



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

TÍTULO:

**EL ESTADO DE EMERGENCIA COMO SUPUESTO PARA LA
INTERVENCIÓN DEL PODER EJECUTIVO EN LA ECONOMÍA SIN
AUTORIZACIÓN DEL CONGRESO, EN BASE A LA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

AUTOR:

CORNEJO AGUAYO, FAVIO BRUNO

ASESOR:

DR. SALAZAR SOPLAPUCO, JORGE LUIS

Cajamarca, Perú, octubre del 2022

II

A:

Los que siempre confían en mí, mi familia.

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIACIONES.....	V
GLOSARIO.....	VI
RESUMEN	VII
ABSTRACT.....	IX
INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I.....	3
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	3
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	4
1.4. DELIMITACIÓN.....	5
1.4.1. Espacial.....	5
1.4.2. Temporal	6
1.5. LIMITACIONES	6
1.6. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	6
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	6
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	7
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	8
1.7. HIPÓTESIS.....	9
1.8. OBJETIVOS.....	9
1.8.1. Objetivo general	9
1.8.2. Objetivos específicos.....	9
1.9. MÉTODOS.....	11
1.9.1. Genéricos.....	11
1.9.2. Propios del Derecho.....	12
1.10. TÉCNICAS.....	14
1.10.1. Técnicas de investigación	14
1.10.2. Instrumentos de investigación	15
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN	16
2. CAPÍTULO II:.....	19
MARCO TEÓRICO	19
2.1. PARADIGMAS DEL DERECHO Y EL ESTADO	19
2.1.1. Iusnaturalismo	19

IV

2.1.2.	Positivismo	21
2.1.3.	Neoconstitucionalismo.....	22
2.1.4.	Teoría del Estado	24
2.1.5.	Interpretación constitucional	27
2.2.	ASPECTOS TEÓRICOS RESPECTO A LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO	30
2.2.1.	Constitución económica.....	30
2.2.2.	Supuestos en un estado social y democrático de derecho	32
2.2.3.	Economía social de mercado	33
2.2.4.	Principio de subsidiariedad	37
2.2.5.	Alternativas a la subsidiariedad económica del Estado	44
2.2.6.	Regímenes de excepción.....	50
2.2.7.	Alto interés público y manifiesta conveniencia nacional	53
2.2.8.	Seguridad jurídica	55
2.2.9.	Derechos fundamentales relacionados al régimen económico	57
2.2.10.	Derecho comparado respecto a la intervención económica estatal	63
2.3.	ASPECTOS NORMATIVOS	65
3.	CAPÍTULO III:.....	68
	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	68
3.1.	CONTEXTO DEL ÚLTIMO ESTADO DE EMERGENCIA A RAÍZ DEL COVID-19 Y LOS PROBLEMAS ECONÓMICOS A CONSECUENCIA DEL MISMO	69
3.2.	MATERIALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO COMO FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL ESTADO	79
3.3.	LA SATISFACCIÓN DEL ALTO INTERÉS PÚBLICO Y MANIFIESTA CONVENIENCIA NACIONAL, EN ESTADOS DE EMERGENCIA Y SU RELACIÓN CON LA ECONOMÍA.....	87
3.4.	DERECHOS FUNDAMENTALES QUE MEREcen PROTECCIÓN EN UN EVENTUAL ESTADO DE EMERGENCIA QUE AFECTE LA ECONOMÍA	89
3.5.	SEGURIDAD JURÍDICA EN LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA ECONÓMICA, EN ESTADOS DE EMERGENCIA.....	94
3.6.	APRECIACIONES FINALES	98
4.	CAPÍTULO IV:.....	101
5.	PROPUESTA NORMATIVA	101
	CONCLUSIONES.....	105
	RECOMENDACIONES.....	107
	LISTA DE REFERENCIAS.....	108

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.	:	Artículo de un determinado cuerpo normativo.
C.P.P.	:	Constitución Política del Perú.
CONFIEP	:	Confederación nacional de instituciones empresariales privadas.
Exp.	:	Expediente.
INEI	:	Instituto Nacional de Estadística e Informática.
INDECOPI	:	Instituto Nacional de Defensa de la competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
Sent.	:	Sentencia.
TC	:	Tribunal Constitucional.
PJ	:	Poder Judicial.
UNC	:	Universidad Nacional de Cajamarca.
DU	:	Decreto de Urgencia.

GLOSARIO

Constitución económica: Hace referencia a la sección de la Constitución Política de un Estado que regulan el régimen económico y los parámetros para la intervención del estado en el mercado.

Subsidiariedad: Principio de competencia que indicará habilitación para actuar en determinadas circunstancias, en esta investigación estará referida al principio de subsidiariedad económica del Estado.

RESUMEN

A partir de la última emergencia sanitaria por Covid-19 que atravesó el mundo, se generaron otras crisis, como las económicas; este tipo de emergencias tuvieron que ser afrontadas con intervención parcial del Estado en la actividad económica, el uso de esta figura jurídica genera debate, tanto formal, respecto a los procedimientos, como material, sobre las herramientas usadas por el Estado para el control de la crisis económica, ello generó serios malentendidos tanto entre políticos y ciudadanos, que finalmente fueron los más perjudicados pues se vieron vulnerados diversos derechos fundamentales.

En tal sentido, esta investigación tiene por finalidad determinar los fundamentos jurídicos en el contexto de un estado de emergencia para la intervención del Poder Ejecutivo en el ámbito económico, sin autorización del Congreso, en base al principio de subsidiariedad, mismos que se precisan en nuestra hipótesis y responden al modelo de economía social de mercado, la satisfacción del alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, protección de derechos fundamentales y seguridad jurídica en el ámbito económico; mismos que se sustentarán y demostrarán en el Capítulo III de la presente tesis.

Finalmente, bajo este contexto, y poniendo en evidencia las dificultades que presenta la actual redacción constitucional respecto al tema, esta tesis plantea como alternativa al problema una propuesta normativa, como salida a la rápida intervención del Estado en momentos de crisis económicas.

VIII

Palabras clave: Constitución económica, modelo de economía social de mercado, alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, principio de subsidiariedad económica, estado de emergencia, intervención estatal.

ABSTRACT

From the last health emergency by Covid-19 that crossed the world, other crises were generated, such as economic ones; This type of emergency had to be faced with partial intervention of the State in economic matters, the use of this legal figure generates debate, both formal, regarding the procedures, and material, on the tools used by the State to control the crisis economic, this generated serious misunderstandings both between politicians and citizens, who were ultimately the most affected because various fundamental rights were violated.

In this sense, this research aims to determine the legal foundations in the context of a state of emergency for the intervention of the Executive Power in the economic field, without authorization from Congress, based on the principle of subsidiarity, which are specified in our hypothesis. And respond to the social market economy model, the satisfaction of the high public interest and manifest national convenience, protection of fundamental rights and legal certainty in the economic field; which will be supported and demonstrated in Chapter III of this thesis.

Finally, under this context, and highlighting the difficulties presented by the current constitutional wording on the subject, this thesis proposes a normative proposal as an alternative to the problem, as a way out of the rapid intervention of the State in times of economic crisis.

Keywords: Economic constitution, social market economy model, high public interest and manifest national convenience, principle of economic subsidiarity, state of emergency, state intervention.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993, tiene fuertes influencias de carácter liberal, por lo que la intervención del Estado en materia económica es como bien lo señala la propia Constitución un aspecto subsidiario. Este aspecto por años generó cierta afección en momentos donde la economía se veía afectada y ante la imposibilidad que tiene el Estado de control inmediato, muchos derechos fundamentales se veían afectados. Para poder ejemplificar lo mencionado hemos tomado en cuenta la última crisis sanitaria originada por el virus del Covid-19, epidemia que trajo como consecuencias graves problemas económicos, teniendo como principales el desempleo, el excesivo costo de la canasta familiar, subida de precios a productos necesarios para el control de la pandemia, entre otros.

Teniendo enmarcada la problemática, la presente investigación busca descubrir cuáles serían los fundamentos jurídicos necesarios para que el Estado, en este caso el Poder Ejecutivo, pueda intervenir en la economía, ello sin la autorización del Congreso de la República, en base a la aplicación del principio de subsidiariedad en estado de emergencia. Es decir buscar una salida para la rápida intervención técnica del Estado en materia económica, cuando las circunstancias de emergencia así lo exijan.

De manera concreta, esta tesis sostiene que aquellos fundamentos jurídicos que admiten esta intervención serían los de materializar el modelo de economía social de mercado, modelo económico que establece la Constitución, otro fundamento sería la satisfacción del alto interés público y manifiesta

conveniencia nacional, mismo fundamento que se exige para aplicar regímenes de excepción, el siguiente fundamento es el de la protección de derechos fundamentales, tales como la dignidad, la vida la salud y el bienestar y por último el fundamento de tener una normatividad que brinde seguridad jurídica, en esencia tener reglas claras, tanto para beneficio de los empresarios como para los consumidores y sociedad en general.

De esta forma, esta tesis será defendida ofreciendo una contextualización del problema existente, tomando como referencia el último episodio de crisis económica que soporto el país a causa de la pandemia por el Covid-19, tomando como referencia ello identificaremos aquella relación que tienen estos problemas económicos con los estados de emergencia. Una vez planteado ello, será menester establecer el rol del Estado de la mano del modelo de economía social de mercado, sin dejar de lado aquel candado normativo que es la subsidiariedad. Teniendo identificado el rol del Estado en crisis económicas y contextualizando los principales problemas económicos en el país pasaremos a identificar aquellos derechos fundamentales que serán importantes proteger ante un eventual estado de emergencia que afecte la economía. Habiendo entonces evaluado todo ello será importante identificar cuáles son aquellas falencias en la redacción actual respecto a la intervención estatal en casos de crisis económicas, tomando como objetivo la seguridad jurídica en el ámbito económico. Finalmente y ya habiendo destacado aquellas falencias, realizaremos una propuesta normativa que permita la intervención del Poder Ejecutivo en la economía sin autorización del Congreso de la República en base a la aplicación del principio de subsidiariedad en estados de emergencia.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el Perú, encontramos al principio de subsidiariedad plasmado en la Constitución, que viene siendo interpretado respecto a su extensión de aplicación, es decir si debe entenderse de manera restrictiva o extensiva, siendo esta última la más aceptable; pero cuando hablamos de las circunstancias habilitantes en las que debe ser aplicado este principio no obtenemos muchas respuestas. Aun cuando la misma Constitución indique que este será de aplicación a razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional; ello resulta bastante inexacto en discusiones congresales, pues recordemos que además la Constitución exige autorización de ley emitida por el congreso y esta autorización por ley vuelve a este principio una decisión política; ya que recordemos que el Congreso de la Republica es un ente político, que basa sus decisiones en consensos mayoritarios, que no necesariamente son justificados. Esta circunstancia ha permitido que en diversos contextos de crisis económicas, por un lado, el Poder Ejecutivo como representante del Estado, no pueda tomar decisiones concretas ni eficientes, y por otro, el sector privado no tengan la plena seguridad de cuáles son las soluciones o medidas para con ellas en estas crisis; un episodio que ha evidenciado ello es el último estado de emergencia a causa de la pandemia por COVID 19, momento en donde la emergencia si bien partió del lado sanitario trajo fuertes consecuencias en el ámbito económico, ese problema se apreció cuando muchas empresas aprovecharon de la

necesidad de la población para incrementar precios de bienes y servicios a niveles exorbitantes, sin poder el Estado intervenir de manera inmediata. Pues el Congreso de la Republica no pudo tener un consenso respecto a la intervención estatal en el ámbito económico.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos en el contexto de un estado de emergencia, para la intervención del Poder Ejecutivo en el ámbito económico sin autorización del Congreso, en base al principio de subsidiariedad?

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El interés en esta investigación parte por generar discusión doctrinaria a partir de una interpretación extensiva del principio de subsidiariedad, para determinar la existencia de circunstancias habilitantes inmediatas en momentos donde la sociedad se encuentra en una emergencia económica y por ende requiere de intervención urgente, o si de por sí la labor del legislativo en base a la literalidad de nuestra Constitución tiene el completo deber de afrontar estas situaciones; sin olvidar que esta determinación en circunstancias urgentes serán determinantes para el amparo de derechos fundamentales.

Todo ello basado en que no se ha determinado a nivel doctrinal o jurisprudencial de manera exacta cuales serían esas circunstancias habilitantes para la participación del Estado en la economía y ello ha

generado la duda o confusión de nuestros representantes políticos al momento de su actuación, generándose debates interminables que casi siempre culminan en decisiones que sobrepasan derechos fundamentales.

Lo más relevante será poner en tela de juicio la poca oportunidad del Estado para participar en la economía debido a una aplicación discutida del principio de subsidiariedad que a su vez colisiona con otros principios, derechos o intereses tal como la economía social de mercado.

Finalmente, pretendemos con esta investigación generar un aporte académico ya que se pretende establecer una reflexión y salida al problema respecto a la actuación estatal en el ámbito económico en contextos de emergencia, tomando como referencia el hecho histórico más importante de los últimos años, esto es la pandemia causada por el COVID-19.

1.4. DELIMITACIÓN

1.4.1. Espacial

El ámbito espacial está determinado por el territorio nacional, ello debido a que las figuras jurídicas que regulan la actividad económica del Estado Peruano en situaciones de emergencia, se concretan en el Perú.

1.4.2. Temporal

Respecto al ámbito temporal, este estará definido por la normatividad peruana vigente respecto a la intervención del Estado en la Economía.

1.5. LIMITACIONES

Debido a que en nuestra investigación tomaremos como referencia la última crisis económica ocasionada por la pandemia Covid-19, fue menester recolectar aquella información, sin embargo, aunque sucedieron en la realidad, por ser tan recientes, no las tenemos detalladas o documentadas.

El estudio de la subsidiariedad, intervención Estatal en la economía y la Constitución económica en el Perú, podría considerarse reciente, por lo que no existe diversidad de trabajos de investigación al respecto, eso genera por un lado la difícil recopilación de material bibliográfico y por otro, que el debate y profundidad de determinados temas en este ámbito sean reducidos.

1.6. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

Vargas (2009), menciona que la investigación básica a diferencia de la investigación aplicada, tendrán como

propósito indagar a profundidad el objeto de estudio para un uso ulterior.

Esta investigación se considera por lo tanto de carácter básica, a razón de que no busca alteración en plano fáctico, por el contrario pretende incrementar el conocimiento doctrinario, dogmático o jurídico sobre el asunto, sin una intención inmediata de aplicación, sin embargo si pretende delimitar las instituciones como subsidiariedad, estado de emergencia e intervención económica estatal de manera sistemática, con la finalidad de posterior reconocimiento constitucional.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Propositiva

En primer orden y respecto a la investigación de carácter propositivo, tenemos que “En ellas de lo que se trata es de elaborar una propuesta de cambio, adición o supresión de alguna institución o regulación jurídica. (...) el investigador se dedica a la construcción de una propuesta que mejore las relaciones sociales.” (Tantaleán Odar, 2015, p. 16). Conforme a lo señalado y teniendo en cuenta que se pretende, en la presente investigación, proponer una nueva forma de interpretar y plantear una propuesta que mejore el entendimiento de determinadas instituciones constitucionales referidas a la intervención estatal en materia económica en

momentos de crisis como los estados de emergencia, consideramos que de acuerdo al diseño de investigación, esta tiene carácter de propositiva.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Referente a la Investigación Cualitativa, para Guerrero este tipo de investigación es: “utilizada generalmente en el análisis de las Ciencias Sociales, siendo un proceso metodológico que utiliza como herramientas datos cualitativos para comprender la vida social por medio de significados (...)” (2016, p. 2). Aunado a ello en el mismo artículo citado, Guerrero (2016) hace referencia a que la finalidad de este tipo de investigación no es la de medir si no, describir a partir de rasgos concluyentes.

Por lo tanto, en esta investigación teniendo en cuenta que se va a desmembrar el problema para explicar las cualidades en base a diversos recursos como la interpretación de legislación, doctrina y jurisprudencia; se concluye que nos encontramos ante una tesis de enfoque cualitativo.

