadas comprenden las siguientes tres fases: i) Actos Preparatorios, ii) Procedimiento de Selección y iii) Ejecución Contractual.

6.2 SOBRE LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO APLICADOS A LOS PARIENTES HASTA EL SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD DE LOS CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

Habiéndose explicado la finalidad de la contratación pública en nuestro país y la importancia de sus principios, la norma comentada ha dispuesto impedimentos para contratar con el Estado referidos a determinados funcionarios públicos con la finalidad de reducir al máximo el riesgo del uso indebido de los fondos públicos producto de los favoritismos.

6.2.1 LIMITACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES A LA LUZ DEL INTERÉS PÚBLICO

Al respecto, resulta menester traer a colación, nuevamente, lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, según el cual: “(...) Consecuentemente, **el interés público** es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo **actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.**” (Énfasis agregado)

Resulta menester porque como señala el Tribunal Constitucional, en base al interés público, el Estado puede establecer determinadas restricciones a los derechos de los administrados; y esto se debe a que, si bien el interés público puede ser entendido o ser considerado sinónimo de interés general, no es así con el concepto de interés común. La diferencia entre dichos conceptos es muy importante puesto que, por un lado, por interés público o interés general se entiende la satisfacción de lo más importante para la mayoría de la sociedad, pudiéndose dejar de lado la satisfacción de unos pocos quienes verán sus derechos restringidos en aras de la satisfacción general; mientras que, por el lado del interés común se entiende la satisfacción de los intereses de todos los que conforman la sociedad.

Al respecto, los autores uruguayos De Cores y Cal señalan que “mientras que el interés común sería el interés coincidente de todos y cada uno de los asociados, el interés general

sería el interés de la colectividad objetivamente entendida, que puede consolidarse incluso a través del sacrificio de los intereses de algunas categorías o grupos.” (2007, p. 132).

Por lo tanto, con lo señalado hasta ahora se puede ver que, con el objetivo de satisfacer intereses trascendentales de la mayoría, es decir, el interés público sí es posible aplicar restricciones o limitaciones a determinados derechos. Sin embargo, debido a que se están limitando derechos constitucionales tal restricción o limitación no puede realizarse de forma arbitraria a potestad de la Administración Pública, sino que debe ajustarse al respeto de determinados principios que se pasarán a explicar a continuación:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Uno de los primeros principios a señalar es el de Legalidad, por cuanto nuestra propia Constitución Política en el literal a del inciso 24 del artículo 2° establece que sólo por ley se puede restringir derechos constitucionales⁹. En efecto, y tal como lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. 2235-2004-AA/TC, dicha exigencia también se deriva de la Convención Internacional de los Derechos Humanos ya que en su artículo 30° establece que **“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”**. (Énfasis agregado)

Asimismo, para reforzar ello es necesario tomar en cuenta también lo señalado en el numeral 139.9 del artículo 139° de la Constitución Política, según el cual está prohibida la aplicación de una ley restrictiva de derechos por analogía; resultando este principio una garantía frente al poder punitivo del Estado.

⁹ Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

(...)”

Los derechos fundamentales, por lo tanto, no tiene carácter absoluto. Es así que el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad.

Jaime Guzmán lo explicaba en sus cátedras: "Los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos forzosa e inevitablemente a ciertos límites (...). Más allá de los límites que impone la moral en aquellos ámbitos que corresponden exclusivamente al juicio de Dios y de la propia conciencia, la vida en sociedad exige que el ordenamiento jurídico también consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común".

Asimismo, nuestra Carta Magna también establece limitaciones a los Derechos Fundamentales en los siguientes artículos:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: (...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

“Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Continuando con los requisitos para que la restricción de derechos constitucionales no los vulnere, sino que dé sentido a tal limitación; resulta pertinente continuar con el razonamiento de los Magistrados del Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente comentada, puesto que señalan que no basta con el cumplimiento del principio de legalidad sino que se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 200° de

nuestra Constitución Política, el cual establece la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad¹⁰.

Ahora bien, según lo señalado por el Tribunal Constitucional, por el principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso; es decir, es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales.

El fin constitucionalmente perseguido es, aunado a lo señalado por el Tribunal Constitucional, que señala como principio constitucionalmente implícito en el artículo 39 de la constitución, el Derecho a una buena y transparente Administración Pública, en la sentencia recaída en el exp. 0225-2005-AA/TC: el principio constitucional de una buena administración. Dicho principio, según señala el Tribunal Constitucional, procura que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos no solo sean llamados a proteger al interés general, porque estén al servicio de la nación, sino que además dicho servicio a la Nación debe realizarse de modo transparente.

