

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

**TITULO: LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA DE 1993 COMO CLÁUSULA
PÉTRETA: ¿CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DESARROLLO O MENOSCABO A LA
DEMOCRACIA?**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Público y Buen Gobierno**

Autor: Bruno Adriano Delgado Taboada

Asesor: Gustavo Zambrano

Código de alumno: 20090822

2017

RESUMEN

El objeto del presente trabajo de investigación académica es estudiar cuáles son los alcances de la Constitución económica peruana de 1993 como cláusula pétrea para luego analizar si la petrificación de dicha parte de la Constitución es compatible con los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, el pluralismo político y la democracia en su conjunto. Asimismo, para la realización de este estudio, se buscará desarrollar cómo es que el derecho puede jugar un rol decisivo, más no exclusivo, en el desarrollo de instituciones con vocación de permanencia en el interior de un país, de conformidad con la teoría económica institucional y cómo estos elementos se vinculan con el concepto de desarrollo en un sentido amplio. Luego, se analizarán las fuentes antes indicadas conjuntamente con doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, en materia de reformas constitucionales, para así, ensayar una respuesta crítica frente a la petrificación de la Constitución económica peruana de 1993.



La Constitución económica peruana de 1993 como cláusula pétrea: ¿Constitucionalización del desarrollo o menoscabo a la democracia?

Bruno Adriano Delgado Taboada

“La Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto, sometida a cambios históricos” – Konrad Hesse.

RESUMEN: El objeto del presente artículo de investigación es estudiar cuáles son los alcances de la Constitución económica peruana de 1993 como cláusula pétrea para luego analizar si la petrificación de dicha parte de la Constitución es compatible con los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, el pluralismo político y la democracia en su conjunto. Asimismo, para la realización de este estudio, se buscará desarrollar cómo es que el derecho puede jugar un rol decisivo, más no exclusivo, en el desarrollo de instituciones con vocación de permanencia en el interior de un país, de conformidad con la teoría económica institucional y cómo estos elementos se vinculan con el concepto de desarrollo en un sentido amplio. Luego, se analizarán las fuentes antes indicadas conjuntamente con doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, en materia de reformas constitucionales, para así, ensayar una respuesta crítica frente a la petrificación de la Constitución económica peruana de 1993.

Introducción

El presente ensayo busca realizar una aproximación teórica al concepto de desarrollo para entender su contenido. Asimismo, se buscará realizar un análisis que relacione el concepto de desarrollo con los elementos teóricos de la llamada nueva economía institucional para verificar si es factible institucionalizar un modelo de desarrollo a través del derecho. Luego, se verificará si la Constitución Económica de 1993 estaría institucionalizando un modelo de desarrollo en el Perú. En esa línea de ideas, se analizará cuáles son los alcances del referido enfoque de desarrollo institucionalizado y si la petrificación constitucional del mismo es legítima a la luz de nuestra Constitución, los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, el pluralismo político y la democracia.

Respecto al desarrollo, podemos referir en primer término que si bien no hay forma de reducir su contenido a una definición cerrada o compartimiento estanco, debido a su complejidad, mutabilidad en el tiempo y otras consideraciones subjetivas, es factible que el derecho entendido como técnica o disciplina jurídica pueda contribuir a que los fines que se persiguen a través de un enfoque o modelo de desarrollo puedan institucionalizarse o normalizarse. En ese sentido, los enfoques o modelos de desarrollo pueden concretizarse a través del derecho o servir de fuente de inspiración para la creación de instituciones jurídicas o marcos normativos.

Naturalmente, lo antes expuesto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿puede el derecho fungir como una herramienta para la institucionalización de un modelo de desarrollo? Para dar una respuesta a esta interrogante, utilizaremos los aportes teóricos de la nueva economía institucional, que comprende un modelo teórico económico que busca explicar cómo es que se construyen las reglas de juego que rigen a los actores sociales en espacios geográficos determinados. Así pues, apoyándonos en este marco teórico, buscaremos clarificar cómo es que el derecho surge como uno más de varios medios a través de los cuáles se pueden institucionalizar determinadas reglas de juego, entre las cuales, puede incluirse un enfoque de desarrollo normalizado en la Constitución.

Luego, se realizará un estudio de la Constitución Económica de 1993, incluyendo sus fuentes interpretativas, principios y preceptos constitucionales; para efectos de esclarecer de los mismos si estos contribuyen a la institucionalización de un modelo de desarrollo. A partir de este estudio se busca evidenciar si la Constitución Económica de 1993 ha servido como fuente de derecho para la institucionalización de un modelo de desarrollo, en qué sentido y en qué proporción se ha concretizado una situación semejante.

Finalmente, pasaremos a analizar los fundamentos de la petrificación constitucional como técnica jurídica a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha blindado la Constitución Económica de 1993. En ese sentido, se realizará un análisis crítico respecto a los alcances de la petrificación de la Constitución Económica y de su legitimidad constitucional como cláusula pétrea.

1. Nociones respecto del concepto de desarrollo y su relación con el derecho

El desarrollo es un concepto que no tiene una definición unívoca, por cuanto suele definirse desde las convicciones políticas individuales de la persona que lo invoca. Ahora bien, el desarrollo en un sentido general puede entenderse como: “la realización humana” (VEGA-CENTENO 2003: 15). No obstante, esta definición no basta para conceptualizar al desarrollo por cuanto ésta requiere que se determine nuevamente qué es realización humana. El desarrollo también puede entenderse como una meta colectiva que se plantea para sí un pueblo, en ese sentido Uribe plantea que: “no existe un único <<camino hacia el desarrollo>>, si por *desarrollo* se entiende tender hacia aquella nación que domina en el concierto internacional” (URIBE 2008: 12). Y es que, el concepto de desarrollo ha evolucionado a lo largo del tiempo, desde los utópicos del Renacimiento hasta los planteamientos de economistas y científicos sociales del siglo XX (URIBE 2008: 12-13). Para efectos del presente trabajo, consideramos que la definición de desarrollo más pacífica y que nos permitirá avanzar con mayor seguridad es la que lo concibe como un discurso históricamente situado sobre cómo lograr el progreso o la modernidad para un país (URIBE 2008: 219-220).

Así pues, si entendemos el concepto de desarrollo como el de un discurso que plantea un camino para alcanzar el progreso y la modernidad, entonces, la realidad nos induce a que nos enfrentaremos a múltiples discursos sobre el desarrollo, los cuales se configuran en enfoques o modelos (URIBE 2008: 11-13). Inclusive, como veremos más adelante, puede haber discrepancias entre los mismos defensores de un modelo de desarrollo sobre múltiples aspectos referidos al mismo. En ese sentido, lo que un pueblo conceptualiza como desarrollo siguiendo un enfoque o modelo, debido a su complejidad, será mutable en el tiempo, de conformidad con la situación histórica de los mismos, sus oportunidades, los problemas que afrontan y, en general, su contexto (URIBE 2008: 11-13).

En esa línea de ideas y como ejemplo de la mutabilidad del concepto de desarrollo en un país determinado, resulta ilustrativo referirnos a la evolución del discurso sobre el desarrollo en la historia peruana republicana. Así pues, las élites peruanas han concebido el desarrollo históricamente desde una perspectiva economicista. En ese sentido, el discurso del desarrollo en el Perú estaría referido a alcanzar el bienestar

material o económico, a través de la conformación de una economía industrializada sólida. En palabras de Contreras:

Por desarrollo se ha entendido, a lo largo del siglo XX, básicamente la emulación de los países económicamente más avanzados, identificados como aquellos donde la productividad del trabajo era mayor y se había alcanzado un nivel de consumo muy superior respecto de la población del resto de países (CONTRERAS 2009: 56).