1.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos en el contexto de un estado de emergencia para la intervención del Poder Ejecutivo en el ámbito económico sin autorización del Congreso en base al principio de subsidiariedad son:

- A. Materializar el modelo de economía social de mercado.
- B. La satisfacción del alto interés público y manifiesta conveniencia nacional.
- C. La protección de derechos fundamentales, como la dignidad del hombre, la vida, salud y el bienestar social.
- D. Generar seguridad jurídica en el ámbito económico.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo general

Establecer los fundamentos jurídicos para la intervención del Poder Ejecutivo en la economía sin autorización del Congreso, en base a la aplicación del principio de subsidiariedad en estado de emergencia.

1.8.2. Objetivos específicos

- A. Explicar la relación que existe entre el estado de emergencia y los problemas económicos.
- B. Identificar el rol estatal en el modelo de economía social de mercado; y su relación con el principio de subsidiariedad.

- C. Explicar el alcance del alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, en estados de emergencia y su relación con la economía.

- D. Identificar a la dignidad del hombre, la vida, la salud y el bienestar social como derechos fundamentales que merecen protección en un eventual estado de emergencia que afecte la economía.

- E. Determinar de qué manera, podría generarse seguridad jurídica en el ámbito económico, a partir de mejoras en la redacción constitucional respecto a la intervención del Estado en materia económica en estados de emergencia.

- F. Elaborar una propuesta de reforma constitucional que incluya como causal el alto interés público económico para declarar estado de emergencia y a su vez que esta sea la autorización al Poder Ejecutivo para la intervención en la economía sin mediar el Poder Legislativo.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Genéricos

A. Método deductivo

A partir de entender el concepto del método deductivo, encontraremos la forma en la que este método se relaciona con la presente investigación, en ese sentido Bernal afirma respecto que:

Este método de razonamiento consiste en tomar conclusiones generales para obtener explicaciones particulares. El método se inicia con el análisis de los postulados, teoremas, leyes, principios, etcétera, de aplicación universal y de comprobada validez, para aplicarlos a soluciones o hechos particulares (2006, pp. 56)

En este sentido, para esta investigación se usará este método pues a partir del análisis de la normatividad vigente peruana respecto a la intervención Estatal en la economía, reconoceremos las dificultades que se presentan en hechos particulares.

B. Método de análisis – síntesis

Para Bernal: “Este método estudia los hechos, partiendo de la descomposición del objeto de estudio en cada una de sus partes para estudiarlas en forma individual (análisis), y luego

se integran dichas partes para estudiarlas de manera holística e integral (síntesis).” (2006, p. 57)

En esta investigación, este método será el principal a usarse, toda vez que planteamos desmembrar el objeto de estudio, ello es el poder de intervención estatal, derecho constitucional económico, principio de subsidiariedad, estado de emergencia, entre otros que sean de utilidad, para luego desarrollarlas, diferenciar sus contenidos, relacionarlos para finalmente llegar a una conclusión respecto al tema, que es los fundamentos jurídicos para la intervención directa del Ejecutivo en la economía en base a la aplicación del principio de subsidiariedad en estado de emergencia.

1.9.2. Propios del Derecho

A. Método dogmático

El método dogmático jurídico podría definirse, como la “actividad realizada por los estudiosos del derecho que tiene como objetivo establecer la calificación deóntica que, en un determinado sistema jurídico, se atribuye a tipos de acciones y al que el sistema jurídico de referencia no reconoce algún valor en ningún procedimiento jurídico”. (Nuñez Vaquero, 2013, p. 3). Entendiéndose que se hará en base a este método la recolección de todo material de análisis normativo, estableciendo los contenidos cada materia que se aborde, en

ese orden de ideas, esta investigación partirá de realizar una recolección de análisis normativos relacionados a la intervención estatal en materia económica, y demás temas específicos.

B. Método argumentativo

Resultando ser pragmáticos, citaremos a Atienza (1990), quien entiende a la argumentación desde tres lugares, primero el orden formal, luego el material y por último el pragmático; respecto a este último, considera que es la forma objetiva de comprender y luego justificar al derecho. En conclusión pragmáticamente se justificará la teoría explicando razones de su existencia.

Con este breve comentario, consideramos que el método argumentativo será de vital importancia en esta investigación pues será necesario explicar por un lado razones por las que la actual normativa constitucional respecto a la intervención del Estado en la economía, resulta deficiente en la realidad, y por otro lado, explicar las razones por las que debería de modificarse la Constitución respecto al apartado mencionado.

C. Método hermenéutico

Mediante el método hermenéutico se “permite la captación plena del sentido de los textos en los diferentes contextos por

los que ha atravesado la humanidad. Interpretar una obra es descubrir (...) en virtud de su disposición, de su género y de su estilo” (Arráez; Calles y Tovar, 2006, p. 174).

Por ello creemos que la hermenéutica será ese método que a través de diferentes técnicas, pero basada en la lectura de textos, busca como fin encontrar la verdad. Ese ideal será plasmado en esta investigación por ejemplo al realizar revisión documental que analice y permita conocer distintas perspectivas de la Constitución Política del Perú vigente.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Técnicas de investigación

A. Observación de la realidad

Esta técnica nos permitirá captar detenida y ampliamente la realidad y el contexto en el que nos encontramos actualmente de manera objetiva, ello con la finalidad de contrastar la realidad con las normas constitucionales relacionadas a esta investigación.

B. Observación documental

Mediante esta técnica se revisarán documentos tanto físicos como virtuales que contengan el desarrollo teóricos de variables que serán de valor para la presente investigación.

C. Análisis y registro documental

Esta técnica permitirá no solo la recolección sino también el examen y clasificación según importancia, de cada uno de los documentos relacionados a la investigación.

D. Análisis del discurso

A partir de esta técnica se va a interpretar los discursos, que comúnmente los encontramos en documentos textuales, para interpretarlos a partir del contexto en el que se escribieron y compararlos con el contexto que en que esta investigación se desarrolla.

1.10.2. Instrumentos de investigación**A. Hojas guía de observación**

Este instrumento nos permitirá la recopilación de lo observado en la realidad, incluyendo para este caso, la relación con las normas constitucionales y la investigación.

B. Hojas guía de observación documental

El instrumento que se usará para mantener el orden al momento de la revisión documental, será de una guía de observación documental, que consta de los títulos de documentos a usar.

C. Fichas de registro de datos

Estas fichas van a contener no solo los títulos de los documentos que se empleará en la investigación sino también un breve resumen, datos de relevancia y comparación de documentos que desarrollen mismas variables.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Realizada la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, que contiene las tesis de repositorios a nivel nacional y extranjero, se han encontrado diversas investigaciones que tienen relación con la presente, así tenemos:

Al trabajo elaborado por Ugarte Carmelino, Ameth (2018), presentado ante la Pontificia Universidad Católica del Perú, para obtener el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo, titulado “¿Subsidiariedad o solidaridad? Analizando los límites impuestos a la actividad empresarial del Estado en la prestación de servicios públicos sociales y dotación de infraestructura pública.” En donde se busca analizar y evidenciar la incompleta e incorrecta regulación que el ordenamiento peruano le ha brindado a la actividad empresarial del Estado. Concluyéndose que en nuestro ordenamiento, la interpretación de la subsidiariedad ha sido entendida únicamente desde su faz económica, obviándose constantemente el principio de solidaridad y la

actividad prestacional del Estado en los sectores en los cuales la Constitución demanda al Estado un actuar prioritario.

Asimismo, encontramos a la investigación presentada por Montjoy Forti, Paul (2018), presentado ante la Universidad de Piura, para obtener el título de abogado, titulado “El principio de subsidiariedad económica en el Perú”, sin embargo esta tesis tiene por objetivo demostrar que el principio de subsidiariedad es más amplio que el artículo 60 de la Constitución Política de 1993 y que cubre también la actividad económica no empresarial del Estado.

Otra investigación es la realizada por Cruces Burga, Alberto (2020), presentado ante la Pontificia Universidad Católica del Perú, para obtener el grado de Magister en Derecho Constitucional, titulado “El ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad dentro del régimen de economía social de mercado en la Constitución de 1993” donde el propósito es proponer una interpretación constitucional que permita conjugar el principio de subsidiariedad con el régimen económico adoptado por el Perú, reconociendo las particularidades que tiene nuestra Constitución de 1993 en cuanto a las normas de contenido económico que la diferencian de otros ordenamientos.

Y por último, consideramos al trabajo elaborado por Cuba Meneses, Erick Gregory (2021), presentado ante la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para obtener el grado de Magister en Derecho de la

Empresa, titulado “El principio de subsidiariedad económica en la función social del Estado. Caso: intervención del sector público y privado en la atención del grupo social de adultos mayores en el periodo 2015-2020”, donde se estudia la interacción entre lo que doctrinariamente se denomina “función social” de la administración pública y el principio de subsidiariedad económica del artículo 60 de la Constitución peruana, con la finalidad de comprobar si el rol subsidiario del Estado es una obstrucción para el desarrollo de aquella función social.

Como se puede evidenciar, se han encontrado diversas investigaciones, que si bien guardan estrecha relación con la presente investigación, ninguno de ellos se ha planteado de manera similar o igual. Dicho de otro modo, la presente investigación tiene como objetivo “Establecer los fundamentos jurídicos para la intervención directa del Ejecutivo en la economía en base a la aplicación del principio de subsidiariedad en estado de emergencia”, y en ninguna de las investigaciones encontradas se plantea como objetivo, el que proponemos. Sin embargo, es importante destacar que las investigaciones encontradas desarrollan contenidos importantes para la presente investigación, tales como los límites a la actividad empresarial o el ámbito de aplicación del principio de subsidiariedad, por lo que será importante la revisión de estas investigaciones para plantear otros puntos de vista.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. PARADIGMAS DEL DERECHO Y EL ESTADO

2.1.1. Iusnaturalismo

Este paradigma del Derecho será de suma importancia en la presente investigación a razón de que en primer lugar cuando hablamos de la Escuela Clásica del Derecho natural nos estaremos refiriendo a que la fuente del Derecho, tal como menciona Torres (2011), es la voluntad divina, y al entender que es una norma creada por un ser supremo, esta prevalecerá por sobre cualquier norma creada por el ser humano y consecuentemente no se la contradice. Este autor además menciona y de mucho aporte a nuestra investigación que este paradigma cumple tres funciones “a) es el fundamento del Derecho positivo; b) debe inspirar el contenido del Derecho positivo, y c) debe ser tenido en cuenta en la aplicación de la ley positiva” (Torres, 2011, p. 110).

En este punto observamos, que conforme a la escuela clásica del Derecho natural, y a las funciones que se mencionan en el párrafo anterior, el análisis e interpretación de las normas en base a este paradigma, serán fundamento para una positivización en el futuro.

Por otro lado en la Escuela Racionalista del Derecho, menciona Torres (2011), las normas seguirán estando por sobre las leyes

humanas pero esta vez es el hombre quien a través de la razón descubre principios y reglas.

Esta visión del derecho, y en general el paradigma iusnaturalista será importante en nuestra investigación a razón de que nos ayudará a dilucidar la naturaleza de las normas que rigen nuestra Constitución en el ámbito de la intervención del Estado en la economía, pues entendemos que para adoptar determinado criterio tendrá que observarse si es que para la creación de estas normas se tomaron en cuenta bases fácticas, y más aún si es que su aplicación o interpretación tienen una perspectiva naturalista. En otras palabras el estudio de este paradigma aportará significativamente al momento de interpretar las normas relativas a la investigación, pues no olvidemos que en palabras de Torres (2011), el derecho natural siempre estará en armonía con la justicia. Y si es de este modo las normas siempre requieren una reestructuración o análisis de interpretación que vaya conforme a la realidad fáctica.

Es de vital importancia rescatar por último que la normativa supranacional viene siendo en las últimas décadas un reflejo de como el derecho natural ingresa al derecho positivo de una nación, pues existen derechos fundamentales naturales impuestos supranacionalmente, que por más derecho positivo nacional que exista, el primero tiene que verse reflejado en el segundo.

2.1.2. Positivismo

El positivismo es considerado por Torres (2011), como el paradigma que no admite ningún otro ordenamiento que no sea el que ha sido creado por el hombre. La más grande crítica al iusnaturalismo es el subjetivismo, y el uso de criterios vagos de justicia. Por otro lado el autor critica al positivismo pues considera que al estar el Derecho desprovisto de consideraciones valorativas, este sería el reflejo de la victoria del más fuerte.

En este punto es importante considerar que el positivismo, será por lo tanto una evaluación de mayor profundidad en el ámbito formal y no exclusivamente material. En ese sentido nuestra investigación también tendrá su cuota de análisis en dos sentidos, primero porque se analizará cómo y cuál fue el proceso de positivización de las normas constitucionales que rigen temas relativos a la subsidiariedad económica del Estado y por otro lado analizaremos el proceso que sigue el poder Legislativo para crear una ley y permitir el acceso del Estado en la economía en base al principio de subsidiariedad. Recordemos que será el congreso el único que autorice esta participación, pues así lo ha considerado la propia Constitución Política del Perú en el segundo párrafo del artículo 60.

Finalmente el análisis de este paradigma también nos permitirá observar la necesidad o no, de la regulación mucho más específica

para la intervención del Poder Ejecutivo en la economía cuando el país atraviese emergencias.

2.1.3. Neoconstitucionalismo

Según los partidarios de esta doctrina, esta surge por una conexión directa con el proceso de constitucionalización del Derecho, por lo que para ponernos en contexto, hablaremos en primer orden de la constitucionalización del Derecho, que a su vez tiene relación directa con el Estado Constitucional de Derecho, misma que en palabras de Torres (2011), será en esencia la supremacía en todo ordenamiento jurídico de la Constitución por sobre cualquier otra ley de rango inferior. Para Torres: “El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana, el respeto de su dignidad, la garantía de los derechos fundamentales, la separación y el equilibrio de poderes (...) que puedan derivarse de la Constitución” (2011, p. 1036) eso quiere decir que en un Estado con estas características será prioridad la defensa de derechos fundamentales, derivados de la Constitución, y ello esta derivado de la creación de las normas constitucionales, que para esta investigación y esta etapa será observada desde la mirada del constitucionalismo, que, “condiciona la existencia y validez del Derecho, además de la forma como es producido, a la coherencia de su contenido con los principios de justicia establecidos por la Constitución.” (Torres Vásquez, 2011, p. 1037). Vemos por lo tanto

como es que se interrelacionan el proceso de constitucionalización con el Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, habiendo hecho una somera descripción de la constitucionalización del derecho nos toca hablar sobre el neoconstitucionalismo, mismo que se desprende del anterior, por lo que podríamos mencionar que su principal característica de este paradigma, como bien menciona Benavides es: “La preocupación por la garantía de los derechos fundamentales, así como por la constitucionalización del derecho.” (2016, p. 175). El neoconstitucionalismo entonces propone continuar con los beneficios de la constitucionalización, de ese modo explica Comanducci (2010), que para entender al neoconstitucionalismo habrá que explicarlo en tres acepciones, en primer orden tenemos al neoconstitucionalismo teórico, que básicamente describirá los logros de la constitucionalización, luego tenemos al neoconstitucionalismo ideológico, que propone que por sobre cualquier poder estatal se encontraran los derechos fundamentales, y por último el neoconstitucionalismo metodológico, mismo que encuentra una estrecha obligación moral de encontrarse acorde al texto constitucional.

Del neoconstitucionalismo particularmente debe rescatarse la tendencia que tienen los teóricos del derecho en la manera en que viene interpretándose el Derecho constitucional, ello es

fundamentalmente en el respeto de derechos fundamentales por sobre cualquier otro tipo de normas o poderes. Ello nos lleva a relacionarlo directamente con la investigación, toda vez que tendrá que observarse y analizarse si los artículos relacionados a la participación directa del ejecutivo en materia económica en momentos de emergencia, tienen esa tendencia al respeto irrestricto de derechos fundamentales.