Continuando con lo señalado por el Tribunal Constitucional, por otro lado, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo.

Por el principio de necesidad, se impone al legislador adoptar aquella medida que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Por lo tanto, no se considera que la restricción sea una medida innecesaria o desmesurado, sino todo lo contrario.

Finalmente, respecto del principio de proporcionalidad, estrictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo

¹⁰ “Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:

(...)

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.”

de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

9.1.1 IMPEDIMENTOS APLICADOS A LOS FAMILIARES HASTA EL SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD DE LOS CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

Entrando al tema de los impedimentos para contratar con el Estado dirigido a los familiares de los Congresistas de la República, es necesario precisar que el principio general aplicable es la libertad de concurrencia que es justamente el promover y permitir el libre acceso y participación de proveedores, evitándose exigencias y formalidades costosas e innecesarias; sin embargo hay situaciones específicas que la norma ha querido regular por el alto grado de riesgo contra la integridad de las contrataciones públicas; en ese sentido, el principio de integridad es otro de gran importancia, el cual busca que se eviten cualquier práctica y se actúe de manera transparente.

Estas situaciones específicas que ponen en riesgo la integridad de la contratación pública se han buscado regular y evitar a través de los impedimentos para contratar con el Estado; por ello nuestra norma ha buscado ser taxativa al momento de establecer dichos impedimentos, respetándose el principio de legalidad, y la no aplicación por analogías.

Si bien en el caso, el demandante, el señor Domingo García Belaúnde se refiere al impedimento señalado en el artículo 10, inciso “f” del Decreto Legislativo 1017 y el mismo fue derogado por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada a su vez por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341; se coincide con lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el sentido que en la norma vigente se mantiene la misma prohibición para contratar con el Estado referida a los parientes de los funcionarios públicos que se señala.

De hecho, de la revisión que se ha realizado en las últimas cuatro modificaciones a la norma señalada, se puede afirmar que el criterio de los impedimentos se ha mantenido. A continuación, se muestra las ligeras modificaciones que se ha realizado a dicha regulación de los impedimentos, las modificaciones que más destacan son:

- La inclusión de tales impedimentos a las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la norma misma comentada¹¹. Antes se excluía de su ámbito de aplicación a las contrataciones de montos menores, por lo que se permitía la contratación de familiares de tales funcionarios públicos en contrataciones de montos menores al señalado. Sin embargo, con la modificación la norma abarca toda contratación pública sin importar el monto mínimo.
- Asimismo, la reducción del alcance de tales impedimentos; antes la norma abarcaba hasta los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, sin embargo, dicha disposición fue modificada y ahora se indica que la norma abarca hasta los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

TEM	LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO			
	Decreto Legislativo N° 1017, modificado por Ley N° 29873	Ley N° 30225	Decreto Legislativo N° 1341	Decreto Legislativo N° 1444
I M PE DI M E N T O S P A R A C O N	<p>Artículo 10.- Impedimentos</p> <p>Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:</p> <p>a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, (...)</p> <p>f) En el ámbito y tiempo establecidos para las</p>	<p>Artículo 11. Impedimentos</p> <p>Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, <u>incluyendo las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5:</u></p> <p>a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y</p>	<p>Artículo 11. Impedimentos</p> <p>11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:</p> <p>a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la</p>	<p>Artículo 11. Impedimentos</p> <p>11.1</p> <p>Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:</p> <p>a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la</p>

¹¹ “Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión

5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:

a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco. (...)”

T R A T A R C O N E L E S T A D O	personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.	los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, (...). f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes <u>hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.</u>	haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, (...). h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas naturales señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.	República, los Congresistas de la República, (...), en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo. El cónyuge, conviviente o los parientes <u>hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad</u> de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios: (i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas.
--	---	---	--	---

ALCANCE DEL IMPEDIMENTO APLICADO A LOS PARIENTES DE LOS CONGRESISTAS:

Sobre los impedimentos aplicados a los congresistas de la República y a sus parientes, lo podemos resumir en el siguiente cuadro:

IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO DE LOS CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA	
Ámbito temporal	Durante el cargo y hasta 12 meses después de haber dejado el mismo
Ámbito espacial	Territorio Nacional
Alcance del impedimento	El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad

FUNCIONES Y ALCANCE DE INFLUENCIA DE UN CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA:

En el análisis del presente caso, tenemos que para el Tribunal Constitucional resulta razonable que se establezcan prohibiciones o limitaciones a los derechos de contratación, para coadyuvar a cumplimiento de los principios que rigen las contrataciones del Estado; sin embargo, no estaba de acuerdo con la aplicación de tales impedimentos a los parientes de los Congresistas en caso estos pretendan contratar con cualquier otra entidad estatal, que no sea el Congreso, toda vez que, a consideración del Tribunal Constitucional, solo se puede presumir que el Congresista podría tener grado de influencia solo en el Congreso.

Sin embargo, dicho razonamiento no es cierto, por lo que para entender la razón del alcance tales impedimentos aplicados a los Congresistas de la República a nivel nacional, debemos entender cuáles son sus funciones para entender el verdadero alcance de su influencia. En ese sentido, tenemos que según su Reglamento:

- El Congresista de la República forma parte del órgano representativo de la Nación, el Congreso de la República, encargado de realizar las funciones legislativas, de control político y las demás que establece la Constitución del Estado.¹²
- Con lo cual, se puede resumir sus funciones en tres bloques:
 1. Representar: Somos cerca de 30 millones de peruanos los que hemos votado y elegido a los 130 Congresistas de la República, quienes tienen la responsabilidad de representarnos.
 2. Legislar: Entre sus principales funciones está el aprobar las leyes, resoluciones legislativas, en aras del interés público, como ya se ha explicado anteriormente. Asimismo, puede aprobar reformas la Constitución Política del Perú.
 3. Fiscalizar y Control Político: Tiene la responsabilidad de fiscalizar el trabajo en la administración pública y en el gobierno, puede delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo, y revisar los decretos de urgencia y la disposición de bienes y recursos públicos. El Congreso tiene la responsabilidad de fiscalizar, o supervisar la conducta de todos los funcionarios del Estado en la labor encomendada. De detectarse o existiera indicios de irregularidades o de malos manejos, cualquier congresista o

¹² **Definición, funciones generales, estructura, composición y denominación**

Artículo 2. El Congreso de la República es el órgano representativo de la Nación, encargado de realizar las funciones legislativas, de control político y las demás que establece la Constitución del Estado. Es unicameral y está integrado por ciento treinta Congresistas elegidos en forma directa, de acuerdo a ley.

comisión formada en el Congreso puede de inmediato solicitar a la entidad pertinente los informes del caso. El Congreso tiene la facultad de suspender, destituir o inhabilitar del cargo al funcionario acusado ante las evidencias de delito. Si el dictamen tuviera una resolución de contenido penal, el Congreso solicita al Fiscal de la Nación formule denuncia ante la Corte Suprema.

- Finalmente, resulta necesario señalar lo precisado en la separata virtual “Conociendo el Congreso y sus Funciones (Congreso de la República, 2011) cuando se refiere a las funciones especiales señaladas en el artículo 6° del Reglamento del Congreso¹³, que resaltan se encuentran el nombrar al Contralor de la República, encargado de supervisar el buen uso de los ingresos y gastos que hace el gobierno durante su gestión pública; elegir al Defensor del Pueblo, cuya principal función es la protección y defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los peruanos; elegir a los miembros del Tribunal Constitucional, el organismo encargado de velar para que las leyes y otras normas legales no atenten contra la Constitución; nombrar a tres de los siete miembros del Directorio del Banco Central de Reserva y ratifica a su presidente y al Superintendente de la Banca y Seguros, aprobar el presupuesto nacional y la cuenta general.

Como se puede ver, las funciones de los Congresistas de la República son de alcance nacional, de hecho, sus funciones son de enorme relevancia para todo el país; por lo que, no se puede señalar que su grado de influencia se restrinja al ámbito del Congreso solamente.

En efecto, otra de las funciones que reviste carácter de obligatoriedad, que es importante traer a colación es la referida a la semana de la representación¹⁴, según la cual los Congresistas deben viajar por cinco días hábiles continuos al mes a sus jurisdicciones de

¹³ **Funciones Especiales**

Artículo 6. Son funciones especiales del Congreso designar al Contralor General de la República, elegir al Defensor del Pueblo, así como a los miembros del Tribunal Constitucional, al Directorio del Banco Central de Reserva y ratificar al Presidente del Banco Central de Reserva y al Superintendente de Banca y Seguros. Le corresponde también la remoción en los casos previstos en la Constitución.