La idea del desarrollo como una etapa de la evolución 'natural' de los pueblos, que llegaría en algún momento y como consecuencia del sólo pasar del tiempo (CONTRERAS 2009: 55-56) ha sido superada por los enfoques contemporáneos de desarrollo, según los cuales hay múltiples factores que pueden derivar en la obstrucción del progreso que se espera alcanzar (URIBE 2008: 49-65). En ese sentido y como veremos más adelante, los discursos de desarrollo contemporáneos reconocen la necesidad de que se implementen políticas públicas que contravengan las dificultades que obstaculizarían el desarrollo de los países (URIBE 2008: 49-65). Consecuentemente, es claro que los discursos sobre el desarrollo están sujetos a una mutabilidad histórica que los sitúa en un contexto particular, sin que ésta realidad pueda ser ignorada.

En esa línea de ideas, precisamente, la forma en la cual se ha concebido el desarrollo en el Perú históricamente ha estado vinculada inescindiblemente a la economía y a la preponderancia del mercado (CONTRERAS 2009: 55-56), alejándonos de otros discursos sobre el desarrollo. Entre estas visiones alternativas del desarrollo podemos recoger los aportes de los autores que abogan por un rol más activo del Estado en la vida económica de la nación, regulación de los mercados y por la importancia de consolidar burocracias especializadas con mayor capacidad técnica. Como ejemplo de esta óptica del desarrollo como logro de la colaboración del sector público y privado podemos mencionar a Ghezzi y a Gallardo (GHEZZI, Piero & GALLARDO, José 2013: 63-96). Asimismo, otra visión del desarrollo a la que es importante hacer referencia es al enfoque de las capacidades de Sen, que en palabras de Schuldt, supone lo siguiente: "Como tal, se concibe el desarrollo 'como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos', más que sólo del crecimiento económico o de la

evolución de los ingresos personales” (SCHULDT 2012: 59). Así pues, para el modelo de desarrollo correspondiente a este enfoque, urge reconocer a los recursos materiales como un medio para alcanzar el verdadero bienestar. En palabras de Schuldt:

De manera que, cuando se evalúa el “desarrollo” o se proponen medidas de política, se evita que se confundan medios y fines, ya que a menudo no solo en la práctica se olvida que la vida plena de las personas debe ser la preocupación principal y que la producción y la prosperidad materiales son meros instrumentos – no siempre necesarios– para solventar aquella (SCHULDT 2012: 60).

Así pues, como primer punto, podemos concluir que existen diversos discursos o aproximaciones para entender o definir el desarrollo y cómo conseguirlo. El objeto de esta sección es ilustrar al lector respecto a la existencia de éstos múltiples y concurrentes discursos contemporáneos. A manera de referencia, consideramos pertinente referirnos a algunos de estos modelos: (i) desarrollo como crecimiento económico (teoría neoclásica) (ROS 2004: 199-200), (ii) desarrollo como crecimiento económico endógeno (ROS 2004: 199-200), (iii) desarrollo como ampliación de capacidades (SEN & KLIKSBURG 2011: 69-75), (iv) la doctrina social de la iglesia (URIBE 2008: 107-121), (v) el desarrollo sostenible y el enfoque ambientalista (URIBE 2008: 189-201) entre muchos otros.

En ese sentido, los enfoques o modelos de desarrollo sistematizan un conjunto de ideas sobre qué es el desarrollo y cómo la sociedad podrá conseguirlo. Así pues, siguiendo algunos de los ejemplos antes referidos: (i) según la teoría neoclásica el desarrollo sería el crecimiento económico entendido como incremento del producto bruto interno per cápita en cada país que se conseguiría a través de la liberalización de los mercados (ROS 2004: 199-200), (ii) según el modelo del crecimiento económico endógeno el desarrollo sería un crecimiento económico del producto bruto interno per cápita producido como consecuencia de desarrollo tecnológico, técnico o científico que tiende a la industrialización en un país y que lo hace sostenible en el tiempo, permanentemente apoyado en políticas públicas (ROS 2004: 199-200); y (iii) según el enfoque de las capacidades desarrollo sería el proceso progresivo de ampliación de libertades en el que se le facilite a las personas las capacidades y potencialidades suficientes para alcanzar la plena satisfacción de sus necesidades materiales, psíquicas y culturales que promuevan

un bienestar integral, lo cual se conseguiría promoviendo la igualdad de oportunidades en los sectores que sufren desigualdad a través de programas públicos específicos, como la prestación de servicios públicos de salud y educación de calidad (SEN & KLIKSBERG 2011: 69-75).

Consecuentemente, existen distintos enfoques o modelos de desarrollo, los cuales buscan sistematizar un conjunto de ideas sobre cuál es el objetivo al que debe apuntar la sociedad y cuáles serán los métodos admisibles para conseguirlo. Así pues, el desarrollo como discurso históricamente situado tendrá manifestaciones o expresiones contradictorias entre sí. Inclusive, hay críticos del concepto de desarrollo, quienes señalan que los discursos sobre el desarrollo son mitos inalcanzables, independientemente de cual sea el enfoque o modelo que se tenga como referencia.

En esa línea de ideas, el llamado mito del desarrollo postula que el desarrollo es una falsa ilusión de que las economías de los Estados están llamadas al desarrollo y a la prosperidad universal. Según ésta postura, el mito del desarrollo consiste en asumir que del seguimiento de un conjunto de recetas económicas se conseguirá el bienestar (DE RIVERO 2014: 90-111). Así pues, de acuerdo a De Rivero, el desarrollo es un proceso mucho más complejo que trasciende al mero transcurso del tiempo y al crecimiento económico, entendido como crecimiento del Producto Bruto Interno (DE RIVERO 2014: 101). Asimismo, De Rivero plantea que, en lo posible, hay que distinguir el indicador del Producto Bruto Interno de lo que entendemos por bienestar, en lo cual coincide con Stiglitz:

El Producto Interior Bruto (PIB) es la medida de la actividad económica más utilizada. Existen estándares internacionales para su cálculo, y se ha pensado mucho en sus bases conceptuales y estadísticas. Pero aunque el PIB mide sobre todo la producción de <<mercado>>, a menudo se ha tratado como medida de bienestar económico. Confundir ambos conceptos puede llevar a conclusiones erróneas sobre el bienestar y conducir a decisiones políticas equivocadas (STIGLITZ & otros 2013: 69).

Ahora bien, los distintos grupos políticos o académicos, en atención a su discurso sobre el desarrollo y de cómo conseguirlo, se relacionan de una u otra forma con el llamado

mito del desarrollo. Así pues, por ejemplo, algunos sectores se amparan en el mito del desarrollo, abogando por un modelo con una participación e intervención mínima del Estado, a través del cual, se permitiría que el mercado procure el desarrollo de forma casi espontánea. Como ejemplo de lo antes descrito podemos recoger los planteamientos de Bullard, Córdova y Ortiz de Zevallos (EYZAGUIRRE 2007: 71-97), según los cuáles la reforma institucional necesaria para alcanzar el desarrollo supone limitar o eliminar la intervención del Estado por cuánto ésta en líneas generales es un obstáculo para el desarrollo, sin la cual, se alcanzará el desarrollo a través del libre mercado de forma espontánea (EYZAGUIRRE 2007: 71-97). Por otro lado, sectores que abogan por una mayor participación del sector público en la vida económica de la nación y en la regulación de los mercados cuestionan el mito del desarrollo o la idea de desarrollo espontáneo (GHEZZI, Piero & GALLARDO, José 2013: 63-96). No obstante, existen múltiples planteamientos que defienden una visión de desarrollo economicista que también cuestiona el mito del desarrollo, pero señalando que hay múltiples factores que pueden imposibilitar el desarrollo de un país a pesar de que este cuente con índices elevados de crecimiento económico, como es la carencia de tecnología, entre otros; por lo que se requiere tomar acciones adicionales a la liberalización de mercados para procurar desarrollo (ROS 2004: 199-200).

En ese sentido, tenemos claro que los enfoques y modelos de desarrollo son múltiples y muchas veces, contradictorios o irreconciliables. Asimismo, podemos concluir que la conceptualización de desarrollo que se tiene en un pueblo es mutable en el tiempo. Por otro lado, la noción de desarrollo también tiene fuertes detractores que se refieren al mismo como un mito. No obstante, el desarrollo es un concepto necesario, pues a través del mismo se pueden articular y sistematizar un conjunto de ideas en un discurso que procura la consecución de objetivos públicos a través de los cuales se consiga el bienestar. Entonces, ¿cómo es que éste concepto de desarrollo se relaciona con el derecho como técnica o disciplina jurídica?