2.1.4. Teoría del Estado

El Estado en su definición más comprensible, "(...) es aquella que concibe como una colectividad humana que asentada en un territorio se gobierna autónomamente y establece sus propias normas jurídicas" (Blancas Bustamante, 2017, p. 21), esta definición podemos disgregarla, obteniendo como resultado los elementos clásicos del Estado, ellos son el pueblo, territorio y poder. Esta forma de ver el Estado está claramente delimitada por un básico elemento jurídico, o en otras palabras el marco del Estado conforme a la definición expuesta la vamos a encontrar en la Constitución política, que según Blancas (2017) será aquella norma fundamental de un Estado, que entre otras cosas establecerá la relación del Estado con las personas.

Por tanto la Constitución y el Estado están íntimamente relacionados, pues tal como menciona García (2010), no importa cuál sea la forma organizativa de una comunidad, y esto pasa en

todo el mundo, se requiere obligatoriamente de regulación jurídica, pues es la única forma de asegurar la coexistencia del ser humano. Y la base de una regulación jurídica es la Constitución; así hemos encontrado la relación entre el Estado y el Derecho.

A. Alcance de la soberanía

Un elemento esencial dentro de las características del poder que ejerce un Estado es el de la soberanía, esta va a ser entendida más que un concepto como una idea, por lo que “el poder estatal es soberano en relación con los demás entes instalados al interior de su territorio, en razón a que su voluntad es suprema, exclusiva, irresistible y esencial” (García Toma, 2010, p. 110). Esta soberanía por lo tanto nos dice García (2010), va a cargar de una virtud esencial al poder estatal, y ella será la de cuatro funciones mundialmente conocidas, estas son legislativas, ejecutivas, judiciales y de control.

B. Funciones y fin del Estado

En primer orden, nos referiremos a las funciones que tiene el Estado, en ese sentido García (2010), menciona a manera de concepto que cuando se habla de funciones se hará referencia a aquellos elementos que guardan relación entre sí, pero que además cumplen con un fin. En general serán pues todas las actividades que se utilizaran para alcanzar un

objetivo. De esta manera este autor hace un desarrollo de cuatro funciones estatales, estas son 1) Función normativa, que básicamente consiste en la creación de reglas jurídicas; 2) Función Ejecutivo-administrativa, misma que consiste en adoptar las medidas necesarias para posterior verificación en la realidad; 3) Función jurisdiccional, que consiste en la solución de conflictos de carácter jurídico; y por último 4) Función controladora, que consiste en establecer límites al poder en favor de la sociedad. Pero estas funciones que tiene el Estado como inicialmente se mencionó no han sido creadas al azar, sino para lograr objetivos, esto es una finalidad, por lo que corresponde conceptualizar los fines del Estado, que para García, estos son plurales y los divide en:

- i) El fin de la conservación del grupo social: El Estado tiene la responsabilidad de alcanzar un nivel de seguridad y defensa a favor de sus miembros. (...)
- ii) El fin de la juridificación de la vida coexistencial: El Estado tiene la responsabilidad de establecer un orden jurídico que permita definir las relaciones generales del comportamiento social; la designación de las autoridades para el ejercicio del poder y su encauzamiento dentro de los valores socialmente deseados; y asegurar el restablecimiento de la armonía y la convivencia frente a actos perturbatorios para la coexistencia.

iii) El fin del fomento del bien común: El Estado tiene la responsabilidad de establecer una comunidad que alcance su propio “bien”; vale decir, que acceda al perfeccionamiento y al bienestar mancomunado. (...) amén de alcanzar condiciones materiales de vida óptima. (2010, pp. 241)

Conocer las funciones y fines del Estado será importante en esta investigación toda vez que es necesario emitir una conclusión respecto a la participación del Estado desde el ejecutivo en materia económica, abordar todas aquellas instituciones jurídicas que participan en la elaboración de normas relativas al tema, así como también las formas en que el Estado ejerce sus funciones respecto a ello.

2.1.5. Interpretación constitucional

Actualmente la tendencia constitucionalista nos exige una mirada obligatoria a la Constitución cuando se analice cualquier tipo de norma y de cualquier rango, para el caso de esta investigación teniendo en cuenta que se analizará contenido de la misma Constitución, será un requisito fundamental hacer una revisión de la forma o formas que la doctrina invita para interpretarla. Cuando hablamos de métodos de interpretación inmediatamente recordamos que por un lado existen doctrinarios que han clasificado uno a uno los métodos tales como: lógico, histórico, sistemático, gramatical, etc.; por otro lado, tenemos autores como

Savigny quien entiende que no se deben de elegir cuál método de interpretar usar, sino más bien que son varias actividades que en conjunto logran la interpretación (Torres Vásquez, 2011, p. 577). Sin embargo considera Blancas (2017), que al tener la Constitución la característica de ser una norma fundamental, esta debe ser interpretada de manera singular, y por consiguiente establece tres principios:

- a) Principio de unidad de la Constitución: Señala que la norma constitucional debe ser interpretada como un todo, considerando que el conglomerado constitucional es una unidad.
- b) Principio de concordancia práctica: Este principio parte por la imposibilidad de sacrificar una norma constitucional, y la solución considera es la ponderación, concluyendo que se preservará ambas normas en conflicto.
- c) Principio de fuerza normativa: Se debe tener en cuenta que las normas constitucionales tienen fuerza normativa por lo tanto debe priorizarse soluciones que resguarden esta eficacia.

Tener en cuenta por lo tanto, que los clásicos métodos de interpretación no son necesariamente los indicados cuando hablamos de interpretación constitucional, como vemos la interpretación constitucional merece un tratamiento singular, por lo que para la presente investigación optaremos por estudiar e

interpretar las normas constitucionales en base a los principios antes mencionados, ellos son: unidad de la Constitución, concordancia práctica y fuerza normativa.

Por último, es importante señalar la posición del Tribunal Constitucional Peruano respecto a la interpretación constitucional; en la sentencia emblemática del caso Nesta Brero¹, en su fundamento cuarto señala que:

Los clásicos criterios de interpretación deben sumarse aquellos que permitan concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados político-sociales y político-económicos de la carta. Por ello la pertinencia en proceder, por una parte, a una interpretación institucional de sus cláusulas y, por otra, a una social.

Ello nos lleva a confirmar la idea de que la interpretación constitucional si bien tendrá que sostenerse con los criterios clásicos de interpretación, se recurrirá necesariamente a una interpretación singular en donde serán los principios que tiene como esencia la Constitución los que guiarán esta interpretación; por ello en la misma sentencia del caso Nesta Brero², fundamento quinto señala también que:

La constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...). La interpretación social

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

² Idem.

permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos.

Por lo tanto, la Constitución debe ser interpretada no como una regla cualquiera, porque se le resta la esencia de representación social que esta tiene, por el contrario al momento de realizar una interpretación constitucional, serán los principios axiológicos sociales los que servirán de guía.

2.2. ASPECTOS TEÓRICOS RESPECTO A LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO

2.2.1. Constitución económica

La Constitución es la norma fundamental de todo ordenamiento jurídico, para Blancas “la Constitución establece la organización de poderes, las competencias de estos y la posición de las personas en relación al Estado mediante el reconocimiento de sus libertades y derechos, y la garantía para su protección efectiva” (2017, p .47). Considerando entonces, que en la Constitución se plasmará la organización y competencias de los poderes, así como también el reconocimiento de las libertades de las personas, es natural que lo relacionado a lo económico, que concierne tanto poderes del Estado como libertades de las personas, también se encuentre planteado en una norma fundamental, y naturalmente en un apartado especial; esta idea es fortalecida por Kresalja y Ochoa (2016) quienes concluyen que históricamente el Estado siempre ha intervenido en la economía ya sea para una mejor eficacia en la

asignación de los recursos, como en la intervención del Estado estrictamente, siendo ello mucho más amplio que la propia regulación económica.

Históricamente, mencionan Kresalja y Ochoa (2016), que fue la Constitución Alemana de Weimar (1919), la que por primera vez da un aporte a la Constitución económica, esta Constitución de corte socialdemócrata da el primer paso a nivel mundial para que diversos países se distingan del enfoque que le darían a su economía al momento de redactar su Constitución. En otras palabras cuál sería el modelo de desarrollo que optaría cada país según le convenga y de acuerdo al régimen político en el que se encuentre. Se concluye que la Constitución económica serán esos principios que van a regir el ámbito económico de una nación, pero que dependerá siempre del modelo que opten los representantes políticos.

Respecto a la Constitución económica, el Tribunal Constitucional peruano realiza en la sentencia del caso Nesta Brero³ un análisis muy interesante, por un lado entiende que es cierto que la comunidad económica cuestione el hecho de incluir normas orientadas a establecer pautas sobre las que debe fundarse el régimen económico, en el texto constitucional, ello a razón de que

³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

el mercado debe regularse con total libertad; sin embargo dice también que esta inclusión resulta obligatoria toda vez que no se puede dejar en manos de la libertad del mercado y su eficiencia, las desigualdades sociales y económicas. En ese punto resulta pertinente resaltar la necesidad de regulación que permita establecer límites claros al mercado, pues de lo contrario sería el propio mercado que acabe con sobreponerse a derechos económicos y sociales.

2.2.2. Supuestos en un estado social y democrático de derecho

Este apartado resulta de gran importancia pues es un preludeo para desarrollar el punto de la economía social de mercado, en ese sentido optaremos por puntualizar lo que el Tribunal Constitucional peruano resalta en su sentencia respecto al caso Nesta Brero⁴; en esta sentencia se considera, que el estado social y democrático de derecho es una alternativa política que asume fundamentos liberales pero con funciones de carácter social, que en ese sentido existen supuestos fundamentales que acojan las funciones del Estado moderno, y ellas serían supuestos económicos, sociales y políticos.

- a) Supuestos económicos: este supuesto se verá representado con la economía social de mercado, y en ese sentido será el

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

bienestar social, el mercado libre y un Estado subsidiario y solidario, los elementos que caractericen la economía.

- b) Supuestos sociales: este supuesto es muy claro, pretende desterrar los intereses del sistema industrial, para sobreponer intereses se la propia sociedad.
- c) Supuestos políticos: en este supuesto destaca a la democracia como un método de organización del Estado y como mecanismo para lograr la igualdad social.

De tal manera, destacamos, que en un estado social y democrático de derecho donde los supuestos que van a caracterizar a un Estado moderno, están íntimamente relacionados con lo social, político y económico; es imperioso rescatar a la economía social de mercado, que a efectos de esta investigación, enfatizamos, es la condición del Estado social y democrático de derecho, y que va a sostener los fundamentos económicos de nuestra Constitución.

2.2.3. Economía social de mercado

En nuestro país nos regimos constitucionalmente por la Constitución de 1993, misma que fue parte de un momento histórico que atravesó el país, pues si bien la actual Constitución atravesó por un momento constituyente, el Perú se encontraba para aquel momento en una dictadura y peor aún en una crisis económica; esta breve introducción histórica es importante para reconocer que toda Constitución responde a un momento histórico.

En ese sentido, rescatamos que la Constitución peruana se encuentra elaborada con un lineamiento liberal como lo reconoce Kresalja (2010), quien al evaluar la Constitución en su conjunto concluye que la Constitución está elaborada con la finalidad de convertirse en un mero vigilante de la actividad del sector privado. Por ello es que posteriormente se entregaron casi en su totalidad las empresas públicas al sector privado, pero ello guarda relación con la pésima experiencia antes de 1990 con las empresas a manos del sector público.

Entonces bien, tenemos en un primer momento que el corte político que trata el constituyente de impregnar es el liberal, sin embargo la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 58, menciona claramente que aun cuando la iniciativa es libre (corte liberal), esta se ejercerá en una economía social de mercado; señala el mismo artículo que este será el régimen bajo el que el país se guiará.

Por un lado, tenemos, que la economía social de mercado entendida por Kresalja (2010), va a ser la combinación de dos tipos de ordenación económica, por un lado la economía libre de mercado, que deja a la persona hacer uso de su libre capacidad y el Estado simplemente hace la función de “policía” y por otro la economía dirigida o controlada de mercado, en donde será el Estado el centro de la economía ocupando los grandes centros de producción. Por lo que la economía social de mercado será ese

punto medio en donde se pretende corregir las imperfecciones de ambos tipos de ordenaciones económicas descritas; será entonces ese régimen en donde se le dará prioridad a la competencia, esta se regulará teóricamente de manera autónoma, respetando a todos los agentes que se encuentren involucrados, tanto humanos, institucionales y jurídicos. Señala por último que serán los poderes públicos quienes reprimirán aquellas actuaciones que vulneren la igualdad entre los agentes.

Por otro lado, tenemos a Cruces (2021), quien señala que la economía social de mercado además de nacer en Alemania, esta es la comunión de dos escuelas jurídico-económicas, por un lado los ordoliberales de Friburgo, que entiende que el marco estable debe ser propuesto por el Estado pero no incluye eso la participación del Estado en lo económico, la única función del Estado sería la de control de poder; por otro lado tenemos a los socio-liberales de Colonia, que señalaba al mercado como la mejor forma de asignar recursos, pero sin olvidar compensaciones para ser éticamente correctos con la sociedad. Aunada a la idea de Cruces, este cita a Álvarez (2014), quien agrega que la economía social de mercado “se inspira en parte en la Doctrina Social de la Iglesia y en una visión libertaria del ser humano por lo que incluye al principio de subsidiariedad (...) en la economía social de mercado” (como se citó en Cruces Burga, 2021, p. 53). Por lo tanto y de manera general concluye que la economía social de mercado

insta al respeto del mercado como mejor forma productiva, sin embargo no deja de lado el lado social, pues invita también al respeto de los derechos y libertades de todos los que participan en la economía.

No podemos olvidar lo mencionado por el Tribunal Constitucional respecto a la economía social de mercado, quien en la sentencia sobre el caso Nesta Brero⁵, en su fundamento número dieciséis menciona:

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. (...) se trata de un orden en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles.

Queda concluir entonces, que la economía social de mercado será aquél régimen económico que ampara la Constitución peruana donde por un lado con una visión libertaria, asegurará la competencia, pero por otro la doctrina social exigirá el progreso social en beneficio de la colectividad, sin embargo esa garantía de protección al ámbito social en la legislación peruana tendrá un claro

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

límite de la acción estatal, de ahí es que nace el principio de subsidiariedad.

2.2.4. Principio de subsidiariedad

Como bien se venía desarrollando, la Constitución política del Perú tiene corte liberal, aunque en el mismo cuerpo constitucional se le atribuya el sistema de economía social de mercado; este sistema generó claras discrepancias al momento de atribuirle actuación al Estado dentro de la economía, al respecto Kresalja y Ochoa (2020) consideran que la relación entre el Estado y el mercado ha sido siempre compleja, ello a razón de que históricamente el Estado al tener poder siempre ha influenciado la economía hacia los más ricos.

En la actualidad, nos dice Kresalja y Ochoa (2020), el desarrollo económico global ha empujado a que el Estado no intervenga en el mercado, por el contrario tratar en lo mínimo la intervención estatal, ello, como está planteado en nuestra Constitución. Sin embargo la intervención estatal en la economía será distinta dependiendo el país, pues como menciona Durand (2007), el rol del Estado en la economía variará por razones culturales y económicas, y la intervención del Estado será más severa cuando existan amplios rangos de pobreza (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 452).

Tener ese límite de intervención o no del Estado en materia económica, será tarea por lo tanto del principio de subsidiariedad, principio que para Kresalja y Ochoa (2020), se debe entender básicamente en el sentido de que la persona en uso de su libertad deberá desarrollarse en la esfera económica, y solo en casos donde el ámbito privado no pudiese o este fallase deberá intervenir el Estado. Este concepto es usado muy comúnmente en la doctrina sin embargo existen discrepancias cuando nos referimos al alcance de intervención económica estatal, así Landa (2016), hace referencia a que debe de diferenciarse entre rol del Estado en la economía y el rol del Estado en la actividad empresarial. El primero hace referencia a una intervención amplia, mientras que el segundo refiere a una intervención específicamente en el sector empresarial.

A. Interpretación restrictiva

El segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, expresa lo siguiente “solo autorizado por ley expresa el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta (...)”. De una revisión inmediata extraemos que en la Constitución establece que a la actividad a la que hace referencia expresamente es a la empresarial.