¹⁴ **Deberes Funcionales**

Artículo 23. Los Congresistas tienen la obligación:

f) De mantenerse en comunicación con los ciudadanos y las organizaciones sociales con el objeto de conocer sus preocupaciones, necesidades y procesarlas de acuerdo a las normas vigentes, para lo cual se constituyen cinco días laborables continuos al mes en la circunscripción electoral de procedencia, individualmente o en grupo. Asimismo, deben atender las denuncias debidamente sustentadas y documentadas de la población, fiscalizar a las autoridades respectivas y contribuir a mediar entre los ciudadanos y sus organizaciones y los entes del Poder Ejecutivo, informando regularmente sobre su actuación parlamentaria. Esta norma no promueve la realización de actos destinados a conseguir privilegios para ninguna persona o grupo. Para el cumplimiento de esta obligación, los titulares de las entidades de la administración pública, dentro del marco de la ley, brindan las facilidades del caso, bajo responsabilidad.

origen con la finalidad de que, mediante la comunicación con los ciudadanos y organizaciones sociales, puedan conocer de manera directa sus necesidades y demandas.

Por lo tanto, es en base a estas consideraciones que se considera que el alcance de influencia de los Congresistas de la República es de alcance nacional, en ese sentido, en aplicación del impedimento mencionado se tiene que los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad no pueden constituirse como proveedores de ninguna entidad pública a nivel nacional.

Según la Opinión N° 095-2016, dicho impedimento debe ser entendido desde que los Congresistas juramentan o son proclamados por el Jurado Nacional de Elecciones, hasta los doce meses después de haber dejado el cargo. De esto se entiende que los impedimentos no tienen efectos retroactivos, por lo que, si una persona ya es proveedor del Estado puesto que ya ha sido contratada por alguna entidad pública; y un familiar o pariente dentro del segundo grado de consanguinidad, se convierte en funcionario público; tal impedimento no se aplicaría.

9.1.2 RIESGOS DE CORRUPCIÓN

Ahora bien, como parte del análisis de los impedimentos que recaen sobre los familiares de los Congresistas de la República; se debe tener en cuenta los riesgos sobre actos de corrupción que revisten dicho cargo. Por lo que, antes de analizar la eficiencia de los mecanismos de supervisión con los que cuenta el Organismos de Supervisión de las Contrataciones del Estado, es pertinente traer a colación lo señalado ya por Aristóteles, en el siglo IV a.C., en La Política: "En todo régimen es de la máxima importancia que la legislación y el resto de la administración estén ordenadas de suerte que no sea posible que los magistrados se lucren".

Lamentablemente, aquella frase ya denotaba el riesgo de corrupción en el sector público. Para el fin del presente Informe Jurídico, se entiende como corrupción, según la Defensoría del Pueblo, al "mal uso del poder público, entendido como el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos presentes en la sociedad. Los actos de corrupción tienen el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos para quien

actúa o para terceros, en perjuicio del bienestar general.”¹⁵ Es decir, se trata de un abuso de poder en la función pública para obtener un beneficio propio.

En esa misma línea, referida ya a la contratación pública, tenemos que según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en La Contratación Pública en el Perú: Reforzando capacidad y coordinación, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, “La contratación pública es una de las actividades gubernamentales con más riesgo de dispendio, mala gestión y corrupción. El tamaño, volumen y regularidad de las transacciones, las estrechas interacciones entre los sectores público y privado y, progresivamente, la complejidad de los procedimientos son las principales razones del fuerte potencial de corrupción en el sector público.”¹⁶

Precisamente, según la información estadística obtenida Portal CONOSCE, el monto adjudicado en los últimos tres años en contrataciones públicas fue de S/ 46.725.5 millones (Cuarenta y Seis mil setecientos veinticinco con 5/100 millones de soles) en el 2018, S/ 39.202,7 millones (Treinta y nueve mil doscientos dos con 7/100 millones de soles) en el 2019 y S/ 45.362,0 millones en el 2020 (Cuarenta Y Cinco Mil Trescientos Sesenta Y Dos Millones De Soles). Con lo cual, efectivamente, en la contratación pública hay un gran dispendio de fondos públicos anualmente.