El papel del derecho frente al desarrollo es crucial. A través del derecho se puede procurar la institucionalización de lo que la nación entiende por desarrollo y, de este modo, orientar la dirección de la actividad del Estado en un sentido u en otro, estableciéndose prioridades y reglas básicas de juego, las cuales también tienen un

carácter político. Así pues, las Constituciones no juegan un papel neutral respecto a las visiones del desarrollo, en palabras de De Vega:

La normativa constitucional deja de ser entonces una normativa políticamente neutral. A partir de ese momento se abre el camino para que las Constituciones asuman la difícil misión de consagrar, en un orden social descompuesto y con contradictorias pretensiones, los principios básicos en que el acuerdo común resulta obligado para poder establecer un mínimo orden de convivencia (De Vega 1999: 254).

Al respecto, nuestra Constitución de 1993 no es la excepción. De allí que el artículo 60° de la Constitución consagre el principio de subsidiariedad que, a pesar de sus múltiples interpretaciones que lo desarrollan desde su creación, cumple con consolidar un rol excepcional de intervención económica directa que corresponde al Estado. No obstante, si bien es cierto que el derecho puede coadyuvar a la institucionalización de un enfoque de desarrollo, bajo ningún supuesto debería permitirse la petrificación de un modelo de desarrollo. Sobre este punto volveremos más adelante con mayor profundidad.

Ahora bien, cuando hablamos del derecho como herramienta para la institucionalización de un modelo de desarrollo, cabe preguntarnos, ¿qué son las instituciones? ¿qué es la institucionalidad? ¿qué es la institucionalización de una regla o situación? A efectos de responder estas preguntas es pertinente explicar el enfoque de la teoría económica institucional, al ser estos los términos a los cuales nos referimos en el presente ensayo. En la siguiente sección desarrollaremos sucintamente su contenido y sus aplicaciones prácticas. Luego, utilizaremos los conceptos de la nueva economía institucional para analizar si nuestra Constitución Económica de 1993 estaría institucionalizando un modelo de desarrollo, en qué sentido y en qué medida.

2. Breves apuntes sobre la teoría económica institucional: instituciones, institucionalidad e institucionalización de políticas públicas

La teoría económica institucional comprende una nueva perspectiva para entender la interacción de los distintos actores sociales en el marco de las relaciones económicas, sociales y políticas. Este nuevo enfoque teórico de la ciencia económica ha sido

desarrollada por Douglass North, quien refiere que las instituciones: “son reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana” (NORTH 2012: 13). Asimismo, North postula que las instituciones tienen una relación directa con la economía: “Es innegable que las instituciones afectan el desempeño de la economía. Tampoco se puede negar que el desempeño diferencial de las economías a lo largo del tiempo está influido fundamentalmente por el modo en que evolucionan las instituciones” (NORTH 2012: 13).

Así pues, de acuerdo a la teoría económica institucional, las instituciones son las reglas de juego formales e informales que se consolidan en las sociedades y que rigen el comportamiento de los actores inmersos en un espacio (CHAVANCE 2009: 75-76). La institucionalidad, en cambio, es la predictibilidad, permanencia y vigencia de las instituciones en un determinado ámbito (ORTIZ DE ZEVALLOS 2007: 89-97). En ese sentido, podríamos decir que la política de promoción de la inversión privada en el Perú es una institución y está institucionalizada porque es predecible y se ha mantenido por casi tres décadas; inclusive, el desarrollo de ésta política ha seguido un proceso de formación progresivo que fue avanzando por etapas y acompañado por la creación de múltiples marcos normativos sucesivos (Decretos Legislativos para privatizaciones, fomento de inversión privada en concesiones públicas y asociaciones público-privadas) y la creación de instituciones que velen por esta institución (Indecopi, Proinversión, entre otros). Finalmente, la institucionalización serían las acciones que se tomarían para darle estabilidad, predictibilidad y vocación de permanencia a determinadas políticas (ORTIZ DE ZEVALLOS 2007: 89-97). En palabras de Ortiz de Zevallos:

Las instituciones son reglas de juego, son formales si nos referimos a leyes, normas, reglas que están escritas; en cambio, son informales si estamos hablando de aspectos más culturales, de comportamiento. Pero no solamente son las reglas sino son también los mecanismos de ejecución, es decir, hacer cumplir un mecanismo mediante la aplicación de la norma, el árbitro también está incorporado en el concepto.

La palabra instituciones normalmente se utiliza para referirnos a organizaciones. Sin embargo, para la Nueva Economía Institucional, las instituciones son las

normas de juego y los jugadores son las organizaciones. Esta corriente postula que las instituciones son un factor determinante en el desarrollo económico, porque determinan los incentivos para realizar un conjunto de acciones que son fundamentales: buscar, innovar, invertir, manejar transparentemente el uso del dinero del Estado, etc (ORTIZ DE ZEVALLOS 2007: 89-90).

Las reglas de juego antes descritas, determinarán la conducta de los actores sociales, en la medida en que las mismas sean aceptadas e incorporadas como hábitos en su actuar cotidiano (de ser el caso) (NORTH 2012: 16-17), pero también, estas reglas podrán ser adecuadas o cambiadas por los propios actores en función a sus capacidades de organización política (GROENEWEGEN & otros 2010: 75), por cuanto estos actores tienen la posibilidad de perseguir la satisfacción de sus intereses presionando a las autoridades decisoras (legisladores) o incluso participando directamente de los procesos políticos (GROENEWEGEN & otros 2010: 75).

Ahora bien, ¿cuál es la diferencia entre las llamadas instituciones formales e instituciones informales? ¿son acaso las instituciones informales negativas en sí mismas? North explica que ambas son, simplemente, realidades que limitan el comportamiento humano, sea que hayan surgido de forma espontánea o planificada. En palabras de North:

Las instituciones incluyen todo tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción humana. ¿Son formales e informales las instituciones? Pueden ser una u otra cosa, pero yo estoy interesado tanto en limitaciones formales, por ejemplo, normas que idean los humanos, como en las limitaciones que informales tales como acuerdos y códigos de conducta. Las instituciones pueden ser creadas como lo son las constituciones políticas de los Estados; o bien evolucionar simplemente a lo largo del tiempo, como evoluciona el derecho consuetudinario (NORTH 2012: 14).

Así pues, el reto está en generar instituciones formales e informales que propicien el desarrollo, de acuerdo a la visión de desarrollo a que se está adscrito. Pero a su vez, el reto está en lograr que estas instituciones no sólo sean declaraciones formales escritas en las normas, sino que las mismas sean aceptadas e incorporadas en el actuar cotidiano de la ciudadanía. Asimismo, este enfoque también supone un desafío adicional: la lucha

contra aquellas reglas de juego que no son deseadas, por cuanto suponen consecuencias lesivas para la vida común en sociedad (NORTH 2012: 17). Entre éstas podemos recoger la informalidad, la corrupción entre otras malas prácticas institucionalizadas en nuestra sociedad en distintos ámbitos e intensidades.

Así pues, la teoría económica institucional cumple con aportarnos una nueva visión que nos permite plantearnos nuevas metas en el proceso de alcanzar el desarrollo, pero incorporando a su vez, nuevos retos y desafíos que deberán afrontarse como el entendimiento de que para realizar un análisis predictivo certero, es propicio no atender únicamente a los datos econométricos que se pueden obtener de los mercados, sino también estudiar los procesos sociales que influyen en la conducta de las personas (NORTH 2012: 24-25). En ese sentido, la nueva economía institucional aproximaría nuevamente a la economía con las demás ciencias sociales. En palabras de North:

Separar el análisis de las normas subyacentes de la estrategia de los jugadores es un prerequisite necesario para crear una teoría de las instituciones. Definir las instituciones como las limitaciones que los humanos se imponen a sí mismos convierte esta definición en complementaria a la elección del enfoque teórico de la teoría económica neoclásica. Edificar una teoría de las instituciones sobre el fundamento de elecciones individuales es un paso hacia la reconciliación de las diferencias entre las ciencias económicas y las otras ciencias sociales (NORTH 2012: 16).