En ese sentido los autores Kresalja y Ochoa (2020) defienden esta interpretación, para ellos el ser humano en base a su

libertad, debe desarrollarse económicamente, salvo que el mercado no funcione debidamente, es entonces donde aparecerá el principio de subsidiariedad, por conclusión la libertad de empresa será la regla, y la excepción la intervención empresarial del Estado. Expresan en reiteradas ocasiones que el Estado cuando no pudiese satisfacer necesidades esenciales, puede intervenir como empresario.

A esta interpretación se agregan algunas precisiones, Kresalja y Ochoa (2020), mencionan que en base a su interpretación y revisión del artículo 60 de la Constitución, será el Congreso de la República quién se encargará de elaborar la ley que admita la participación estatal como empresa en el mercado, sin embargo mencionan, que esa decisión será de valoración política y no tecnocrática.

B. Interpretación extensiva

Esta interpretación probablemente es de las más actualizadas en el mundo del derecho económico, la podemos rescatar de lo mencionado por Cruces (2021), quien hace un análisis histórico, sistemático y hasta teleológico, llegando a la conclusión de que este principio nace en un momento histórico en el Perú, que tiene que evolucionar y que actualmente tiene un carácter sui generis, toda vez que al analizarlo de manera sistémica con demás derechos y

principios económicos de la Constitución, como la economía social de mercado, no puede, el principio de subsidiariedad, referirse únicamente a la actividad empresarial del Estado, sino a demás actividades que aporten al correcto funcionamiento de la economía.

Sin embargo, aun cuando se tenga una interpretación extensiva, “la interpretación del principio de subsidiariedad requiere una mayor reflexión en cuanto a la estructura de este principio y cómo se podría manifestar en actividades distintas a la empresarial” (Cruces, 2021, p. 152)

Por último, debemos mencionar que existen autores que hasta cierto modo se manejan en la neutralidad; Landa (2016), por ejemplo considera que siempre ha existido una interpretación negativa, es decir, se limita al Estado a participar en la economía. Y que al existir determinada falla en el mercado el principio de subsidiariedad debe de interpretarse conforme al principio de la economía social de mercado. En un primer momento menciona que esa participación será en la actividad empresarial pero agrega que el Estado tendrá la facultad de intervenir en distintas actividades, en mayor o menor medida.

C. Interpretación del Tribunal constitucional

La sentencia emblemática respecto al tema de la subsidiariedad del Estado en materia económica recae en el caso Nesta Brero⁶; en esta sentencia se hace un repaso de la Constitución económica y sus principios. Cuando se refiere a la subsidiariedad, en primer orden distingue a este principio en dos sentidos, uno vertical refiriéndose a la relación entre un ordenamiento superior y otro como local o regional; y otro horizontal, el que relaciona al Estado y la ciudadanía.

Posteriormente, se expresa en la misma sentencia que el principio de subsidiariedad está inspirada en una organización social en donde aparecerá el Estado como garante final del interés general, y será así, cuando los grupos sociales, a quienes corresponden en primer orden intervenir, no tengan los medios para hacerlo. En la misma línea de ideas, se refiere que la actuación y reconocimiento de la función estatal en la economía responde al bien común.

Respecto a cuáles son los ámbitos de intervención que están referidos al principio de subsidiariedad, en la sentencia Nesta Brero⁷, en su fundamento número veintitrés se expresa lo siguiente “(...) las acciones del Estado deben estar vinculadas

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

⁷ *Ibidem*.

al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración, 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 (...)."

Sin embargo, es cierto también que en el último párrafo donde se habla del principio de subsidiariedad, señala que este debe entenderse en conjunto con el principio de pluralismo económico, concluyendo que empresas públicas y privadas se desenvolverán bajo mismos criterios.

Entonces, el Tribunal Constitucional peruano a lo largo de esta sentencia emblemática hace referencias a la relación que existe entre el principio de subsidiariedad y la intervención estatal como empresa, sin embargo no se limitaría a ese rubro sino también a las distintas actividades que realiza el Estado en aras de la economía y bien social. Ello puede verse reflejado también, en las distintas sentencias respecto a la intervención del Estado en materia económica, tales como menciona el profesor Kresalja (2010), quien hace un recuento de sentencias, por ejemplo, la sentencia del caso Transportes Flores⁸, en donde se concluye que el Estado solamente intervendrá cuando el mercado no funcione de manera

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N°02210-2007-PA/TC, 21 de octubre del 2008.

correcta o cuando existan efectos negativos en la producción o del consumo; otra sentencia que se menciona es la sentencia del caso de la empresa de transportes Pullman Corona Real SRL⁹, en su fundamento número ocho, se señala respecto al principio de subsidiariedad que esta “(...) debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado”; del mismo modo el profesor Cruces (2020), hace mención a sentencias de amparo en donde se ve reflejado el principio de subsidiariedad económica del Estado, incluso sin que este sea mencionado explícitamente; de ello tenemos la sentencia del caso de la empresa de transportes Andrés Avelino Cáceres¹⁰, en donde en el fundamento 64 menciona que “(...) el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica cuando la colectividad y los grupos sociales (...)no están en condiciones de hacerlo ”, otra sentencia es la recaída en el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Pool EIRL¹¹, en donde respecto a la subsidiariedad se señala que, si bien el Estado se rige por este principio, es función del Estado también la de supervisar y regular, en ese sentido en el fundamento 13 señala que “(...) el Estado no es solo una

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 7320-2005-PA/TC, 23 de febrero del 2006.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 8152-2006-PA/TC, 15 de noviembre del 2007.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 5259-2006-PA/TC, 14 de agosto del 2006.

organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina en el establecimiento de las reglas de juego. (...) Por ende, el Estado actúa como regulador y propiciador de los procesos económicos”. Estas sentencias reflejan, por lo tanto, que el Tribunal Constitucional Peruano reconoce al principio de subsidiariedad económica, como un principio donde el Estado podrá intervenir no solamente en el ámbito empresarial, sino también en eventos económicos diversos donde los grupos sociales y en esencia el libre mercado no puedan resolver; ello en base a las funciones que tiene el Estado y su compromiso con la economía social de mercado.

2.2.5. Alternativas a la subsidiariedad económica del Estado

Aunque constitucionalmente la única alternativa de intervención directa o indirecta del Estado en materia económica sea a través de la aplicación del principio de subsidiariedad, tenemos que mencionar que existen alternativas que si bien no tienen el alcance del principio de subsidiariedad, funcionan parcialmente, por un lado a la creación de normativas económicas, así como a la protección del consumidor, hablamos de dos instituciones que tenemos en nuestro ordenamiento y que desarrollaremos con mayor amplitud a continuación:

A. Decretos de urgencia

Esta figura la vamos a encontrar en primer orden en nuestra Constitución en el Artículo 118 inciso 19¹², de su interpretación literal vamos a desmembrar algunos puntos, por ejemplo que a través de este tipo de decretos se dictarán medidas extraordinarias, que sin embargo tendrán fuerza de ley, necesariamente serán sobre materia económica y financiera, la fundamentación será que es un requerimiento de interés nacional, todo ello según este artículo con cargo a dar cuenta al Congreso, mismo que puede modificarlo. Del mismo modo el Artículo 74 de la Constitución de 1993 en su tercer párrafo¹³, condiciona a los decretos de urgencia, prohibiendo como parte de su contenido, normas sobre materia tributaria, recalando además que no surtirán efecto normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el artículo.

Por el lado doctrinario el profesor Ochoa (2004), menciona alguna de las características de este tipo de decreto y los inconvenientes que se tiene para su aplicación, por ejemplo, al igual que para para la aplicación del principio de subsidiariedad, se requerirá que sea de interés nacional, sin embargo señala que este presupuesto es susceptible de ser

¹² Constitución Política del Perú (1993), art 118, inciso 19. "Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia."

¹³ Constitución Política del Perú (1993), art 74. "(...) Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación."

revisado en sede judicial, no solo ello, nuestro ordenamiento, específicamente, el Reglamento del Congreso, artículo 91¹⁴, establece un procedimiento en el parlamento donde este último tiene las facultades de aceptarlo, rechazarlo o modificarlo.

Otra de las características es que la materia que regula los decretos de urgencia será respecto al ámbito económico y financiero, sin embargo, ello no significa que existirá libertad absoluta para normar en estos campos; con ese apunte, Ochoa (2004), comenta que existen cerrojos normativos, que impiden que el decreto de urgencia sea usado sin límites, ello se ve reflejado en una serie de artículos constitucionales que el autor enumera, pero que para materia de esta investigación pasaremos a enumerar algunos que resultan de relevancia, tales como:

La autorización para el ejercicio de la iniciativa pública empresarial (art.60); las normas para conceder a los particulares los bienes de uso público (art.73); los límites al ejercicio del derecho de propiedad en armonía con el bien común (art.70); el establecimiento de restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación

¹⁴ Reglamento del Congreso de la República (2022), art 91. “El Congreso ejerce control sobre los Decretos de Urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas: a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto. (...)”

y transferencia de determinados bienes (art.72); las restricciones las condiciones de utilización y de otorgamiento a los particulares de los recursos naturales, por existir reserva de ley orgánica (art.66); la materia tributaria por estar vedado expresamente «no pueden contener materia tributaria» (art.74) (...). (2004, pp. 32).

Teniendo en cuenta ello, podemos observar que los decretos de urgencia si bien serán efectivos al momento de emitir normas relativas a materias económicas y financieras, estas no podrán versar sobre los puntos antes mencionados, y con especial énfasis no podrá un decreto de urgencia sobrepasar lo establecido por el art. 60 de la Constitución Política del Perú¹⁵, artículo que establece el límite al estado para intervenir en la economía en base al principio de subsidiariedad.

Por último, respecto a los decretos de urgencia, Ochoa (2004), añade que estos, deben tener carácter extraordinario, es decir que para su aplicación se habrá vulnerado o se encuentre de por medio, el correcto funcionamiento de la economía, además señala, como una de las características

¹⁵ Constitución Política del Perú (1993), Art 60. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. 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. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

de este tipo de decreto, es que serán transitorias, sin embargo aun cuando la Constitución no establece un tiempo límite, el Tribunal Constitucional¹⁶ ha señalado que las medidas extraordinarias deben mantenerse en vigencia hasta superar la coyuntura adversa.

B. Indecopi

Respecto a este punto, trataremos de ser muy puntuales, y es que según el Decreto Legislativo 1033, artículo 2¹⁷, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es un organismo público que está encargado de:

- a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (...);
- b) Defender la libre y leal competencia, (...);
- c) Corregir las distorsiones en el mercado provocadas por el daño derivado de prácticas de dumping y subsidios;
- d) Proteger los derechos de los consumidores, (...);
- e) Vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior (...);
- f) Proteger el crédito (...);
- g) Establecer las políticas de normalización, acreditación y metrología;
- h) Administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual en todas sus

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

¹⁷ Decreto Legislativo 1033, decreto legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional De Defensa De La Competencia Y De La Protección De La Propiedad Intelectual - INDECOPI

manifestaciones, (...); y, i) Garantizar otros derechos y principios rectores cuya vigilancia se le asigne, de conformidad con la legislación vigente. (Decreto Legislativo 1033, 25 junio del 2006).

Sin embargo, aunque el INDECOPI, es una institución que velará por los derechos de los consumidores, esta no tiene la capacidad de actuar con inmediatez, pues simplemente está facultada para emitir directivas, supervisar, sancionar y resolver controversias, pero todo ello a través de un procedimiento administrativo, mismo que tomaría tiempo e instancias.

Y por otro lado, siendo puntuales respecto a esta investigación, esta institución tampoco tiene las facultades ilimitadas, tal como menciona un comunicado de INDECOPI (2020), esta institución no tiene facultad para el control de precios, siendo esta una institución administrativa, simplemente insta e invoca tanto a proveedores como a consumidores respetar, por un lado el correcto abastecimiento y limitarse con excesos, y por otro a comprar de manera razonable. Todo ello en el contexto de la pandemia de Covid-19. Por lo tanto, queda claro que al ser esta una institución administrativa, sus funciones antes descritas no permiten una actuación inmediata en la economía, lo que conforme a ley si

se permite, es iniciar procedimientos administrativos cuando se vulnere o evidencie faltas en contra del consumidor.

2.2.6. Regímenes de excepción

Históricamente, alrededor del mundo han ocurrido eventos de gran envergadura en donde deben de tomarse decisiones o medidas estrictas, muchas veces restringiendo temporalmente derechos fundamentales, a ello se le conoce por diversos doctrinarios, así como menciona Rubio (1999), como una dictadura constitucional , que es producida básicamente para garantizar el orden y tranquilidad pública en base al recorte de derechos constitucionales, se le atribuye este apelativo de dictadura constitucional, porque está reconocida por la Constitución Política del Perú, es el Presidente de la República con aprobación de los ministros quienes aprueban ello y por lo tanto, no es una decisión acordada por diversos grupos del Estado, sino solamente al Poder Ejecutivo; todo ello a razón de que la situación de manera proporcional lo amerita. Donayre (2005), por su parte, hace referencia a circunstancias revestidas de riesgo que llevan a tomar medidas en uso de facultades constitucionales, que intervienen derechos fundamentales pero que al ser excepcionales estas no podrán durar eternamente, por lo que serán medidas temporales.

En nuestra normativa constitucional suelen identificarse tres supuestos habilitantes para la toma de medidas de excepción.

“Primero, las perturbaciones del orden público; en segundo lugar, la guerra; y, por último, las calamidades naturales. Para algunos autores incluso las graves crisis económicas podrían eventualmente justificar una declaratoria de estado de excepción.” (Donayre Montesinos, 2005, p 461) en ese sentido se distinguen dos figuras que responderán a los supuestos antes señalados, por un lado se tiene al estado de emergencia y por otro al estado de sitio.

En los estados de excepción se busca en general “dar a la acción represiva la mayor capacidad de operación compatible con la vida social humana y digna para solucionar los problemas que origina a emergencia” (Rubio Correa, 1999, p. 470), coinciden distintos autores que los estados de excepción deben aplicarse siguiendo requisitos de razonabilidad y proporcionalidad.

En conclusión, tenemos que los estados de excepción son momentos temporales en donde se admite al Estado como muestra de su poder la limitación de derechos fundamentales, con la finalidad de solucionar problemas que tienen calidad de emergencia. El artículo 137° de la Constitución Política del Perú distingue dos tipos, primero el estado de emergencia que se activará “en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”; los derechos que se podrán restringir serán los relativos a

“libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito”. Y el segundo supuesto será el estado de sitio, que se activará “en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente”.

Para materia de esta investigación, será de importancia el estado de emergencia, toda vez que como la doctrina considera, no solo se accederá a este supuesto cuando existan catástrofes naturales, sino también circunstancias que perturben el orden interno o afecten la vida de la nación, y ello incluye situaciones de crisis económicas o circunstancias que traen como consecuencia dificultades económicas.

Respecto al estado de emergencia, es importante destacar algunas precisiones, Rubio (1999), hace un breve listado de derechos que van a ser restringidos en el estado de emergencia: incluye en primer orden a la inviolabilidad de domicilio, dice que este derecho queda suspendido en parte pues permite a las fuerzas públicas ingresar a razón de realizar investigaciones; otro derecho suspendido es la libertad de tránsito, este derecho a su vez incluye los derechos que permiten el ingreso y salida del país, el derecho a permanecer en un lugar determinado y el del desplazamiento en el territorio nacional; otro derecho será el de reunión pacífica, que no merece mayor explicación; y por último menciona al derecho a no ser detenido por mandamiento escrito y motivado. Estos derechos

aun cuando van a ser restringidos, cabe señalar, que no serán reprimidos de manera absoluta, pues para restringirlos tendrán que ser analizados de manera razonable y proporcionada, señala que estos derechos pueden ser restringidos siempre y cuando exista una vinculación a la alteración por la que se declara el estado de emergencia. Otro dato necesario es que el estado de emergencia es temporal, con un plazo de sesenta días, sin embargo puede ser prorrogado indefinidamente por la misma autoridad. Y por último, según la Constitución serán las Fuerzas Armadas quienes asuman el control del orden si así lo decreta el Presidente de la República.