En ese sentido, debido a la gran magnitud de destino de los fondos públicos a las contrataciones públicas aunado al enorme riesgo de mala gestión y corrupción que hay en nuestro país, es necesario que el Estado provea de herramientas realmente eficaces que permitan la labor de supervisión constante en tales contrataciones.

MECANISMOS DE SUPERVISIÓN DE OSCE

El Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) como organismo técnico especializado busca supervisar que los actores de la contratación pública estén aplicando correctamente a normativa y principios que rigen las Contrataciones del Estado ya mencionadas.

¹⁵ Radiografía de la Corrupción en el Perú.

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>

¹⁶ OCDE

Como se puede ver, el OSCE es el organismo encargado de dicha función supervisora en las contrataciones públicas, por lo que, desempeña un papel fundamental en la supervisión de los procesos de las contrataciones públicas, y entre sus principales funciones, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1444)¹⁷, destaca el efectuar las acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, y a pedido de parte de los procesos de contratación; para dicho fin cuenta con órganos desconcentrados en determinadas provincias.

Asimismo, se cuenta con la Directiva N° 010-2019-OSCE/CD sobre las Acciones de Supervisión a Pedido de Parte y de Oficio, en dicha Directiva se establecen los lineamientos que rigen las acciones de supervisión de oficio y de parte, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

De igual forma, estas funciones se encuentran detalladas en el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, entre sus funciones se menciona, justamente, la de supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que se realicen al amparo de la Ley y su Reglamento¹⁸.

¹⁷ “**Artículo 52.- Funciones**

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene las siguientes funciones:

a) Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.

b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, y a pedido de parte de los procesos de contratación que se realicen al amparo de la presente norma y su Reglamento, y disponer la adopción de las medidas que correspondan. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.

(...)”

¹⁸ “**Artículo 4°. Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE**

Son funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE:

1) Promover la realización de compras ágiles, oportunas, eficientes, transparentes y económicas por parte de las entidades del Estado, con la finalidad que puedan cumplir con sus objetivos estratégicos y operativos, teniendo en cuenta el respeto al medio ambiente y al desarrollo humano;

(...)

4) Velar y promover el cumplimiento y difusión de la Ley, su Reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias;

7) Supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que se realicen al amparo de la Ley y su Reglamento;

8) Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como cualquier otro instrumento necesario para la implementación y operación de los diversos procesos de contrataciones del Estado;

(...)

14) Imponer sanciones a los proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) que contravengan las disposiciones de la Ley, su Reglamento y normas complementarias;

La razón de ello se basa en que los procesos de contratación pública deben desarrollarse con integridad, la finalidad de las contrataciones públicas, las cuales justamente denotan su trascendencia para el desarrollo de nuestro país: por ello nuestro ordenamiento jurídico cuenta con diferentes herramientas que coadyuven a reducir al máximo el poner en riesgo la probidad con la que debe llevarse a cabo una contratación pública.

Lamentablemente, dichos mecanismos no fueron suficientes ante sonados casos de corrupción como lo fue CASO LAVAJATO, caso que evidenció que la corrupción es “*privatización de las políticas públicas*”, como la definió Daniel Kauffman, ex director de la Oficina de Gobernabilidad del Banco Mundial. Justamente, esta definición de privatización de lo público explica por qué la corrupción es “una violación de derechos fundamentales”, como enfatizó Eduardo Cáceres de la Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh). En el caso LAVAJATO se pudo ver cómo Jefes de Estado, funcionarios públicos, congresistas de la mayoría de los partidos políticos, sin importar si eran del oficialismo u oposición fueron “capturados” o “comprados” por personas jurídicas y/o privadas que buscaron satisfacer su interés particular; poniendo en riesgo la satisfacción del interés general y con ello la violación de derechos fundamentales puesto que las políticas públicas estaban direccionadas a fines particulares.

Cuando lo que debe de primar en las decisiones de los altos funcionarios públicos es el uso correcto de los fondos públicos y sus decisiones públicas deben destinarse a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. En este caso tan sonado de corrupción a gran escala a nivel latinoamericano, se pudo dejar al descubierto la estrategia con la que venían trabajando, la cual era capturar el poder político, pero no solo presidentes o jefes de Estados, sino de todo el sistema político de un país, como ocurrió en nuestro caso.