De todos modos, este nuevo enfoque teórico nos permite tener una mayor claridad sobre las dinámicas sociales inmersas en nuestras sociedades. En ese sentido, la nueva economía institucional (NEI) reconoce la necesidad de que el Estado consolide políticas e instituciones (reglas de juego elementales y permanentes) que permitan a los actores económicos superar las fallas de mercado para lograr una optimización del desempeño de las economías nacionales (OCAMPO MENESES 2007: 151), en palabras de Ocampo:

Por ello, y a diferencia de la perspectiva neoclásica, en la que la eficiencia estaría dada por la presencia de mercados provistos de información completa, modelos cognitivos correctos – racionalidad instrumental- y derechos de propiedad solidificados; el aporte de la NEI consiste en partir precisamente del supuesto contrario – mercados ineficientes- y de la consideración de que las instituciones

son influyentes en el desempeño de las economías (OCAMPO MENESES 2007: 151).

En este contexto, podemos comprender que el derecho es tan sólo un instrumento más para generar instituciones, institucionalizar determinadas políticas y mantener la institucionalidad de otras. Consecuentemente, el rol que corresponde al derecho debe comprenderse y debe facilitarse que se utilicen múltiples medios para conseguir los objetivos públicos que procurarán los gobiernos en cada caso concreto. Partiendo del análisis de estos conceptos y entendiendo que el derecho sí puede coadyuvar a la institucionalización de políticas entre las cuales pueden estar los modelos de desarrollo, a partir de ahora nos enfocaremos a analizar si la Constitución Económica de 1993 estaría sirviendo como un instrumento jurídico que busca institucionalizar un modelo de desarrollo en particular y, si es así, en qué sentido y en qué proporción.

3. La Constitución económica de 1993 como la institucionalización de un modelo de desarrollo

En la presente sección del artículo nos avocaremos al estudio de la Constitución Económica de 1993 y sus fuentes, para efectos de determinar si de las mismas se desprende que se privilegia un modelo o enfoque de desarrollo. El régimen económico de la Constitución de 1993, como ya hemos visto anteriormente, institucionaliza un conjunto de reglas de juego formales aplicables para todos los actores de la economía; sin embargo, ¿constituye esto la institucionalización de un modelo de desarrollo? Al respecto, hay algunos elementos que podrían llevarnos a pensar que sí, por cuanto las reglas que se canonizan a través de la Constitución Económica no rigen sólo a los actores económicos, sino que también vinculan a los actores políticos, quienes verán limitadas sus facultades para generar normas o cambiar las reglas constitucionales existentes. Consecuentemente, los poderes del legislador, también se verán circunscritos al marco trazado por la llamada Constitución económica. Sin embargo, para efectos de determinar inequívocamente que a través de ésta Constitución Económica se está institucionalizando un modelo de desarrollo tendríamos que concluir que a partir de sus disposiciones se privilegia uno de estos enfoques especialmente. Al respecto, en un primer momento analizaremos de forma abstracta cuales son las características de las reglas constitucionales que contiene la Constitución Económica y, en un segundo

momento, analizaremos si de las mismas se puede desprender un enfoque similar al de un modelo de desarrollo en específico.

Las reglas que desarrolla la Constitución económica de 1993 son principios constitucionales, derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Así pues, estas reglas, por lo general, no tienen aplicación directa, sino que requieren de la intervención de un intérprete o se manifiestan como directrices que enrumban el ordenamiento jurídico en su conjunto. Entre las instituciones que consagra esta Constitución económica podemos recoger las siguientes: la economía social de mercado, la función orientadora del Estado, la función reguladora del Estado, el ahorro como bien jurídico constitucionalmente protegido y garantizado, el principio de protección del consumidor y usuario, el principio de subsidiariedad, el régimen agrario, el rol del Estado en la economía y la noción constitucional de servicio público. Cabe precisar, que prácticamente todos los mandatos positivos de la Constitución económica han tenido que ser desarrollados por el Tribunal Constitucional a través de su doctrina jurisprudencial, para efectos de precisar los alcances de las disposiciones constitucionales y precisar su contenido.

Del análisis de estas instituciones jurídicas y de su interpretación constitucional, es claro que de la Constitución Económica se desprenden directrices que promueven la institucionalización de un enfoque de desarrollo compatible con un modelo de crecimiento económico neoclásico. Al respecto y para efectos de demostrar esta afirmación, pasaremos a estudiar las fuentes correspondientes al bien jurídico constitucionalmente protegido de la libre iniciativa privada en el marco de la economía social de mercado y al principio de subsidiariedad.

Así pues, la libre iniciativa privada protege la libertad de los particulares en sentido abstracto de decidir y de ejercer la actividad económica de su preferencia dentro del marco de la Ley y sin intervenciones de los poderes públicos salvo para la protección de derechos de terceros y siempre dentro del marco de la legalidad. En palabras del Tribunal Constitucional (en adelante, TC): “toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al

intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2003).

En ese sentido, el bien jurídico constitucionalmente protegido de la libre iniciativa privada supone la protección jurídica de la libertad individual para decidir y definir con autonomía las actividades económicas mediante las cuales las personas naturales o jurídicas prefieran procurar beneficios en el mercado. Así pues, dicho bien jurídico es propio del modelo de economía social de mercado en el cual se confía en la iniciativa privada de los individuos la vida productiva de la nación, siempre y cuando se cumpla con las reglas que establezca el ordenamiento jurídico. Así pues, el modelo económico de economía social de mercado supone en palabras del TC:

A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el régimen económico de la Constitución, el artículo 58° de la Carta preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2003).

La libre iniciativa privada y el concepto de economía social de mercado, por sí mismos, no necesariamente perfilan un modelo de desarrollo; es más, podría decirse que son consecuencias naturales del derecho de propiedad y las libertades de empresa y de trabajo. No obstante, el principio de subsidiariedad constriñe la iniciativa pública en la economía a realizarse sólo de forma subsidiaria. Ahora bien, el referido principio tiene dos dimensiones, vertical y horizontal. En palabras del TC:

Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal.

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de

competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.

Por su parte, la subsidiaridad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2003).

En ese sentido, de la lectura de ambos elementos, se puede colegir que de acuerdo a la Constitución económica, se relega al Estado a un ámbito subsidiario en lo económico y se determina que su actuación se ceñirá a una función reguladora y supervisora de los mercados, pero con legitimidad para intervenir sólo en aquello que resulte esencial. Este viraje hacia una actuación subsidiaria y reducida del Estado ha sido una tendencia en la región Latinoamericana desde los 90: “La década del 90 importó una transformación significativa en las políticas públicas y económicas de diversos países de América Latina. En este contexto, el Estado ha venido asumiendo un rol subsidiario en su actuación en la economía a través de sus distintos instrumentos normativos, legislativos y jurisdiccionales” (MARTIN TIRADO 2002: 97).

Ahora bien, este principio de subsidiariedad suele ser compatibilizado con la llamada cláusula del Estado Social o el principio de solidaridad; en ese sentido, frente a la directriz que busca limitar la actividad del Estado a lo esencial, se yuxtapone el mandato de solidaridad, lo que permite que cuando surja la discusión sobre si el Estado debe intervenir o no, ésta controversia se resuelva en una dinámica de caso por caso:

Hay dos principios esenciales, aparentemente contradictorios, que han jugado siempre como polos de tensión en la configuración del orden social: uno de ellos es el principio de libertad individual y subsidiariedad estatal, otro el principio de igualdad de todos los hombres y de solidaridad social. El primero encuentra soporte básico en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades. El segundo encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo (ARIÑO ORTIZ 1999: 111).