2.2.7. Alto interés público y manifiesta conveniencia nacional

Este concepto ha sido incluido en nuestra legislación constitucional como supuesto necesario para que el congreso a través de una ley autoritativa, admita la participación estatal en la actividad económica. Ello es posible advertirlo de la lectura del artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo el concepto como tal no tiene un desarrollo muy extenso por parte de la doctrina peruana, y ello puede ser porque como dice Correa (2006), al ser el interés público una suerte de pauta para juzgar en primer orden la actividad política y por otro lado la jurídica. Su conceptualización irá ampliándose cada vez que la actividad que se realice tenga sustento en el beneficio del colectivo social. Por eso explica que cuando se toma una decisión relacionada a asuntos públicos,

atacan a las críticas acogiéndose al alto interés o conveniencia nacional.

Más allá que su uso sea político, Correa (2006), explica que el interés público y manifiesta conveniencia nacional, justamente es la clave en los países con economías de orden subsidiario. Ello a razón de que a diferencia de los privados que su principal finalidad es el crecimiento económico, en el caso del Estado su finalidad serán los intereses públicos y generales. En ese sentido un concepto que podemos rescatar es de ser “aquella materia que se resuelve en decisión política gubernamental (...), que satisface al máximo los intereses de la comunidad involucrada, (...) y que tiene por finalidad última evitar conflictos” (Correa Fontecilla, 2006, p. 140).

Aporte importante es el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en opinión consultiva 6/86¹⁸, señala que “el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razón de interés general significa que deben ser adoptadas en función del bien común (...)” ello nos lleva a una conclusión, que el Estado en general debe guiar las políticas y normas hacia el interés general, y ello por lo tanto responderá al bien común.

¹⁸ Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N° OC-6/86, del 9 de mayo de 1986. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

Algunas apreciaciones adicionales importantes nos señala Correa (2006), quien en sus conclusiones apunta que este concepto debe ser entendido como un principio orientador al momento de la toma de decisiones estatales, y que necesariamente deben obedecer a respeto irrestricto de la persona humana, dignidad y demás derechos fundamentales; respecto a lo último apunta que muchas veces para satisfacer las necesidades y derechos del colectivo se tendrán que sacrificar derechos o bienes de particulares, y por ello es usual que este precepto sea usado para que se de origen a un derecho de excepción. Aunado a todo ello es importante anotar un punto de vista controversial, y es que Kresalja y Ochoa consideran que “La apreciación de las circunstancias de interés público o de utilidad nacional corresponde al Congreso de la República, y son de valoración política del legislador y no tecnocrática” (2020, p. 455).

2.2.8. Seguridad jurídica

Este concepto debe entenderse como una función estatal en donde “(...) las personas a las que van destinadas las normas jurídicas deben saber a qué atenerse, es decir deben conocer con anterioridad a sus comportamientos cuales de estos están prohibidos son obligatorios o le están permitidos” (Moreso Y Vilajosana, 2004, p. 47)

Vale decir, que según Moreso y Vilajosana (2004), esta debe ser considerada una definición técnica y para ello plantean tres condiciones: a) Que las normas sean claras, ello pretende que las normas deben de ser comprensibles para todos aquellos que van dirigidas. b) Que las normas jurídicas sean conocidas, ello implica que las normas no pueden de ninguna manera ser secretas, por el contrario deben buscarse las mejores maneras de que todos los ciudadanos puedan acceder a las normas. c) Que el Estado cumpla con sus propias normas y las haga cumplir, pues consideran que un Estado que no acate sus propias normas de ninguna manera cumple con la seguridad jurídica. Los autores agregan además que este concepto debe entenderse de manera valorativa, es decir todos los Estados deben de tener como objetivo alcanzar un máximo grado de claridad, transparencia y legalidad. Y ello por lo tanto genere una relación entre seguridad jurídica y justicia.

Respecto lo relacionado a seguridad jurídica y justicia, Atienza (1998), considera que estos términos van de la mano, sin uno no podría alcanzarse el otro, y en ese sentido entiende a la seguridad jurídica como una capacidad que tiene el derecho para predecir las conductas y consecuencias humanas. Sin embargo considera que esta puede ser variable, por lo que distingue tres niveles: a) el primer nivel será el orden, concepto que ayuda al derecho a diferenciarse de otros sistemas de control, luego, b) La certeza, que está relacionado a la codificación y sistematización de todo

ordenamiento, y por último, c) La seguridad en sentido estricto, misma que es definida como la “capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsible, es decir, seguros los valores de libertad e igualdad” (Atienza, 1998, p. 107).

2.2.9. Derechos fundamentales relacionados al régimen económico

Se debe revisar en primer orden el concepto y finalidad de los derechos fundamentales, para con ello relacionarlos con la economía y legislación nacional.

En ese orden de ideas, los derechos fundamentales, según Ferrajoli (2006) se entienden ordinariamente gracias a la teoría del Derecho como aquellos que se encuentran adheridos a todas las personas por su calidad de ciudadanos y en consecuencia de ello no son disponibles; o también gracias al derecho positivo, se entienden a los derechos fundamentales como todos aquellos que se encuentren establecidos en ordenamientos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y demás pactos y convenciones sobre derechos humanos.

Sin embargo, Ferrajoli (2006), nos menciona que para un mejor entendimiento, deberíamos cuestionarnos cuáles son los derechos que deben ser considerados como fundamentales; en ese sentido plantea de la mano de la filosofía tres criterios, el primero, menciona que será un nexo entre los derechos humanos y la paz,

afirma que todo derecho que merezca garantía suprema debe tener por obligación una conexión o búsqueda de la paz, así menciona por ejemplo al derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos de libertad, y derechos sociales. Como segundo criterio dice que los derechos fundamentales deben tener íntimo nexo con la igualdad, de esta manera será menester identificar todo derecho que sobreponga la igualdad ante cualquier diferencia personal, por lo que se incluirán a derechos de libertad; en el mismo criterio considera a los derechos sociales, pues considera que estos reducirán todo tipo de desigualdad social y económica. Por último el tercer criterio será considerar a derechos fundamentales como leyes del más débil. Respecto a este último punto Ferrajoli afirma:

En primer lugar, el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente. (2006, pp.118)

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario mencionar que resulta importante observar el punto de vista de Ferrajoli, pues profundiza al punto de entender la razón por la que un derecho fundamental debe ser considerado como tal.

La influencia de la economía en la vida de las personas es determinante al punto de influir en el reconocimiento o vulneración de derechos fundamentales, por lo que procederemos a identificarlos teniendo como punto de partida los criterios esbozados por Ferrajoli (2006), estos son: que tengan nexos con la paz, nexos con la igualdad y por último ser considerada ley para los más débiles.

En ese orden de ideas, comenzaremos por identificar los principales, considerando que de estos se pueden desprender muchos más, el primer derecho fundamental está contenido en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú ¹⁹, este artículo hace énfasis en esencia a la dignidad humana, respecto a ello rescatamos lo mencionado por Kresalja y Ochoa (2020), que mediante este derecho fundamental los Estados pretenden suprimir todo tipo de barrera que a lo largo de la vida del ser humano impida la realización del proyecto de vida. En lo mencionado podemos identificar que a raíz de la dignidad será el proyecto de vida como derecho fundamental que se verá perjudicado. Podemos decir entonces que la dignidad humana es el principal derecho fundamental necesario de protección porque de este se desprenden muchos otros, y como veremos a lo largo

¹⁹ Constitución Política del Perú (1993), art 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

de la investigación la economía será el punto de partida para la protección de este.

Como se mencionaba, a partir de la dignidad se desprenden muchos más derechos fundamentales, estos los vamos a encontrar comprendidos en el artículo 2 y 3 de la Constitución Política Del Perú²⁰ y que para la presente investigación serán menester mencionarlos.

Uno de los derechos fundamentales que será necesario mencionar en esta investigación es el de la vida, para este punto tendremos a Franco (2007), quien reflexiona respecto a este derecho en cuatro puntos, el primero, referido a que nadie tiene el derecho a arrebatarme la vida y de la misma manera una garantía para que la persona tenga lo necesario para sobrevivir, la segunda consideración va referida a que es un derecho adquirido por el simple hecho de existir y pertenecer al colectivo; una tercera alude especial relevancia a no solo el hecho de vivir sino de contar con una vida digna y por último una cuarta consideración donde atribuye que este derecho es esencial por el hecho de que nada tiene sentido sin él.

²⁰ Constitución Política del Perú (1993), art 2. En este artículo el constituyente realiza un listado detallado de veinticuatro derechos que serán protegidos en la Constitución; sin olvidar que el siguiente artículo se establece que la numeración de derechos no excluye a otros que se pueden fundar en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Estas acotaciones nos llevan a concluir de que el derecho a vivir no se supera con el simple hecho de existir sino que implica tener una vida digna y ello por consiguiente obligará a tener la satisfacción de un mínimo de necesidades, estas necesidades serán según García (1999), biológicas, tales como la salud, vivienda, alimentación, entre otras; y por otro lado culturales y sociales. Pero agrega que ello no basta, sino que al momento de nacer los Estados deben dotar condiciones, para el correcto desarrollo del proyecto e identidad personal. Como vemos la vida es un derecho fundamental importante, y las exigencias que este derecho implica van de la mano de una economía que las asegure.

Otro de los derechos relacionados e importantes para esta investigación es el derecho a la salud, que como bien nos señala Velez (2007), es un derecho conexo con la vida y la dignidad, porque indica que este derecho no se subsume a cubrir el mínimo vital de las personas, sino que su alcance será amplio, cubriendo aspectos por ejemplo, de correcta preservación de una calidad de vida, y ello no solo material sino también espiritual, otro aspecto será el de garantizar igualdad de oportunidades tanto para la asistencia como protección de todos. En ese orden de ideas menciona que el concepto de salud involucra un parámetro mínimo de respeto a la dignidad de la persona así como condiciones básicas que permitan no solo la subsistencia sino desarrollo personal, califica al derecho a la salud como parte de un conjunto

elementos que son necesarios para potenciar las capacidades de la persona.

Por último, en esta investigación observaremos al derecho al bienestar social, respecto a ello Kresalja y Ochoa (2020), mencionan que este es un derecho que se va a consolidar con el deber del Estado de tratar al máximo de conseguir el aseguramiento y protección de determinados derechos, afirma también que este aseguramiento en nuestro país es progresivo pero ello no es impedimento para exigir una concreción efectiva; agrega que, todos los derechos que se circunscriben al bienestar estarán íntimamente relacionados a la realización del proyecto de vida de las personas, por lo que si tendríamos que hacer un breve listado de derechos necesarios mencionaríamos a la vida, libertad, expresión, igualdad, conciencia, información, etc. Es importante en este punto destacar que “la visión integral del desarrollo va más allá de la complementariedad entre las políticas sociales, económicas, ambientales y el ordenamiento democrático (...)” (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 38).

Para culminar, debe señalarse que en este apartado se mencionaron solo algunos de los derechos fundamentales relacionados a la economía, ello pues porque como hemos visto existe una conexión evidente entre diversos derechos fundamentales, por lo que consideramos que para esta

investigación lo recomendable sería mencionar aquellos de los cuales se van a desprender muchos otros derechos, es el caso por mencionar un ejemplo, el de la dignidad; de este derecho se desprenden derechos como la vida, la salud, la libertad, proyecto de vida, educación, etc.

2.2.10. Derecho comparado respecto a la intervención económica estatal

En Estados Unidos de América es evidente una Constitución donde el corte liberal es severamente marcado, aunado a ello explica Cruces (2021), existe ausencia en el desarrollo jurisprudencial respecto al Derecho Constitucional Económico, lo que si se ha mencionado en el caso emblemático Ferguson v. Skrupa²¹ es que las cortes no pueden cambiar el ideario económico por la de cuerpos legislativos. Agregando que el legislador tiene amplias posibilidades de actuar ante problemas económicos. Podemos concluir que el Estado a través de la corte suprema pretende mantenerse al margen y respetar las creencias sociales y económicas, sin embargo la intervención legislativa en los problemas económicos es amplia. Como caso concreto podríamos citar la emergencia económica mundial que ocurrió en el año 2008, en esta oportunidad Bush realizó “fuertes recortes de tipos de interés, inyecciones masivas de liquidez para salvar la banca,

²¹ Ferguson contra Skrupa - 372 US 726, 83 S. Ct. 1028 (1963).

rescates públicos de grandes entidades financieras y ambiciosos paquetes de ayudas fiscales” (Pérez, 2008, p. 1), mostrándose entonces en evidencia la actuación estatal en determinados contextos, en un País donde prima el libre mercado.

En Europa, en primer orden citaremos a Alemania, país de importancia en este aspecto, pues fue donde se originaron las normas económicas constitucionales; pues bien, de la lectura de su norma fundamental, encontramos que taxativamente no existe una referencia directa al régimen económico, sin embargo la doctrina considera, así como menciona Cruces (2021), que la Constitución económica Alemana atraviesa por una suerte de neutralidad, pero que eso no tendría que entenderse como inexistente, pues debe de tenerse en cuenta que la libertad económica está garantizada en la Constitución. En cuanto a la participación en la economía por parte del Estado en Alemania no existe mucho debate, en su caso no cuentan con el principio de subsidiariedad, por lo que, Süsternehn (1967) considera que el principio de subsidiariedad es compatible con la Constitución o incluso con el sistema de valores de la República Federal Alemana; por lo tanto se concluye que aunque el régimen económico en Alemania no está explícito, si se guían por la libertad económica, ello no impide la intervención estatal pues su sistema lo permite.

Por otra parte, es necesario revisar el caso de España, pues este país es de fuerte influencia normativa en el Perú; el caso español no difiere en mucho al caso alemán, su sistema nos dice Viera (2010), está definido como un modelo capitalista pero unido al estado social, obviando nuevamente la característica de Estado subsidiario. En ese sentido este autor menciona que en España nada impide al Estado intervenir directamente en la economía. Cita el autor casos referenciales, menciona que en la industria farmacéutica, por ejemplo el Estado limita el número de establecimientos sanitarios con el razonamiento que el tema sanitario no se puede dejar al albedrío del mercado, pues la falla estaría afectando derechos fundamentales; igual tratamiento de cuidado recibe la educación.

2.3. ASPECTOS NORMATIVOS

Esta investigación tiene carácter meramente constitucional, es decir nos enfocaremos en lo regulado por la Constitución respecto a la intervención directa por parte del ejecutivo en la economía peruana en casos de emergencia; en ese sentido tenemos los siguientes artículos constitucionales:

En primer orden, debemos citar al artículo 58 del texto constitucional²², mismo que expresa el régimen por el que será analizada la Constitución

²² Constitución Política del Perú (1993), art 58. "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura."

económica, este régimen es una economía social de mercado, pero priorizando la libertad de la iniciativa privada, como hemos venido revisando será en base al régimen económico que se asentará la presente investigación.

En segundo lugar, vamos a considerar al artículo 60 de la misma norma fundamental²³, misma que reconoce varios aspectos importantes de la economía del país, primero establece que el Estado en el ámbito económico es pluralista. Luego nos menciona que el sustento de la economía peruana será la coexistencia de la propiedad privada y las empresas. En su segundo párrafo del mencionado artículo, se habla de la institución de mayor debate y probablemente análisis en esta investigación; el artículo desarrolla a la subsidiariedad en la actividad empresarial de manera directa o indirecta, con sus respectivas características, como es la autorización por ley, siempre que exista alto interés o manifiesta conveniencia nacional (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Por último, tenemos que citar al artículo 137 de la Constitución política²⁴, este artículo que lleva por título “Régimen de excepción”, menciona los

²³ Constitución Política del Perú (1993), art 60. “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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.