Finalmente, otro tema que se toma en consideración para establecer este alcance nacional en los impedimentos para contratar con el Estado dirigidos a los Congresistas de la República es justamente, el financiamiento a las campañas políticas, lo cual resulta muy rentable en nuestro país, donde la estrategia es controlar al Estado por medio de sus “financiados” con la intención de maximizar sus ganancias y reducir al máximo sus riesgos.

15) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República los casos en que se observe trasgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito; (...)

7. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto en el presente Informe Jurídico, podemos concluir que los impedimentos para ser participantes en los procesos de contratación pública deben respetar el principio de legalidad, por lo que no se puede aplicar por analogía de las normas la restricción de derechos constitucionales.

La restricción de derechos constitucionales es posible siempre que respete no solo el principio de legalidad sino los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Con lo cual, a la luz de lo analizado, se puede concluir que los impedimentos para contratar con el Estado dirigido a los Congresistas de la República y a sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad cumplen con los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo que, si bien la regla general es la posibilidad de que toda persona natural o jurídica pueda participar en los procesos de contratación, precepto recogido por el principio de libertad de concurrencia; resulta razonable que se establezcan impedimentos para participar en un procedimiento de selección y para contratar con el Estado, a efectos de salvaguardar el cumplimiento del interés público. La contratación pública tiene justamente como su finalidad la satisfacción de estos intereses públicos, por lo que aunado a la enorme cantidad de dinero que se destina para el cumplimiento de los fines de cada entidad pública; el Estado debe de proveer las herramientas más eficaces que permitan reducir al máximo el riesgo del uso indebido de los fondos públicos y se garantice por otra lado, la contratación del proveedor con la mejor oferta técnica y económica, evitándose de esta forma favoritismos.

Asimismo, se ha visto que lamentablemente nuestro país tiene entre sus más grandes debilidades, su debilidad institucional, escenario propicio para actos de corrupción a través de las diferentes modalidades que hemos analizado.

Finalmente, con el presente Informe Jurídico también se busca resaltar que la corrupción es lo más antisistémico que existe, de hecho, en nuestro país casos como Lavajato ha encendido las alarmas de que nuestros mecanismos de supervisión no son realmente eficaces, sino todo lo contrario, dichos casos solo han debilitado al Estado y nuestra institucionalidad. Por lo que, se puede decir que el Estado sí debe ser ligero, y promover la libertad para contratar; pero no debe ser un Estado débil sin herramientas para afrontar y prevenir casos de corrupción.



1. RECOMENDACIONES

Luego de haberse terminado de redactar el presente Informe Jurídico, habiéndose analizado nuestra normativa referida a los impedimentos para contratar con el Estado dirigida a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad; su naturaleza y finalidad, la problemática los riesgos de corrupción en contrataciones con el Estado; hay dos recomendaciones interesantes que se buscan plantear, estas son:

- Por un lado, recoger lo señalado por Christian Chocano quien propuso como unas estrategias o medidas a corto plazo para hacer frente a dicha problemática, el “eliminar la atomización de las decisiones de compra, asignar presupuesto en función

de indicadores de competencia, transparencia e integridad, seleccionar gestores de compra en función de criterios de integridad, entre otras medidas” (2020, p. 37).

- Asimismo, por otro lado, en vista que nuestra normativa vigente ha reducido el alcance del impedimento para los parientes de los altos funcionarios públicos modificándose de “hasta el cuarto grado de consanguinidad” por “hasta el segundo grado de consanguinidad”, podría plantearse como medida a ser evaluada que aquellos proveedores que ya han venido contratando con diferentes Entidades Públicas por años, y que, posterior a ello, algún pariente dentro del alcance de la norma se convierta en funcionario público; aquellos proveedores puedan seguir contratando como lo han venido haciendo, con la salvedad de que tengan como tope máximo el máximo monto contratado hasta antes de que su pariente asuma el cargo público.
- Las recomendaciones se plantean teniendo como fin supremo la satisfacción del interés público; siempre que se asegure su cumplimiento se pueden buscar otras alternativas; pero se recalca que siempre que se asegure dicha satisfacción.

2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LECTURAS

Armas, S. (2015). El impedimento para la contratación estatal de la persona jurídica vinculada. Lima: Revista Derecho y Sociedad, N° 44, pp. 139-144.

Benavides, P. (2018). Contratando con el impedido. A propósito de las causales de impedimento para contratar con el Estado. Lima: Actualidad Administrativa, pp. 272-290, N° 296.