No obstante, nuestra Constitución Económica de 1993 no reconoce textualmente cláusula de Estado Social alguna. De la misma no es posible desprender el principio de solidaridad salvo mediante inferencias (KRESALJA & OCHOA 2012: 61-62) o interpretaciones teleológicas que ha realizado el Tribunal Constitucional. De todos modos, es plausible desprender el principio de solidaridad del artículo 59° de la Constitución; no obstante, para estos efectos se requiere un esfuerzo interpretativo considerable (KRESALJA & OCHOA 2012: 62).

En ese sentido, una primera señal que nos indica que nuestra Constitución Económica está institucionalizando un modelo de desarrollo economicista y ligado al modelo de crecimiento económico neoclásico con un enfoque que privilegia el crecimiento del PBI per cápita, es que el principio de subsidiariedad está mucho más robustecido que el principio de solidaridad, siendo así que resulta difícil considerar a éste último como un mandato que pueda generar una tensión con respecto al primero. En ese sentido, la fórmula interpretativa que se canonicen con respecto al principio de subsidiariedad será la que determine que tan limitante es o si, por el contrario, permite que, dentro del marco de nuestra Constitución Económica, puedan ejecutarse modelos de desarrollo distintos. Consecuentemente, una interpretación extensiva del principio de subsidiariedad será muy limitante y reducirá drásticamente el margen de juego de la dirección de la política económica del Estado; mientras que, una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad, seguirá perfilando un rol subsidiario para el Estado y uno predominante para el mercado, pero con una institucionalidad más pacífica respecto a iniciativas públicas que procuren el bienestar general por conductos distintos del llano crecimiento del PBI per cápita.

Ahora bien, lo antes descrito resulta más grave cuando se consolidan criterios interpretativos tan extremos como el que Indecopi estableció mediante Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI con respecto al principio de subsidiariedad. El problema de ésta interpretación es que, para Indecopi, la actividad empresarial del Estado no se limita a la actividad empresarial que procura un fin de lucro, sino que va más allá y llega a sugerir que cualquier actividad del Estado que suponga la sustracción de demanda potencial del sector privado, supondría un acto contrario al principio de subsidiariedad (INDECOPI 2010). Si bien Indecopi sustrae de su marco de aplicación a

las llamadas 'actividades asistenciales' del Estado, la falta de claridad de este concepto puede derivar en interpretaciones como la siguiente:

Parecería que la idea es que la actividad asistencial es una que no compite porque los consumidores a los que va dirigida carecen de recursos, y por tanto el subsidio no le quita propiamente ventas al sector privado, pero cumple con un fin social definido en la Constitución. En tales casos el programa debería estar diseñado para llegar solo a los sectores que quiere beneficiar y limitar su impacto a estos sectores (BULLARD 2011: 203).

Una interpretación semejante podría parecer inofensiva a nuestro modelo de Estado Social Constitucional y Democrático de Derecho si no fuera porque en la práctica, dicho criterio que califica a las actividades del Estado como de competencia desleal por violación al principio de subsidiariedad ya ha sido aplicado a sectores sensibles como el de salud. Así pues, mediante Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI se sancionó a múltiples hospitales por haber incurrido en competencia desleal al haber violado el principio de subsidiariedad por haber ofrecido servicios médicos con tablas de precios diferenciados (INDECOPI 2010). En ese sentido, en aplicación de estos criterios, cabría preguntarnos que podría suceder con la actividad de las universidades nacionales que cobran tasas administrativas por las academias de preparación para examen de ingreso o para las escuelas de posgrado, ¿podrían ser sancionadas por competencia desleal contra las universidades privadas? O que podría pasar con las entidades prestacionales del Estado que ofrecen servicios para personas que, objetivamente, podrían pagar un privado ¿también estarían incurriendo en competencia desleal? Por increíble que parezca, si prospera esta lectura del principio de subsidiariedad, podríamos llegar a un extremo en que sea imposible políticamente que el Estado procure servicios públicos esenciales universales de calidad porque esto afectaría la subsidiariedad del Estado; en ese sentido, el gobierno se tendría que limitar a prestarlo sólo para aquellos sectores que no son capaces de pagar un servicio similar en el sector privado o para personas en situación de pobreza.

Con respecto a las Resoluciones de Indecopi y a los criterios antes referidos, cabe precisar que es al Tribunal Constitucional a quien compete exclusivamente la labor de interpretar la Constitución y sus principios tal y como es el principio de subsidiariedad

(HUAPAYA, Mario & TERRAZOS, Juana 2008: 284). En ese sentido, considero que hasta que el Tribunal Constitucional no valide los criterios fijados por Indecopi, estos no pueden ser tomados como lecturas constitucionalmente válidas del principio de subsidiariedad o cuando menos, definitivas. No obstante, con lo antes observado, es claro que diseño de nuestra Constitución Económica institucionaliza un modelo de desarrollo que prioriza el crecimiento económico, el crecimiento del PBI y el rol de los mercados por sobre modelos más ligados al bienestar como cumplimiento de derechos y satisfacción de necesidades, como es el enfoque de las capacidades de Sen (SEN 2000: 74-75).

El modelo antes descrito contrasta con el propio de la Constitución de 1979. Así pues, respecto de la relación entre ambos modelos económicos, el TC señala que:

A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que "[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]". Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2003)

Al respecto, podemos apreciar que se trata de dos modelos económicos notoriamente distintos, que plasman una visión distinta de desarrollo y de cómo conseguirlo. No obstante, cabe hacer énfasis en que no tiene nada de malo que se institucionalice una visión de desarrollo a través del derecho; es más, es lo normal y esperable, en aras de proveer un marco predecible que garantice seguridad

jurídica. El problema reside en que ésta visión de desarrollo constitucionalizada, no puede ser pues petrificada por ningún instrumento jurídico, ya que esto representaría un menoscabo de la libertad política de la ciudadanía para tomar decisiones sobre el modelo de Estado y sociedad en que desean vivir. Y es que, como veremos más adelante, la Constitución económica ha sido reconocida como una cláusula pétrea que no puede ser cambiada por ningún instrumento, ni por una reforma constitucional. Al respecto, en la siguiente sección analizaremos el carácter y los alcances de las cláusulas pétreas en general y, en particular, los alcances de la petrificación de la Constitución Económica de 1993. Finalmente, realizaremos un análisis crítico sobre la legitimidad de la petrificación de la Constitución Económica.

4. La Constitución económica de 1993 como cláusula pétrea

En la presente sección analizaremos brevemente qué es una cláusula pétrea y cómo se estableció que la Constitución económica de 1993 es una de éstas, así como sus efectos y alcances. Luego, pasaremos a explicar brevemente la justificación y fundamentación constitucional que permite que el TC tenga el poder de controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales y, finalmente, analizaremos los alcances de la Constitución económica como cláusula pétrea y si ésta petrificación es legítima de conformidad con el modelo de Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho del cual formamos parte.

4.1 Concepto y efectos de las cláusulas pétreas

Una cláusula pétrea es lo que el TC ha reconocido como los límites materiales expresos o implícitos a la reforma constitucional. En ese sentido, una ley que modifique una cláusula pétrea de la Constitución sería una ley de reforma constitucional inconstitucional (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2002). En palabras de Landa:

Sobre los límites materiales implícitos se puede señalar, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de

su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la <<aniquilación>> de la Constitución misma. Tales son los casos, verbigracia, de los principios referidos a la dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución), el principio de soberanía del pueblo (artículo 54° de la Constitución), los principios de la Constitución económica (artículo 58° de la Constitución)¹, la forma republicana de gobierno y, en general, el régimen político y la forma de Estado (artículo 43° de la Constitución) (LANDA 2006: 452).

En ese sentido, una cláusula pétrea será aquella que no puede ser modificada por ningún medio, incluyendo la reforma constitucional. Los efectos de una cláusula pétrea serán que dicha cláusula no sea susceptible de modificación. No obstante, ¿cuál es el alcance de los efectos de una cláusula pétrea? ¿es aplicable a todo tipo de reforma constitucional? Según Bachof: “Una ley de reforma constitucional puede contravenir desde un punto de vista formal o material las disposiciones de la Constitución formal” (BACHOF 2008: 56). Nótese que hace referencia exclusivamente a las leyes de reforma constitucional, pero ¿qué ocurre con las reformas totales a la Constitución?