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

²⁴ Constitución Política del Perú (1993), art 137. “El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, (...) 2. Estado de sitio, (...)”

dos modos de excepciones que existen en nuestro ordenamiento y sus respectivas características, haciendo un brevísimo resumen tenemos al estado de emergencia, que se activará en caso de perturbación de la paz o el orden interno, de catástrofe o graves circunstancias. Y por otro lado tenemos al estado de sitio que se usará en caso de guerra o relacionados a ella (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación, y en específico el presente capítulo, pretende demostrar la hipótesis, que los fundamentos jurídicos en el contexto de un estado de emergencia para la intervención del Poder Ejecutivo en materia económica sin autorización del Congreso en base al principio de subsidiariedad son: materializar el modelo de economía social de mercado, la satisfacción del alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, la protección de derechos fundamentales, como la dignidad del hombre, la vida y el bienestar social y por último generar seguridad jurídica en el ámbito económico.

En ese sentido, es que en este capítulo nos dedicaremos en primer orden a contextualizar el problema a partir de mostrar los problemas económicos que se presentaron en el estado de emergencia planteado por el Estado Peruano, ello usando como referencia la última emergencia sanitaria, consecuencia del Covid-19, que concluyó en una crisis económica.

Seguidamente, habiendo identificado los problemas económicos que se presentan en estados de emergencia, pasaremos a evaluar la solución a ello, a partir de reconocer por qué el modelo de economía social de mercado, la satisfacción del alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, la protección de derechos fundamentales y la seguridad jurídica, son fundamentos para la intervención del Ejecutivo en la economía sin autorización del Congreso, en base al principio de subsidiariedad.

Finalmente, plantearemos un análisis general de los ítems señalados, acompañado de algunas alternativas que se desarrollaron en distintos países y resultaron favorables ante crisis económicas; que evidentemente el Perú no puso en práctica.

3.1. CONTEXTO DEL ÚLTIMO ESTADO DE EMERGENCIA A RAÍZ DEL COVID-19 Y LOS PROBLEMAS ECONÓMICOS A CONSECUENCIA DEL MISMO

La Constitución Política del Perú de 1993, contempla en estricto tres situaciones habilitantes al momento de tomar una medida de excepción, tenemos a las perturbaciones de orden público, a la guerra y a las calamidades naturales; obviamente estas situaciones habilitarán a las figuras conocidas como estado de emergencia y estado de sitio. Este último está relacionado íntimamente a la guerra, invasiones o parecidos, por lo que para esta investigación no será de relevancia; mientras que el estado de emergencia viene siendo la figura precisa para poder abordar una catástrofe en forma genérica.

Como bien sabemos los estados de excepción en general tienen la finalidad de restringir derechos constitucionalmente protegidos, con el propósito de restablecer el orden en el que se encontraba el Estado antes de cualquier tipo de catástrofe, necesario señalar que esta decisión le corresponde meramente al Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros, por lo que los doctrinarios

mayoritariamente relacionan a esto como a una dictadura constitucional, es importante señalar algunos de los derechos que la propia Constitución señala que pueden ser restringidos, estos son los relativos a la libertad y la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio.

Teniendo en cuenta ello y a razón de esta investigación, conviene observar la realidad para descubrir cuáles son los últimos acontecimientos en nuestro país que han requerido del mencionado estado de emergencia. Y con esto es indiscutible observar que por lo general los estados de emergencia están destinados a eventos de catástrofes naturales, es decir desbordes de ríos, inundaciones, terremotos, etc. Sin embargo, en el año 2020 se aprobó el Decreto Supremo que declaraba en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendarios y dictaba medidas de prevención y control del COVID-19²⁵; este suceso sin duda es necesario remarcarlo porque marca una pauta histórica para el tema que aquí planteamos, por tanto este decreto si bien tenía como finalidad la contención del virus Covid-19 con medidas sanitarias, en el país empezaron a suceder de forma paralela acontecimientos en materia económica que eran de difícil solución para el Estado.

²⁵ Decreto supremo N°008-2020-SA, del 11 de marzo de 2020, Decreto Supremo que declara en emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del COVID-19.

La emergencia sanitaria originada por el virus covid-19 es un evento histórico a nivel mundial, este evento paralizó a todo el planeta, se paralizaron vuelos, el comercio, las escuelas, universidades, restaurantes, etc. y ello trajo como consecuencia fuertes problemas económicos, que mencionaremos de manera somera, pues ahondar en ello significaría tener conocimientos profundos en las ciencias económicas. Sin embargo, a pesar de no tener esos conocimientos, si es posible detallar algunos de los evidentes problemas económicos que esta pandemia trajo, por ejemplo mostraremos a modo de evidencia un cuadro con cifras mostradas por el INEI respecto al PBI, a manera de reflejo de cómo se encontraba el Perú a meses de iniciada la pandemia por Covid-19.

Gráfico 1

<i>Caída del PBI en el primer cuatrimestre de pandemia en Perú - 2020</i>	
Mes	Porcentaje de PBI
Marzo	16,26%
Abril	-40,49%
Mayo	-32,75%
Junio	-18,06%

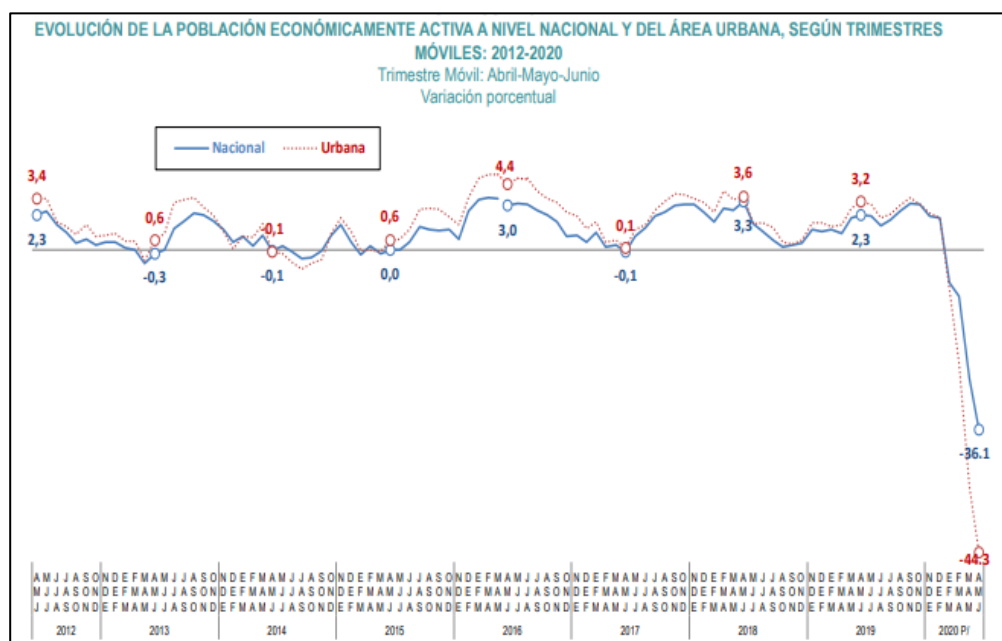
Nota: Datos obtenidos del INEI. Fuente: Elaboración Cornejo (2022)

La caída del PBI en el primer cuatrimestre de la pandemia en el Perú según Cornejo (2022), es una pequeña muestra de cómo hubo un descenso y afectación brusca a la economía nacional, y eso se evidencia conforme datos mostrados por el INEI donde para el año 2020 la pobreza alcanzó el 30.1 % de la población, sin contar que la pobreza extrema

alcanza un 5.1% de la población. Estas cifras muestran las peripecias por las que atravesaba el país durante una emergencia sanitaria de nivel mundial.

De la misma manera, otro reflejo de que la economía en el país se encontraba en crisis es evidenciando cifras de lo que sería el desempleo que ocasionó la pandemia, pues a raíz de las medidas y paralización de diversas fuentes de trabajo, numerosas empresas decidieron cerrar o despedir trabajadores, seguidamente mostramos un cuadro elaborado por el INEI que evidencia los niveles de desempleo a meses de iniciar la pandemia.

Gráfico 2



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Nacional de Hogares (2020).

Este cuadro evidencia que el país atravesó por una disminución del 39,6% de población ocupada, que equivaldría aproximadamente a casi

7 millones de personas, estos datos son altamente alarmantes, sin contar con el alto índice de personas que se encuentran en la informalidad. Es necesario detallar que los factores por los que el trabajo en el Perú es un problema enquistado merece una investigación aparte, sin embargo estas cifras evidencian que fue el desempleo uno de los problemas álgidos en época pandémica.

De la misma manera, no podemos dejar de lado probablemente las consecuencias más trascendentales en esta pandemia por Covid-19, que es la crisis en el sector salud, era evidente la crisis en este ámbito, sin embargo, es necesario mostrar algunos datos de vital importancia, según el Instituto Peruano de Economía (2021), antes de pandemia el Perú contaba con 13,6 médicos por cada diez mil habitantes, sin contar con la precariedad del sistema de salud a nivel de infraestructura y equipamiento hospitalario. Destaca en ese sentido que en el primer año de pandemia se ejecutaron cerca de US\$ 1.705 millones en este sector, que es equivalente al 0,86% del PBI. Dato adicional, es que siendo el Perú un país con fuertes necesidades, no se invirtió tanto como Colombia o Brasil.

Para aterrizar de mejor manera estos problemas, hacemos memoria de como en el país a pocos meses de iniciada la pandemia por Covid-19, los precios de servicios y bienes se elevaron exorbitantemente.

En primer lugar, mencionaremos el caso del transporte, a continuación simplemente a modo de referencia mostramos cómo informaban los medios de comunicación, por ejemplo:

Gráfico 3:
Noticia respecto al transporte en época de pandemia.



Fuente: Captura de pantalla tomada de la página web del diario RPP (2020).

Esta captura de pantalla tomada de un diario nacional web es una muestra de cómo las empresas de transporte tomaban una decisión abusiva, con la única finalidad de lucrar en momentos de emergencia, no olvidemos que muchos de los ciudadanos les urgía trasladarse, esas mismas razones eran las que les hacía olvidar el precio de los pasajes para simplemente realizar ese pago excesivo.

Figura 4

Noticia sobre precios de canasta familiar en época de pandemia



Fuente: Captura de pantalla tomada de diario web "Ojo Público" (2020)

La figura precedente es otra muestra de cómo la economía en época de pandemia entró en un caos sin ningún tipo de control, puede resultar inverosímil, sin embargo, grandes empresas aprovecharon la situación pandémica y de emergencia para elevar precios, sin muchos fundamentos, a alimentos de la canasta familiar, mismos que deberían considerarse básicos para cualquier sustento y bienestar social. En esta nota periodística además se agrega un detalle que resulta relevante para esta investigación y es que se podría estar acusando a las empresas de concertación de precios. Del mismo modo sucedió con los medicamentos necesarios para combatir el virus Covid-19.

Figura 5
Noticia respecto al alza de precios en medicamentos para Covid-19



Fuente: Captura de pantalla de nota de prensa del portal web del Estado Peruano.

De la captura de pantalla mostrada vemos una noticia del mismo portal web del Estado, en donde se destaca el incremento de hasta el 123,6% el precio de medicamentos recetados para el Covid-19. En esta nota de prensa además se detalla que Julián Palacín, presidente ejecutivo del Indecopi en ese entonces, revelaba que se habría emitido un informe para mejorar la transparencia del mercado, además realizó recomendaciones a la Superintendencia Nacional de Salud, una de ellas es que se brinde información a los centros médicos privados respecto a los precios a nivel nacional, respetando autonomía y negociaciones privadas, también se recomienda entregar información obligatoria que transparente los procedimientos médicos, y por último potenciar alternativas a los consumidores para adquirir medicamentos fuera de los

centros médicos privados. Claramente se evidencia en este punto, la poca capacidad estatal para intervenir y tomar decisiones en momentos donde es urgente un medicamento y no se puede estar priorizando el mercado. Y respecto a lo último mencionado conviene evidenciar el caso más grotesco en época pandémica y es el caso del oxígeno medicinal.

Figura 6

Noticia sobre el elevado precio del oxígeno medicinal en época de pandemia.



Fuente: Captura de pantalla de noticia en diario web “La Vanguardia 2020”

Probablemente esta debe ser la noticia más escandalosa publicada en época pandémica, y es que aunque puede resultar irreal, los empresarios, en vista de la excesiva necesidad que tenían los ciudadanos del oxígeno medicinal, decidieron elevar el precio de sus servicios, según esta noticia hasta diez veces más su precio ordinario. En esta misma nota de prensa se cuestiona la labor del Estado, que a

pesar de ser quien vele por los ciudadanos, no había realizado ningún acto para limitar estas prácticas abusivas

En todos estos ejemplos se evidencia dos cuestiones relevantes, primero que nos encontramos en un estado de emergencia, en donde se suprimían derechos a los ciudadanos, pero respecto a las grandes empresas no habían límites y segundo, que los problemas durante el estado de emergencia no fueron simplemente de índole sanitaria, sino que llevaron a que se generen también problemas económicos; y eso nos permitió observar que la economía en momentos de emergencia no puede regularse por sí sola.

Cabe aclarar que estos datos son solamente referenciales, son una muestra de que el país si bien atravesaba por una crisis de salud pública, fue esta misma que generó una crisis económica. Siguiendo esa línea de ideas, podemos decir que el virus Covid-19, generó una pandemia afectando severamente la salud de todo el mundo y que a consecuencia de ello en el Perú se establecieron medidas drásticas para sostener esta crisis, la medida más gravosa fue el estado de emergencia, ello se vio concretizado a través del Decreto Supremo que declaraba en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dictaba medidas de prevención y control del COVID-19, este estado de emergencia promovía límites a la libertad de tránsito en primer orden, pero también requería medidas para fortalecer la gestión sanitaria.

Entonces, respecto a este primer punto logramos concluir de que realmente el estado de emergencia, que hace frente a problemas relacionados a desastres naturales es una salida para limitar derechos y lograr que el Estado retorne a su estado natural por medio de estas restricciones, sin embargo también debe mencionarse de que a raíz de estos desastres como el último acontecimiento mencionado se generan crisis económicas, con problemas como falta de empleo, subida de precios a servicios como el transporte, excesivo costo de productos de la canasta familiar, subida de precios, sin fundamento, de productos necesarios para afrontar la crisis sanitaria, entre otros; y como se desarrolló de igual forma en este punto, las crisis económicas y sus respectivos perjuicios van necesariamente de la mano de la protección de derechos como salud, bienestar, educación, trabajo, etc. Por lo que es indudable la relación que existe entre las medidas excepcionales, en especial el estado de emergencia, que puede plantear el Estado, con las crisis económicas que pueden surgir en cualquier momento o pueden derivarse de una catástrofe cualquiera.

3.2. MATERIALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO COMO FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

Respecto al Estado, en esta parte de la investigación debemos tener en cuenta dos aspectos muy imperiosos, por un lado las funciones del Estado y por otro los fines del mismo, a razón de que ya se desarrolló ello en el capítulo anterior, simplemente haremos un repaso. Por funciones del Estado vamos a tener en consideración a la función normativa,

ejecutivo – administrativa, jurisdiccional y controladora; y por otro lado tendremos como fines del Estado al fin de conservación del grupo social, fin de la juridificación de la vida coexistencial y fin del fomento del bien común.

El grado de importancia del Estado en nuestra sociedad como podemos observar es fundamental, no podemos dejar de lado que la base actual de toda sociedad partirá del Estado y su Constitución, son dos instituciones que se encuentran íntimamente entrelazadas, la segunda va a determinar las relaciones y alcances que puede tener el Estado para con la sociedad. En ese sentido y haciendo un correlato de los puntos precedentes, es indiscutible la intromisión en los severos problemas acontecidos en nuestro país a raíz de la crisis ocasionada por el Covid-19, en primer orden por la crisis sanitaria, donde el Estado tuvo que intervenir de manera inmediata mediante estados de emergencia, y como veíamos, los problemas económicos fueron parte de esta crisis, por lo que el Estado como principal institución que tiene como finalidad la conservación del grupo social y el fomento del bien común, tuvo que tomar medidas necesarias y hasta cierto nivel extraordinarias para el control y buen desempeño de la economía.