Boehm, F. (2005). Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos. Revista de Economía Institucional, Vol. 7, N° 13, Segundo Semestre.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-59962005000200010&script=sci_abstract&tlng=es

Chocano, Ch. (2019). Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana. Lima: Círculo de Derecho Administrativo.

Carhuacho, L. (2018). Análisis de la contratación pública en una institución del Estado. Tesis para optar por el Grado Académico de Maestra en Gestión Pública. Lima: Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo.

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/20367/Cahuancho_MLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

DROMI, José Roberto. Derecho Administrativo.

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_ROBERT.pdf

El régimen de los contratos estatales en el Perú. Jorge Danós.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>

<https://www.enfoquederecho.com/2020/12/04/recension-de-aspectos-juridicos-de-la-contratacion-estatal-de-juan-carlos-moron-zita-aguilera-lima-pucp-2017-191-paginas/>

Guimaray, E. (2016). Sobre la Captura del Regulador y el Injusto Penal de Colusión. Lima: Revista de Derecho THEMIS 68, pp. 129-137.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15588/16037>

Martínez, M. (2020). Proveedores, Impedimentos y Tribunal de Contrataciones del Estado. Reflexiones sobre la posición del Tribunal de Contrataciones del Estado respecto de quien puede y quien no puede ser proveedor del Estado. Lima: Revista Derecho & Sociedad, N° 45 / pp. 307-313.

Medina, V. (2016). Impedimento para contratar con el Estado por razón de parentesco con los funcionarios del Poder Ejecutivo. Tesis presentada para optar por el grado académico de Magíster en Derecho de la Empresa. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Moreno, J. La importante evolución hacia un derecho global de la Contratación Pública. España.

Revilla, A. (2011). La transparencia en la ley de contrataciones del Estado. Lima: Derecho PUCP, (66), 195-221.

<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3022/3470>>

Rojas, P. (2015). Administración pública y los principios del derecho administrativo en Perú. Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 13, primer semestre/2015, pp. 193-209
[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Piero%20Rojas%20-%20Administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20y%20los%20principios%20del%20derecho%20administrativo%20en%20Per%C3%BA%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Piero%20Rojas%20-%20Administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20y%20los%20principios%20del%20derecho%20administrativo%20en%20Per%C3%BA%20(2).pdf)

Salazar Chávez, R. (2004). La Contratación de la Administración Pública en función a los Intereses Involucrados en cada Contrato. *Derecho & Sociedad*, (23), 36-42.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16841/17153>

Salazar Chávez, R. (2009) Las Formas Jurídicas Administrativas y la Contratación Pública sobre Bienes, Servicios y Obras, Núm. 7. Contratación Estatal y Régimen de Concesiones.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14011/14633>

Yunque, F. (2017). Implementación del Procedimiento Administrativo Electrónico en el marco de la modernización del Estado. *Administración Pública & Control*, N° 37.

Vallejo, G. (2016) La Captura Regulatoria y su Relación con las fallas del Mercado. Colombia: JUS Público 15.

https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18446/1/Derecho-publico-en-el-siglo-XXI_Cap01.pdf

El Congreso, el compadrazgo, el antaurismo y FREPAP

<https://www.revistaideele.com/2020/10/22/el-congreso-el-compadrazgo-el-antaurismo-y-frepap/>

DE CORES, CARLOS y CAL, Juan Manuel. “El Concepto de Interés Público y su Incidencia en la Contratación Administrativa”. En: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Año 6, N° 11. 2007, p. 132.

<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf>

NORMAS

DIRECTIVA N° 010-2019-OSCE/CD - ACCIONES DE SUPERVISIÓN A PEDIDO DE PARTE Y DE OFICIO

https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas_2019/Directiva_010-2019_Supervision.pdf

COMPROMISO DEL ESTUDIANTE SOBRE LA ELABORACIÓN DEL TRABAJO ACADÉMICO 2021-1

Título del trabajo académico:

Informe Jurídico sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el

Yo, Dayhana Carolina Obregon Palomino, con código 20111258, alumno del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo, mediante el presente compromiso, declaro que soy el autor del producto académico, por lo que me hago responsable de su elaboración y contenido.

De esta manera, **me comprometo** a ser diligente en su desarrollo y a citar de manera correcta las fuentes bibliográficas que emplee para su elaboración, caso contrario me sujetaré a lo que establecen las disposiciones reglamentarias de la Facultad y de la Universidad.



DAYHANA CAROLINA OBREGON PALOMINO