Los límites a la reforma constitucional sólo son aplicables a los procedimientos de reforma parcial, toda vez que la reforma total no sería propiamente una reforma, sino una sustitución constitucional. En ese sentido, a la reforma total de la Constitución no le serían aplicables los límites materiales o formales aplicables a la reforma constitucional (PÉREZ CASAVARDE 2015: 550-552). En ese sentido, Omar Sar explica que la formas en las que el pueblo participa de los procesos de reforma constitucional son distintas:

(...) el pueblo puede participar en el proceso de reforma de dos modos distintos, como poder constituido o como poder constituyente, en la primera hipótesis participa en ejercicio de una facultad reglada por la propia Constitución mientras que en el segundo caso no posee más limitaciones que las que él mismo pudiera fijarse (SAR 2012: 147).

¹ Cabe resaltar que Landa hace referencia exclusivamente al artículo 58° de la Constitución cuando se refiere a la petrificación de los principios de la Constitución Económica. Esto es importante y se analizará en su momento, toda vez que el principio de subsidiariedad se encuentra regulado en el artículo 60° de la Constitución y no es posible que este principio se desprenda del artículo 58°.

Ahora bien, si bien las cláusulas pétreas sólo suponen límites a las leyes de reforma constitucional parciales, lo cierto es que, al no existir mecanismos formales de sustitución total de la Constitución en tanto no hay norma alguna que los regule (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2002), resultaría prácticamente imposible realizar una sustitución total ordinaria de la Constitución sin recurrir a leyes de reforma constitucional (a menos que se convoque a una nueva Asamblea Constituyente, inclusive tomando en cuenta que no existe norma alguna que la regule) (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2002). En ese sentido, el único canal claro, válido y regulado para modificar la Constitución es el que corresponde a las leyes de reforma constitucional, que, tal y como hemos visto, están limitadas por las cláusulas pétreas. Esta limitación a las leyes de reforma constitucional supone un menoscabo a las libertades políticas de los ciudadanos de decidir democráticamente las reglas del país en el cual desean vivir, tal y como veremos más adelante.

A continuación analizaremos cuales serían los extremos de la Constitución Económica que habrían sido petrificados de conformidad con la jurisprudencia del TC. Luego, someteremos la petrificación de la Constitución a un análisis de legitimidad de conformidad con los valores de nuestro Estado Constitucional y democrático de derecho.

4.2 Los alcances de la petrificación de la Constitución económica

Ha sido el propio TC el que ha petrificado la Constitución económica, sentenciando que el núcleo duro de la Constitución es aquella que contiene: “(...) los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2002). Siendo que la Constitución económica forma parte del núcleo duro de la Constitución, por cuanto ese núcleo incluye los presupuestos básicos de la organización económica de la nación, ésta no es susceptible de reforma constitucional.

Por otro lado, el TC no es claro sobre si la petrificación de la cláusula alcanza a todo el capítulo de la Constitución Económica o si sólo es aplicable a los elementos más esenciales de la misma. Se podría argumentar que la petrificación alcanza a todo el

Capítulo I del Título III, toda vez que esta sección, que comprende a los artículos 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65, está titulada “PRINCIPIOS GENERALES” del “RÉGIMEN ECONÓMICO” y la sentencia dice que la petrificación es respecto de los presupuestos básicos de la organización económica que dan fundamento a la Constitución.

No obstante, la petrificación de los contenidos materiales inmodificables de la Constitución es una técnica excepcional, que no debería interpretarse en sentido extensivo sino, por el contrario, en sentido restrictivo, por cuanto es una limitación al principio de libre configuración legal del legislador (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2005), que no sólo permite la defensa de las competencias constitucionales del Poder Legislativo, sino que también, a través de éstas, se protegen las libertades políticas de los ciudadanos de organizarse, elegir y ser elegidos con la vocación de decidir cuáles son las reglas que deberán regir la sociedad en la que viven. En ese sentido, la interpretación de Landa es que el único elemento de la Constitución Económica que ha sido petrificado por la sentencia en cuestión es el artículo 58° (LANDA 2006: 452) que consagra el reconocimiento de la libre iniciativa privada y que el modelo económico de la Constitución es el propio de una economía social de mercado.

Dicha interpretación es compatible con la posición de Domingo García Belaúnde, quien señala que las cláusulas pétreas no sólo son excepcionales, sino que es discutible, inclusive, plantear la petrificación de un extremo de la Constitución en caso la misma no haya establecido expresamente que hay un contenido pétreo dentro de la misma. En palabras de García Belaúnde:

Dentro de esta actividad, problema importante es el relacionado con los límites de toda reforma constitucional. Lo ideal es que éstos no existen o existan en grado muy pequeño y de preferencia, de manera expresa o sea con cláusulas realmente existentes. Pero todo se complica cuando al no existir límites materiales expresos, se postula la existencia de límites materiales implícitos, que no son otra cosa que una creación ideológica cercana al Derecho Natural, imposible de controlar y que además puede cambiar en el tiempo. En realidad, si el constituyente no puso límites materiales expresos es fácil llegar a la conclusión de que no tuvo interés en ellos ni menos aún pretendía hacerlo, pues si hubiera sido ese su deseo lo hubiera hecho (GARCÍA BELAUNDE 2006: 1195).

En ese sentido, podemos concluir que, si bien es debatible si debemos considerar como cláusula pétrea o no al artículo 58° de la Constitución Económica, el cual establece principios básicos mínimos del orden público económico, es inadmisibles plantear que todo el capítulo de principios generales económicos de la Constitución de 1993 ha sido petrificado por la jurisprudencia del TC. Esto en tanto la petrificación de las cláusulas de la Constitución debe entenderse como un recurso extraordinario y excepcional.

Ahora bien, cabe decir que la sola petrificación del artículo 58° de la Constitución de 1993, no bastaría para determinar que la Constitución Económica está petrificando un modelo de desarrollo; por cuanto, no se puede desprender del artículo 58° la institucionalización de un enfoque de desarrollo específico. En ese sentido, a nuestro entender, la interpretación legítima de la incorporación de una cláusula pétrea económica es aquella que se limite a canonizar el artículo 58°. Por otro lado, si se interpretara que la petrificación correspondiente alcanza a todo el capítulo de principios generales (incluyendo el principio de subsidiariedad del artículo 60° de la Constitución) entonces estaríamos ante una petrificación ilegítima e inconstitucional.

De todos modos, nuestra posición parte de que cualquier petrificación a cualquier extremo de la Constitución Económica es ilegítima en tanto la misma constituiría un veto a las libertades políticas de los ciudadanos para organizarse y cambiar las reglas económicas que rigen el país en el cual viven. En ese sentido, si bien consideramos que la petrificación del artículo 58° de la Constitución Económica es menos gravosa que la petrificación de todo el capítulo de principios generales; eso no cambia el hecho que la sola petrificación del artículo 58°, de por sí, ya es un atentado contra los principios democráticos sobre los que subyace nuestro modelo de Estado Constitucional de Derecho tal y como veremos en la siguiente y última sección del presente artículo.

4.3 La legitimidad de la petrificación de la Constitución económica

El TC ha establecido que la Constitución Económica es pétrea e inmodificable, no obstante ¿con qué legitimidad se puede determinar que la Constitución económica puede estar petrificada? Si en lo que respecta al sistema democrático y republicano de gobierno, ya podría ser discutible que, acudiendo a métodos democráticos, no sea

factible modificar éstas cláusulas de la Constitución, con mayor motivo es cuestionable que se petrifique un aspecto tan trascendente de la vida política como es la regulación constitucional de la vida económica de la nación. Más aún en un Estado Constitucional de Derecho en el que se reconoce la vigencia del principio democrático y del pluralismo político como un valor consustancial de la democracia constitucional (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2006).