En ese sentido, tenemos que evidenciar, cómo interviene el Estado en la actualidad, en primer orden tenemos la figura de los decretos de urgencia, esta institución contemplada en nuestra Constitución, permite dictar medidas extraordinarias, relacionadas a materias económicas y

financieras, la fundamentación será el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República, sin embargo, y adelantándonos en parte a esta investigación, estos decretos de urgencia tienen diversos límites, por ejemplo, no se puede legislar respecto a temas tributarios, y otros, pero lo más relevante es que también se vería afectado este decreto de urgencia por el principio de subsidiariedad, es decir, que la única finalidad de esta institución será la agilidad para decretar una ley.

Por otro lado, tenemos a INDECOPI, esta institución administrativa, si bien en su respectiva ley orgánica, admite una vigilancia a la iniciativa privada y defensa de los derechos de los consumidores, se debe admitir que sus funciones, como tal, administrativas, no les permite una actuación inmediata, misma que sería necesaria en un momento de crisis, por el contrario y como es lógico, se sigue un procedimiento, que por el tiempo que toma, puede ser perjudicial y no amparar en su momento derechos fundamentales.

Sabiendo la importancia del Estado, sus fines, como actúa y que todo ello tiene una obvia relación con los problemas, no solo en emergencias por catástrofes, sino con cuales pueden ser parte de las consecuencias, como problemas económicos, es imperioso cuestionarnos si el modelo de economía social de mercado que nos representa como país permite o se encuentra acorde a la satisfacción de necesidades económicas, en primer término, de manera general, pero también y conforme a esta

investigación, de manera más específica a las necesidades económicas en momentos de emergencia o crisis.

En ese orden de ideas, pasaremos a ahondar en nuestro régimen económico que tiene como base la Constitución Política de 1993, y cómo es que el Estado como órgano supremo y protector del bien común, se relacionan. Para empezar es obligado destacar que nuestra Constitución vigente fue elaborada en un momento histórico, en donde, como reconoce la opinión mayoritaria de historiadores y doctrinarios, existía una grave crisis política, que ocasionó que los debates para la inclusión del régimen económico en nuestro país sea hasta cierto punto no tan transparente, recordemos que fue el congreso constituyente democrático de 1993, de mayoría Fujimorista, quienes aprueban la Constitución vigente, dato relevante pues como menciona Kresalja (2010), la mayoría Fujimorista de aquella época, guiaron la elaboración del régimen económico en base a un estudio realizado por la empresa de consultoría Apoyo S.A. con la colaboración de La Confederación Nacional De Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y la empresa minera Southern Perú Copper Corporation; estos datos resultan de importancia porque el mencionado informe hace una crítica profunda a los Estados intervencionistas, promoviendo por el contrario la libre competencia y libertad contractual; concluyendo que era necesario un Estado altamente liberal; ello generaría que incluyeran el principio de subsidiariedad, que sería en realidad un mecanismo para la cero intervención del Estado, por lo menos esa era la evidente intención en ese momento.

Este preludeo es trascendental, pues nos sitúa históricamente y permite entender el tinte liberal que caracteriza nuestra actual Constitución, tal y como lo reconoce la mayoría doctrinaria, y como veremos más adelante el Congreso Constituyente de aquel tiempo utilizó candados normativos para que así sea, pero por ahora hablaremos de la economía social de mercado como tal.

Y es que la economía social de mercado a pesar de un tratamiento doctrinal altamente extenso va a seguir determinados puntos que son inequívocos, como por ejemplo que la economía social de mercado será un punto medio donde se respetará al mercado como mejor forma productiva en el ámbito económico pero a la par el Estado se guiará por el lado social, pues instará al respeto de derechos de todos los involucrados en la economía y sobre todo dándole énfasis a la esfera social. No olvidemos que este régimen de economía social de mercado tiene alta influencia de la Doctrina Social de la Iglesia, por lo que el respeto por los derechos sociales es parte de sus fundamentos. Más allá de ello, este régimen según diversos tratadistas significa que el mercado será regulado por la interacción de productores y consumidores, es decir en otras palabras por la ley de la oferta y la demanda, para explicar de manera sencilla esto último podríamos mencionar que a mayor demanda de determinado bien, en el mercado automáticamente existirá una tendencia de precios más altos, y por el contrario a menor demanda la tendencia será a una baja de precios.

Siendo ello así, entenderíamos que el Estado como supremo garante de la conservación de grupo social y bien común, inmiscuido en un régimen de economía social de mercado, debería priorizar los derechos de las personas por sobre cualquier cosa, y ello significaría una intervención ante cualquier eventualidad que represente algún perjuicio a los consumidores; sin embargo y como ya adelantábamos líneas arriba, el Congreso Constituyente del año 1993, afirmando su característica liberal acuñó un principio a modo de candado normativo, que sería el límite al Estado para cualquier tipo de intervención en el ámbito económico, estamos hablando del principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad económica es para esta investigación un punto clave, pues como hemos venido argumentando, este principio es un mecanismo para la no intervención del Estado en materia económica. Ahora bien el principio de subsidiariedad ha sido materia de discusión por muchos años, este debate ha llevado a que en la actualidad tengamos básicamente dos posturas altamente marcadas, por un lado una interpretación restrictiva en donde los doctrinarios afirman que este principio simplemente restringirá al Estado la participación como empresa, sin embargo esta interpretación resulta altamente literal, y es por ello que los últimos años e investigaciones respecto al tema, concluyen que el principio de subsidiariedad va mucho más allá, no olvidemos que la interpretación de la Constitución como menciona Blancas (2017), debe hacerse de manera singular, siguiendo los

principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y fuerza normativa; con ello los doctrinarios en los últimos años vienen identificando a este principio de manera extensa, es decir no se reduce simplemente a la actuación del Estado como empresa, sino en todo el compendio de actividades en donde el Estado puede participar de modo que aporte a la economía, ahora bien, como menciona Cruces (2021), esta forma de entender al principio de subsidiariedad, nos lleva a pensar por un lado, en cuanto a la estructura y por otro, a las actividades que podrían realizarse, distintas a la actividad empresarial. Aunado a que los doctrinarios e investigadores en la actualidad apuntan a una interpretación extensiva del principio de subsidiariedad, debemos sumar la sentencia Nesta Brero²⁶, sentencia emblemática del Tribunal Constitucional respecto al tema, en donde se propone una relación clara entre el principio de subsidiariedad y la intervención estatal como empresa, pues la Constitución es explícita ante esta referencia, sin embargo la misma sentencia no limita al Estado a la intervención empresarial sino se extiende a las distintas actividades que realiza en aras de la economía.

En ese sentido, la subsidiariedad será un mecanismo que va a permitir, en su versión más extensa y para esta investigación la más aceptada, la intervención del Estado en materia económica, toda vez que se comprende al Estado como garante del bien común y conservación del grupo social, esa intervención sin embargo tendrá como especial

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

requisitos establecidos en la Constitución²⁷ dos condiciones para su aplicación, una de ellas es que esta permisión al Estado para involucrarse directa o indirectamente en la economía será a través de una ley, ello quiere decir que quien autoriza esta intervención es el Congreso de la República, y el segundo requisito es que exista un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Con estos apuntes, es posible asegurar que existe una evidente relación entre el Estado, el modelo de Economía social de mercado y el principio de subsidiariedad. En donde el Estado teniendo como fines la garantía del bien común y conservación del grupo social, tiene que ajustar sus actuaciones a nuestro modelo de economía social de mercado que prioriza por un lado, el libre mercado, y por otro, los derechos sociales; hasta este punto diríamos que la participación del Poder Ejecutivo no tendría mayor inconveniente y participaría de la economía de la manera que mejor consideren, sin embargo, todo ello tiene un límite constitucional, el cual es el principio de subsidiariedad, mismo que limita la participación del Estado en el ámbito económico a la decisión del Congreso de la República, tomando en consideración alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

²⁷ Constitución Política del Perú (1993), art 60 “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. 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.”

3.3. LA SATISFACCIÓN DEL ALTO INTERÉS PÚBLICO Y MANIFIESTA CONVENIENCIA NACIONAL, EN ESTADOS DE EMERGENCIA Y SU RELACIÓN CON LA ECONOMÍA

Como bien se comentaba en el punto anterior, la actual Constitución, en su artículo 60²⁸, exige al legislador que para la intervención estatal en el ámbito económico, además de que será el Congreso quien cree una ley autoritativa para la intervención del Estado en materia económica, se requiere que las actuaciones por las que se debata esta ley tiene que ampararse en que exista un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Por lo que pasaremos a analizar de qué manera deben entenderse estos requerimientos, para luego evaluar si el análisis de estos requisitos son compatibles con los estados de emergencia, pero sobre todo en crisis económicas.

En ese sentido, vale decir que nos acogemos a lo mencionado por la mayoría doctrinaria donde por ejemplo Correa (2006), entiende a ambos preceptos como un principio orientador al respeto de derechos fundamentales, en donde será una pauta para que toda actuación estatal sea guiada hacia el interés general, y consecuentemente al bien común. En ese orden de ideas indica que para la satisfacción de estas necesidades colectivas, muchas veces se tendrán que sacrificar derechos o bienes de particulares. Por ello es que estos preceptos son usados para la actuación de excepciones.

²⁸ *Ibíd.*

Importante entender entonces, que según la doctrina, estos preceptos van a resultar necesarios para la aplicación de excepciones, como el estado de emergencia, ya que toda actuación que limite derechos para sobreponer otros, necesariamente tendrán que ser en aras de un interés público o conveniencia nacional, es decir sobreponer los intereses colectivos ante los particulares.

No obstante, en nuestra legislación los preceptos de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional lo encontramos como fundamento que tiene que usarse en el Congreso de la República para la aplicación del principio de subsidiariedad estatal en materia económica. Este análisis, entendemos, requiere un examen profundo de cada situación en concreto, y ello obviamente requerirá de especialistas; sin embargo como menciona Kresalja y Ochoa (2020), la apreciación de estos requisitos le corresponderá al Congreso de la República, y por lo tanto esa evaluación pasará por un análisis de valoración política y no técnica como debiese. Por consiguiente, debemos apoyar la mirada que tienen los autores antes citados, pues una evaluación de la participación del Estado en temas económicos no puede politizarse, como bien sabemos históricamente, las votaciones que se realizan en el Congreso de la República responden a acuerdos políticos más que a fundamentos correctamente argumentados y debatidos.

En ese orden de ideas, concluimos en primer lugar, que según la mayoría doctrinaria los preceptos de alto interés público y manifiesta

conveniencia nacional tienen estrecha relación con los estados de excepción, puesto que son decisiones donde debe de sobreponerse un interés colectivo antes que el individual; en ese marco podríamos decir, que tanto los estados de excepción como la autorización para aplicar el principio de subsidiariedad económica en el Perú, recibirán un análisis a partir de los preceptos mencionados. En segundo lugar, como observamos, el alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, son requerimientos necesarios al momento de establecer la participación del Estado en materia económica de manera subsidiaria, puesto que una intervención de esa magnitud en nuestro sistema económico implica sobreponer derechos colectivos ante los particulares y por lo tanto esa intervención compromete altamente al correcto desarrollo de la sociedad. En consecuencia, resulta completamente incongruente que una decisión de esa envergadura, que además resulta urgente, tenga que pasar por manos del Congreso de la República, donde la decisión no será técnica sino política; y como vimos, sobreponer derechos y suprimir otros no puede limitar a votaciones políticas.

3.4. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE MERECEN PROTECCIÓN EN UN EVENTUAL ESTADO DE EMERGENCIA QUE AFECTE LA ECONOMÍA

Conforme a lo ya planteado, es posible hacer una conclusión anticipada, la cual es que la aplicación del principio de subsidiariedad según nuestra Constitución Política de 1993, requiere para su fundamentación el alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, misma fundamentación que los doctrinarios consideran necesaria para la

aplicación de un estado de emergencia; observado ese marco, es evidente en efecto, que es posible la incorporación de una excepción en nuestra Constitución, en donde la economía sea la que se encuentre perjudicada. El énfasis de esta propuesta es mayor cuando hablamos de la existencia de momentos durante catástrofes en general, donde es la economía que se encuentra en crisis.

Por consiguiente, es preciso señalar cuáles serían aquellos derechos fundamentales que a partir de crisis económicas se vean perjudicados, por ello y tomaremos en cuenta a modo referencial la última crisis sanitaria, causada por el Covid-19, en donde se recurrió a la activación del estado de emergencia. Como vimos en el primer apartado de este capítulo, a raíz de esa crisis sanitaria, nació una crisis económica que se vio reflejada en la disminución de fuentes de trabajo, desempleo, inestabilidad educativa, precariedad en el ámbito de salud, excesivos costes de distintos rubros como transporte y alimentación, etc. De esta manera podemos identificar algunos derechos que en una eventual y nueva crisis económica se verían afectados.

Como respuesta a aquel primer apartado de este capítulo y conociendo que los derechos fundamentales se ven menoscabados en épocas de crisis, destacamos con evidente claridad el derecho a la dignidad, este derecho como menciona Kresalja y Ochoa (2020), pretende eliminar cualquier tipo de barrera que limite a la persona realizar el proyecto de vida, por lo que todo tipo de actuación que no dependa de la propia

persona pero que finalmente termine afectándola, debe ser observada por el Estado; aunado a ello debemos mencionar que cuando existe una catástrofe o emergencia, de por sí, ya se está afectando al proyecto de vida, pues son eventos imprevistos que van a cortar cualquier planificación de vida, pero el Estado es el encargado que el perjuicio al derecho a la dignidad y por consiguiente al proyecto de vida sea en lo más mínimo posibles; pues como sabemos este derecho además de ser fundamental es reconocido en nuestra Constitución Política de 1993; de este modo algunos de los actos, por ejemplo, que generan un menoscabo al proyecto de vida, son la inseguridad laboral, es decir, no saber que en momentos de crisis me puedo quedar sin trabajo, quedando a la deriva mi planificación, tanto por los ingresos que se percibe como por el proyecto laboral que se puede tener, de la misma manera, otro ejemplo podemos observar cuando los precios de la canasta básica familiar se incrementa de manera irrazonable, ello significará un gasto que escapa de una planificación económica familiar, de igual forma sucede con los precios excesivos de medicinas o servicios médicos, en este caso no solo hay un desajuste con la economía familiar sino que a partir de que los servicios de salud no son accesibles, habrán más familias que dejen de ser atendidas y por lo tanto su vida correrá peligro, y como bien sabemos una persona con la salud resquebrajada no puede desarrollarse con plenitud.

Otro derecho fundamental que se ve afectado a partir de una crisis económica es el derecho a la vida, este derecho como bien menciona

Franco (2007), debe entenderse tanto por la protección ante el arrebato de la vida misma, como también a tener una vida digna y a plenitud, ello significa que no basta con el hecho de existir, sino tener cubiertas necesidades básicas para tener una vida digna y plena; de esta manera, como vimos y ayudándonos como referente a la crisis por Covid-19, muchas personas entrada la crisis no pudieron acceder a los servicios de salud, ya sea por los altos costes como por la poca capacidad que tenía nuestro sistema, en ese sentido, muchas personas perecieron en busca de ese servicio; actualmente se vienen haciendo investigaciones para calcular las dimensiones de este problema y la afectación directa, como fue la vida humana.

No podemos dejar de lado el derecho a la salud, este derecho guarda estrecha relación con la dignidad y la vida, como ya veníamos desarrollando, estos derechos se basan en lograr una plenitud en donde la persona pueda alcanzar su desarrollo personal o su proyecto de vida. Pero si tenemos que identificar algún detalle preciso sobre el derecho a la salud es que según Velez (2007), el alcance de este derecho es amplio, ello permite observar el aspecto donde el Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades al momento de asistir decentemente la salud de las personas. Ello por lo tanto nos ayuda a sostener que en épocas donde existan crisis, ante cualquier circunstancia se debe priorizar el derecho de poder acceder con las mismas oportunidades que cualquier persona a la atención médica deseada.