En ese sentido, cabe preguntarnos: ¿no somos libres los ciudadanos de organizarnos políticamente para procurar la reforma del capítulo económico de la Constitución? ¿Por qué no sería legítimo que en ejercicio de nuestros derechos civiles y políticos demandemos una reforma del capítulo económico de la Constitución? Y es que, efectivamente, tal y como están dadas las cosas, no sería factible, por ejemplo, plantear una reforma constitucional para restaurar el capítulo económico de la Constitución de 1979 porque nos está vetado modificar la referida cláusula pétrea.

De la misma opinión es Cairo, quien señala que los pueblos no pueden verse imposibilitados de modificar la Constitución que rige a la comunidad de la cual sus ciudadanos son parte:

Desde la perspectiva de Sieyés, los miembros de una sociedad política pueden modificar la Constitución que ellos mismos han aprobado, porque ‘una nación no puede alienarse, ni prohibirse el derecho de querer algo; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho de cambiarla si su interés lo exige’ (CAIRO 2010: 11).

Cabe precisar que la perspectiva de Sieyés a la que Cairo hace referencia en su texto es la propia de uno de los pensadores y promotores de la revolución francesa. El mismo que es uno de los teóricos más importantes en la reflexión sobre el poder constituyente y los poderes constituidos. En palabras de Cairo: “La teoría del Poder Constituyente elaborada por Sieyes es parte del sustento de la Revolución Francesa, un movimiento social y político que condujo al establecimiento del sistema democrático constitucional” (CAIRO 2010: 12).

En esa línea de ideas, cabe destacar que la petrificación de aspectos constitucionales tan políticos como lo es el modelo económico de la nación o el enfoque de desarrollo que a través del mismo se canoniza, es un acto profundamente antidemocrático. Esto es así, por cuanto, en estricto, los llamados límites materiales que se reconocen en una Constitución o cláusulas pétreas buscan excluir del debate público aquellas cláusulas que son canonizadas:

Se configurarán de este modo zonas exentas a la discusión social y a la acción de cualquier poder constituido, incluido, naturalmente, el poder de reforma, y que son las que, jurídicamente, se materializan en las cláusulas de intangibilidad o límites explícitos de la reforma (De Vega 1999: 254).

Por estos motivos, es que De Vega sentencia que lo que en verdad se esconde detrás de muchas cláusulas pétreas es una subyacente debilidad institucional de aquello que se pretende petrificar o la falta de respaldo en la opinión pública de un aspecto político determinado sobre el cual no se quieren cuestionamientos:

Con lo cual, lo que se vendría a indicar es que los límites explícitos para lo que sirven, en la mayoría de los casos, es para poner de manifiesto debilidades políticas e institucionales graves. Cuando un régimen se encuentra lo suficientemente respaldado por la opinión pública, se ha dicho, no necesita apelar al artificioso procedimiento de las cláusulas de intangibilidad (De Vega 1999: 248).

No cabe duda que es necesario desarrollar instituciones sólidas en el Perú e institucionalizar las políticas públicas que vamos desarrollando con el tiempo. Sin embargo, no hay justificación para que se use el derecho de esta forma. La institucionalización de las políticas públicas en ningún caso (salvo en materia de protección de derechos humanos y derechos fundamentales) puede justificar que se menoscabe la democracia ni que se afecten los derechos civiles y políticos de los ciudadanos para organizarse y participar en política. Y es que, el establecimiento de una cláusula pétrea con respecto al modelo económico sustrae del debate público un elemento esencial que configura las principales diferencias de pensamiento entre los grupos políticos e ideológicos: las ideas de política económica.

La defensa del pluralismo político es un elemento consustancial del principio democrático, elemento articulador del Estado Social y Democrático de Derecho. Y es que, el principio democrático se consolida a través de la participación directa del pueblo en los asuntos públicos:

Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2006).

De conformidad con lo antes expresado, la petrificación de la Constitución económica, sea parcial o total, estaría quitándonos el derecho de decidir libremente asuntos públicos tan trascendentes como la pertinencia o no de modificar el contenido de dichas disposiciones. Y es que este derecho a la participación y decisión sobre asuntos públicos es tanto un derecho fundamental como un derecho humano, reconocido en el artículo 31° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 25° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consecuentemente, nos enfrentamos a una paradoja constitucional que amerita, cuando menos, una reflexión para el constitucionalismo peruano. ¿Puede plantearse la petrificación de una disposición constitucional aún en contravención de un derecho humano? Lo que correspondería en este caso, es un debate constitucional y quizá la aplicación de un test de proporcionalidad. El problema reside en que, teóricamente, una disposición constitucional pétrea no puede ser relativizada ni derogada, por lo que éste debate sería inútil. He allí, pues, la gravedad de la petrificación de la cláusula antes indicada: el principio por el cual en el Estado Constitucional de Derecho no existe territorio liberado del control de constitucionalidad estaría relativizado por esta cláusula pétrea.

Como podemos apreciar, la petrificación de una cláusula de la Constitución no es un acto inofensivo que puede pasar desapercibido (como ocurrió en el momento en el que se dictó la sentencia del TC que estableció ese planteamiento), sino que constituye un

acto profundamente antidemocrático que puede suponer la vulneración sistemática del derecho fundamental a la participación política, tanto de forma abstracta como subjetiva en caso algún movimiento político asuma la intención de modificar la Constitución Económica en el marco de las elecciones generales². Lo antes descrito, inclusive, podría configurarse como un estado de cosas inconstitucional. Por lo antes referido, podemos concluir tres cosas: (i) en primer término, no debería aceptarse de modo alguno una interpretación extensiva de la petrificación de la Constitución Económica, (ii) en segundo lugar, cada vez que el TC plantee la petrificación de algún elemento de la Constitución se deberá hacer un análisis exhaustivo de si lo anterior es totalmente necesario y si no habrá afectación a ningún derecho fundamental de modo alguno, y (iii) el TC debería reconsiderar la jurisprudencia a través de la cual petrificó el contenido de la Constitución Económica, por cuanto la misma es lesiva del derecho fundamental a la participación política y contraviene tanto el principio democrático como el pluralismo político propios de un Estado Constitucional de Derecho.

Que el presente ensayo sirva como un pequeño aporte para poner en discusión este tema, que a pesar de su gran importancia, no ha generado el debate que, en su momento, debió haber generado.

5. A modo de conclusión

El desarrollo es un concepto indeterminado que plasma la visión de país que posee quien lo emplea, influido por sus propias convicciones políticas e ideológicas. Una definición pacífica de desarrollo puede ser entenderlo como un discurso históricamente situado sobre cómo lograr el progreso o la modernidad para un país. Este discurso suele ser adoptado e institucionalizado dentro de cada país a través de diversas fórmulas legales (formales) o sociales (informales).

² Cabe decir que lo propio ya se dio en el caso de Gregorio Santos, candidato a la Presidencia de la República, quien planteó reformar la Constitución Política del Perú por las limitaciones económicas que según su postura, nuestra Carta Fundamental impone. Ciertamente, lo que el candidato en su momento seguramente ignoraba, es que la petrificación de la Constitución Económica habría hecho que su propuesta sea inviable políticamente. Al respecto, resulta pertinente preguntarnos si Gregorio Santos y sus electores deberían tener o no el derecho de organizarse políticamente para procurar fines como los antes descritos. Lo cierto es que en una democracia liberal, independientemente de si coincidamos con él o no, no tendríamos por qué cuestionar la legitimidad de un proyecto político semejante.

Las instituciones, desde la perspectiva de la teoría de la nueva economía institucional, desarrollada por North, son reglas de juego formales e informales que limitan la actuación de las personas en una determinada sociedad. Mientras que las reglas de juego informales están referidas al comportamiento y/o a las costumbres de las personas que influyen en su actuar cotidiano, las reglas de juego formales son las normas que rigen en una determinada sociedad. Estas instituciones tienen efectos sobre la economía de los países por cuanto también influyen sobre sus actores económicos y condicionan sus actividades.

Un determinado discurso sobre el desarrollo puede convertirse en una institución a través del derecho, que jugará un papel crucial en ese sentido. Así pues, un enfoque de desarrollo puede normalizarse o canonizarse constitucionalmente y, de este modo, convertirse en una institución que tiene efectos sobre la actuación de los ciudadanos, entendidos como jugadores en el marco de la vida social de un país. En ese sentido, la Constitucionalización de un modelo de desarrollo puede convertirlo en una institución formal.

En el caso peruano, la Constitución económica de 1993 contribuye a la institucionalización de un modelo de desarrollo economicista neoclásico que privilegia el rol de los mercados en la economía por sobre la actuación de los poderes públicos. El modelo de desarrollo que establece la Constitución de 1993 difiere frontalmente del modelo de la Constitución de 1979, por cuanto canoniza la libre iniciativa privada y el principio de subsidiaridad frente a un ausente principio de solidaridad.

El TC ha petrificado la Constitución económica de 1993, haciendo imposible que a través de la actividad política, los ciudadanos puedan organizarse para ejercer sus derechos en el sentido de modificar su contenido. Si bien es cierto que el TC no ha especificado si su jurisprudencia estaría petrificando el artículo 58° o todo el capítulo de principios generales económicos de la Carta Política de 1993; de todos modos, la petrificación de cualquier extremo de la Constitución económica supondría un menoscabo contra las libertades políticas de los ciudadanos para efectos de organizarse colectivamente y cambiar su contenido válidamente.

La petrificación de la Constitución Económica no es legítima en términos constitucionales, por cuanto a través de la misma se configuran instituciones aisladas del debate público. En ese sentido, la petrificación de un elemento de la vida política tan trascendente como es el modelo económico o el discurso sobre el desarrollo que estas disposiciones constitucionales tienen implícito, supone un menoscabo a la calidad de la democracia, al pluralismo político y a los derechos civiles y políticos de los ciudadanos.

Bibliografía

ARIÑO ORTIZ, Gaspar

1999 Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública y Regulación Económica. Granada: Comares.

BACHOF, Otto

2008 ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Lima: Palestra Editores.

BÁRCENA, Alicia

2012 “Cambio estructural para el Desarrollo”. En: Cambio estructural para la igualdad: Una visión integrada del desarrollo. Santiago de Chile: CEPAL. Disponible en URL: <http://www.cepal.org/pses34/noticias/documentosdetrabajo/4/47424/2012-SES-34-Cambio_estructural.pdf>.

BULLARD, Alfredo

2011 El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. En: Revista de Derecho Administrativo N° 10, Lima, pp. 199-209.

CAIRO, José Omar

2010 EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Cuaderno de Trabajo N° 17. Lima: Departamento Académico de Derecho.

CHAMBERS, Robert

2004 Ideas for development – Reflecting forwards. IDS working paper 238.
Disponibile en URL:
<<https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/669/Wp238.pdf>>.

CHAVANCE, Bernard

2009 Institutional Economics. Nueva York: Routledge.

CONTRERAS, Carlos

2009 “La idea del desarrollo económico en el Perú del siglo XX”. En: Gonzales de Olarte, Efraín e Iguñiz Echeverría, Javier (compiladores). Desarrollo económico y bienestar. Homenaje a Máximo Vega-Centeno. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 55-81.

DE RIVERO, Oswaldo

2014 El mito del desarrollo y la crisis de la civilización. Cuarta edición. Lima: FCE, pp. 90-111.

DE VEGA, Pedro

1999 LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA PROBLEMÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE. Madrid: Editorial Tecnos.

EYZAGUIRRE, Hugo (editor)

2007 Institucionalidad y desarrollo. La reforma institucional y la experiencia chilena. Lima: UPC. 2007. Pp. 71-97.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

2006 Sobre el control de la reforma constitucional. En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller. Lima: Palestra Editores, pp. 1181-1200.

GHEZZI, Piero & GALLARDO, José

2013 Qué se puede hacer con el Perú. Ideas para sostener el crecimiento económico en el largo plazo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, Universidad del Pacífico.

GROENEWEGEN, John & SPITHOVEN, Antoon & VAN DEN BERG, Annette
2010 Institutional Economics. An Introduction. Nueva York: Palgrave Macmillan.

HUAPAYA, Mario & TERRAZOS, Juana

2008 Principio de Subsidiariedad: Consideraciones Respecto a la Aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del D. Leg. N° 1044 en Materia de Actividad Empresarial del Estado. En: Revista Derecho y Sociedad N° 31, Lima, pp. 277-284.

INDECOPI

2010 Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, Aprobada el 29 de Noviembre de 2010

2010 Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI, Aprobada el 14 de Setiembre de 2010.

KRESALJA, Baldo & OCHOA, César

2012 EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993. Lima: Fondo Editorial PUCP.

LANDA, César

2006 CONSTITUCIÓN Y FUENTES DEL DERECHO. Lima: Editorial Palestra Editores.

MARTIN TIRADO, Richard

2002 Análisis de la “función normativa” de los Organismos Reguladores. En: Revista IUS ET VERITAS N° 24, año 12. Lima, p. 97.

NACIONES UNIDAS

2013 OBJETIVOS DEL MILENIO. INFORME 2012. Nueva York: Naciones Unidas.

NORTH, Douglass

2012 INSTITUCIONES, CAMBIO INSTITUCIONAL Y DESEMPEÑO. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

NUSSBAUM, Martha

2011 Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano.

OCAMPO MENESES, Heidy

2007 La Nueva Economía Institucional: Lógicas operativas, supuestos teóricos y análisis empírico. En: BASABE, Santiago (compilador). INSTITUCIONES E INSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA. Quito: Editorial del Centro de Investigaciones de Política y Economía [CIPEC], pp. 141-172.

ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel

2007 “Nueva Economía Institucional, psicología social y economía de mercado”. En: EYZAGUIRRE, Hugo (editor). Institucionalidad y desarrollo. La reforma institucional y la experiencia chilena. Lima: UPC. 2007, pp. 89-97.

PÉREZ CASAVARDE, Efraín

2015 DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. Tomo I. Lima: Editorial Adrus.

ROS, Jaime

2004 LA TEORÍA DEL DESARROLLO Y LA ECONOMÍA DEL CRECIMIENTO. México DF: Fondo de Cultura Económica.

RUBIO CORREA, Marcial

2014 EL LEGADO VIGENTE DE LOS VIEJOS LIBERALES POLÍTICOS. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SAR, Omar

2012 REFORMA CONSTITUCIONAL. Un proceso recurrente a lo largo de nuestra historia. Lima: Editorial Adrus.

SCHULDT, Jürgen

2012 Desarrollo a escala humana y de la naturaleza. Lima: Universidad Pacífico, pp. 59-87

SEN, Amartya

2009 La idea de la justicia. Madrid: Editorial Taurus.

2007 Primero la gente: una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado. Barcelona: Ediciones Deusto.

2000 Desarrollo y libertad. Buenos Aires: Editorial Planeta.

SEN, Amartya & KLIKBERG, Bernardo

2007 “¿Por qué la cultura es clave para el desarrollo?”. En: Primero la gente: Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado. Barcelona: Ediciones Deusto, pp: 263-286.

STIGLITZ, Joseph & SEN, Amartya & FITOUSSI, Jean-Paul

2013 Medir nuestras vidas: las limitaciones del PIB como indicador de progreso: el informe de la comisión sobre la mediación de las actividades económicas y el progreso social. Barcelona: RBA.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2002 Sentencia recaída en el Expediente N° 00014-2002-AI/TC, publicada el 21 de Enero de 2002.

2003 Sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI/TC, publicada el 11 de Noviembre de 2003.

2005 Sentencia recaída en el Expediente N° 01417-2005-AA/TC, publicada el 8 de Julio de 2005.

2006 Sentencia recaída en el Expediente N° 00030-2005-AI/TC, publicada el 2 de Febrero de 2006.

URIBE, Consuelo

2008 UN MODELO PARA ARMAR. Teorías y conceptos de desarrollo. Lima: Fondo Editorial PUCP.

VEGA-CENTENO, Máximo

2003 El desarrollo esquivo. Intentos y logros parciales de transformaciones económicas y tecnológicas en el Perú (1970-2000). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

VILLACORTA, Alberto

2003 LOS LÍMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. Lima: Editorial Grijley.