Por último, es forzoso incluir al derecho al bienestar social, que como mencionan Kresalja y Ochoa (2020), se va a consolidar con el deber del Estado de tratar al máximo de conseguir el aseguramiento y protección de determinados derechos, afirma también que este aseguramiento en nuestro país es progresivo pero ello no es impedimento para exigir una concreción efectiva. En efecto, la relación que guarda este derecho con los fines del Estado es evidente, ello compromete de manera directa al Estado en asegurar, obviamente de manera progresiva, derechos que van a aportar a un correcto desarrollo del proyecto de vida. Y como estamos analizando, podemos concluir respecto a este apartado, que el proyecto de vida si bien incluye derechos como la dignidad, la libertad, la igualdad, la salud, etc.; será la economía como base la que mantenga a estos derechos en su más óptimo estado. De esa manera, por consiguiente, la economía es base fundamental para un correcto desempeño y protección de derechos fundamentales, que todos tienen como punto de conexión al proyecto de vida; además resulta necesario resaltar que en momentos de crisis, en donde se tenga que establecer estados de emergencia, el Estado como garante del bien común, debe estar comprometido en sostener un equilibrio donde los derechos fundamentales colectivos estén por sobre los individuales, y como vimos, todo ello parte de mantener correctas decisiones que amparen la economía en sus diferentes formas.

3.5. SEGURIDAD JURÍDICA EN LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA ECONÓMICA, EN ESTADOS DE EMERGENCIA

Para entrar en contexto y tener claro el marco de la seguridad jurídica, vamos a tomar en cuenta lo mencionado por Moreso y Vilajosana (2004), estos autores entienden a esta institución de manera técnica, por lo que exige tres condiciones: primero que las normas estén revestidas de claridad, es decir, comprensibles para todo ciudadano, segundo que las normas puedan ser conocidas por todos, y por último que el Estado cumpla con sus normas y del mismo modo las haga cumplir. Es preciso señalar también lo mencionado por Atienza (1998), este entiende que la seguridad jurídica tiene íntima relación con la justicia, en ese sentido entiende a la seguridad jurídica como la capacidad que debe tener el derecho para predecir tanto conductas como consecuencias humanas.

De modo que en este apartado pasaremos a revisar la actual redacción constitucional que tenemos a fin de establecer el cumplimiento o no de la seguridad jurídica, la norma base en revisión respecto a la intervención del Estado en materia económica será el artículo 60 de la vigente Constitución Política del Perú ²⁹, donde en el primer párrafo acepta un Estado donde exista pluralismo económico, es decir donde los que intervienen en la economía serán tanto el Estado como los privados, de ahí entendemos que la participación, tanto del estado como particulares,

²⁹ Constitución Política del Perú (1993). Artículo 60. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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.

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

no tendrá tratamiento distinto, por lo que asumiríamos que la intervención estatal conforme a una economía social de mercado sería mucho más activa.

Sin embargo, el siguiente párrafo artículo 60 de la vigente Constitución Política del Perú³⁰, probablemente el más relevante, nos dice que solo por ley expresa, podrá el Estado, de manera subsidiaria participar en actividad empresarial, y ello bajo el fundamento de que exista un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Este párrafo establece un límite a la participación estatal, es decir teníamos hasta lo desarrollado en el párrafo anterior, que existía pluralismo económico, pero para la participación del Estado, ahora vemos, se tendrá que realizar una ley, entonces entendemos que el trato igualitario del que hablamos con la figura de pluralismo económico no es muy claro, hasta este punto evidenciándose la falta de la condición de claridad de las normas que exige la seguridad jurídica, más aún cuando el fundamento para que el Congreso permita a través de una ley, la participación del Estado según este artículo será alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Se convierte en un problema de seguridad jurídica toda vez que la decisión que tome el congreso, por el mismo hecho de ser un centro de discusión política, no será técnica y por lo tanto cualquier conclusión puede ir contra la misma lógica o razonamiento, faltando en este punto a que el Estado no cumpla con sus propias normas por poca claridad.

³⁰ *Ibíd.*

Como ya habíamos trabajado anteriormente el artículo 60 de la vigente Constitución Política del Perú³¹ está referido no solo a la actividad empresarial, sino a intervención económica en general. Y ello también se convierte en un problema de seguridad jurídica, por poca claridad de la norma, como se evidencia de la realidad, que cuando suceden circunstancias de crisis económicas, tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, no realizan ningún acto de intervención o no saben el límite del principio de subsidiariedad, primero porque no existe un marco específico que nos diga en que actividades el Estado puede intervenir y cuáles no; en segundo orden el Poder Legislativo al no haber entendido el poder que tiene el principio de subsidiariedad, y tener en sus manos la decisión, hacen que el alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional, que son presupuestos para la intervención estatal, sean parte de una decisión meramente política y no técnica como debiese.

Del mismo modo hemos podido observar de la realidad, que el Estado y en esencia el Poder Ejecutivo, toma medidas económicas a través, por ejemplo, de decretos de urgencia, o fiscaliza, comunica, exhorta y hasta sanciona a través de INDECOPI, sin embargo se puede observar que los decretos de urgencia si bien son medidas extraordinarias, pueden no cubrir todo el panorama económico que pudiese requerir una crisis, del mismo modo vemos que INDECOPI no tiene la capacidad de inmediatez ante las mismas. Lo mencionado en este párrafo responde a la

³¹ *Ibídem.*

deficiencia respecto a una condición de la seguridad jurídica, que es la de que el Estado cumpla con sus normas y que las haga cumplir, si hablamos de que se cumpla con nuestro modelo de economía, que es la de economía social de mercado, no podemos decir que a través de INDECOPI o un decreto de urgencia se evidencie la protección real de derechos fundamentales que nuestro modelo económico exige.

Para evidenciar lo explicado hasta este punto, ponemos como ejemplo, la creación, en época pandémica de empresas estatales (municipalidades) que tenían como finalidad la venta de oxígeno medicinal y otros a fines, si bien estas actividades aportaron a la salud de los ciudadanos y fueron de gran ayuda al país, si quisiésemos ser estrictos con la Constitución, cada creación de centros de venta del oxígeno medicinal debió de ser debatida en el congreso y aprobada mediante ley, pues así establece la Constitución, ello deja abierta la puerta a los empresarios para demandar al Estado; otro ejemplo, es el Decreto de Urgencia N° 113-2021³², que si bien fue de gran aporte para la economía del país, ello no resta que este Decreto podría debatirse si está conforme a la Constitución, pues el Poder Ejecutivo legisló en materia tributaria, aun cuando la Constitución no lo permite; por último para ejemplificar esta situación citamos al informe emitido por INDECOPI (2020), donde se expresa que como institución administrativa, no

³² Decreto de Urgencia N° 113-2021, de fecha 24 de diciembre de 2021. “Decreto de urgencia que amplía la vigencia del decreto de urgencia n° 050- 2021, decreto de urgencia que establece medidas para la implementación de la puesta a disposición del adquirente del bien o usuario del servicio y de la superintendencia nacional de aduanas y de administración tributaria (SUNAT) de la factura y recibo por honorarios electrónicos durante la pandemia”

pueden controlar los excesivos precios de medicamentos u otros. Estos ejemplos revelan entonces la poca claridad de las normas constitucionales, que permiten por un lado que se puedan cometer excesos o que se limiten al punto de no proteger derechos fundamentales; que por lo tanto genera que el Estado no cumpla con sus normas.

En ese sentido, se necesita seguridad jurídica en nuestras normas constitucionales, que sean claras, conocidas y que el Estado las cumpla y las haga cumplir, ello con la finalidad de que los proveedores puedan tener la seguridad de que como privados tienen límites, y los usuarios tenga la seguridad que ante crisis económicas como la mencionada, el Estado va a intervenir de modo que no se afectarán derechos fundamentales.

3.6. APRECIACIONES FINALES

A modo de generar y explicar la conexión entre los apartados tocados en este capítulo, incluimos este último. Como llegamos a observar existe una clara relación entre los estados de emergencia y los problemas económicos, que si bien nacen de otros contextos como desastres naturales, no dejan de convertirse en emergencias económicas. Por lo que esas emergencia económicas deben de ser respondidas por el Estado, toda vez que en primer lugar, así lo exige la materialización del modelo de economía social de mercado; sin embargo también es evidente que existe un candado normativo, que es el principio de

subsidiariedad, mismo que limita la intervención estatal; ante ello en esta investigación se pudo observar que los presupuestos para el estado de emergencia y la aplicación del principio de subsidiariedad, doctrinariamente, serán los de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, por lo que guardan relación entre sí al momento de su aplicación, aunque el procedimiento para la aplicación sean altamente distintos. Pero ello nos lleva a analizar que aunque son figuras similares, el estado de emergencia tiene la tendencia a la protección de derechos fundamentales colectivos por sobre individuales de manera inmediata, como la dignidad, la vida, salud, bienestar social, etc. Siendo esto así observamos que nuestra actual redacción constitucional respecto a la intervención Estatal en materia económica, no resulta clara tanto para proveedores como consumidores, por lo que no brinda seguridad jurídica deseada. No podemos dejar de lado la existencia de otras instituciones que se encuentran relacionadas a este tema como los decretos de urgencia e INDECOPI, sin embargo como vemos, los decretos de urgencia, serán un mecanismo que acelera el procedimiento legislativo, mas no sobrepasa el principio de subsidiariedad económica, por lo que habrán temas que no podrán legislarse; la otra será INDECOPI, que como bien observamos, al ser una institución administrativa, esta seguirá un procedimiento que demorará, y pues en épocas de crisis es menester acciones rápidas y efectivas de protección a derechos fundamentales.

Para poder comparar algunas actuaciones que no se pudieron hacer en el Perú por lo mencionado en párrafos anteriores, anotaré algunas de las acciones tomadas por otros países, por ejemplo, según información detallada por Ayvar (2020), El Salvador, mediante la institución de la Defensoría del Consumidor, fijó precios máximos de venta de productos médicos para combatir el Covid-19; Argentina por su parte, también intervino en la determinación de precios, en especial a los productos dentro de la canasta básica familiar, en Europa, Francia realizó control de precios mediante Decretos, del mismo modo mencionamos a España, donde Larrouy (2022), menciona que en este país además de realizar control de precios, realizó rebajas fiscales y ayudas económicas, menciona además, que el control de precios como estrategia viene concretándose como acuerdo en toda la Unión Europea, a raíz del conflicto Rusa-Ucrania. Ello nos lleva a realizar una propuesta normativa que permita a futuro, así como los países mencionados en este párrafo, tomar medidas que disminuyan el impacto en eventuales futuras crisis económicas.

CAPÍTULO IV:

PROPUESTA NORMATIVA

Para plantear esta propuesta normativa en primer orden detallaremos la actual redacción, luego esbozaremos nuestra propuesta, para finalmente explicar las razones de nuestra idea.

En ese sentido, para la propuesta tomaremos en cuenta dos artículos de la Constitución Política del Perú (1993), siendo así, la actual redacción constitucional de aquellos artículos es la siguiente:

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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.

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

Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la

seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

A continuación, pasaremos a esbozar la propuesta normativa que planteamos en esta investigación:

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

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 **y excepcionalmente en circunstancias de estado de emergencia por crisis económicas.**

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

Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio

nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

3. Estado de emergencia por crisis económicas, en caso de grave alteración del orden económico del país, el Poder Ejecutivo podrá intervenir, por sobre el principio de subsidiariedad económica, con pronunciamiento y aprobación técnica del Ministerio de Economía y Finanzas.

Los plazos seguirán la misma suerte que lo señalado en el estado de emergencia.

Con estas modificaciones a la Constitución, lo que planteamos es que a partir de la creación de un Estado de emergencia por crisis económicas, el Poder Ejecutivo, en representación del Estado, con aprobación técnica del Ministerio

de Economía y Finanzas, pueda tomar decisiones inmediatas ante eventuales crisis económicas, ello permitiría principalmente la no dilación del debate político en el congreso respecto a la intervención estatal económica, materializando nuestro modelo de Economía social de mercado, que por consiguiente generará inmediata protección de derechos fundamentales, y sin olvidar además que esta propuesta permitirá tanto al Estado como a los privados, reconocer que existen momentos de crisis económica, en donde será el Estado quien tomará las riendas de la economía para evitar descontrol, de la misma manera, asegurará a los ciudadanos un mínimo de respeto a sus derechos fundamentales ante una eventual crisis económica.

CONCLUSIONES

- a) La materialización del modelo de economía social de mercado, la satisfacción del alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, la protección de derechos fundamentales, como la dignidad del hombre, la vida, la salud y el bienestar social, y por último generar seguridad jurídica en el ámbito económico; son fundamentos para la intervención del Poder Ejecutivo en la economía en momentos de emergencia económica.

- b) La medida de estado de emergencia si bien permite restringir derechos fundamentales para sostener catástrofes naturales, a raíz de estas, eventualmente, se generan crisis económicas como la ocasionada por el Covid-19, crisis que como vimos debió enfrentarse con medidas como la del estado de emergencia, en ese sentido encontramos evidente relación entre los problemas económicos y la figura de estado de emergencia.

- c) El rol estatal en primer orden lo evaluamos a partir de sus fines como son la garantía del bien común y conservación del grupo social, estos fines se ajustan a la materialización del modelo de economía social de mercado donde se prioriza el libre mercado pero de la misma forma se protege derechos sociales, sin embargo este entendimiento no es absoluto pues existe el principio de subsidiariedad que reduce y limita la participación del Estado a decisiones políticas o congresales.

- d) La satisfacción del alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, implica revisar la alta relevancia que tendrán los derechos colectivos por sobre los individuales, además, son requerimientos necesarios al momento de establecer la participación del Estado en materia económica de manera subsidiaria. Por lo que esta decisión no puede ser evaluada en un foro político como el Congreso de la República, sino técnico como un Ministerio.
- e) Como evidenciamos y tomando como referencia la pandemia por Covid-19, además generó crisis económica, esta vulneró derechos fundamentales tales como la dignidad, la vida, la salud, bienestar social y otros; estos derechos tendrán una conexión directa con la protección al proyecto de vida, mismo que será el Estado en cumplimiento a sus fines que protegerá de manera progresiva, y ello debe cautelarse con mayor énfasis en crisis económicas pues como también evidenciamos es la economía la base para el desempeño y protección de derechos fundamentales.
- f) La actual redacción referida a la intervención del Estado en materia económica, ha generado que el Estado cometa excesos o poca intervención cuando se necesitaba, además de debates políticos interminables, evidenciando la poca claridad de las normas, incumpliendo con la claridad normativa, requisito para brindar seguridad jurídica al país.

RECOMENDACIONES

- a) Nuestros legisladores deben tener siempre presente que el fundamento jurídico económico en relación a la creación o aplicación de normas económicas, es la materialización del modelo de economía social de mercado.
- b) La principal recomendación en base a esta investigación es exigir a nuestros representantes políticos el fomento de reformas que generen seguridad jurídica en materia económica, tanto para proveedores como para ciudadanos en general.
- c) Teniendo como base nuestra actual Constitución, es imperioso sugerir a nuestros congresistas que cuando surjan emergencias como la vivida por el Covid-19, los debates tiendan a lo técnico y dejar atrás posturas políticas, pues en temas de crisis económicas priman los derechos fundamentales colectivos.
- d) Con la actual redacción, es importante recomendar a los operadores jurídicos, pero en esencia al Tribunal Constitucional, que en lo relativo a la intervención estatal en materia económica, se delimite tanto el alcance del principio de subsidiariedad, como los supuestos en donde su aplicación sea necesaria.

LISTA DE REFERENCIAS**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Arráez, M., Calles, J., y Moreno de Tovar, L. (2006). La Hermenéutica: una actividad interpretativa. *Sapiens*, 7(2), 171-181.

Atienza, M. (1990). Para una teoría de la argumentación jurídica. Cuadernos de filosofía del derecho. Centro de estudios constitucionales – Universidad de Alicante.

Atienza, Manuel. (1998). Introducción al Derecho (1°. ed. corregida). Distribuciones Fontamara S.A.

Benavides, J. (2016). Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani. Law journal*, 5, 173-188.

Bernal, Cesar A. (2006). Metodología de la investigación (2.º ed.). Pearson educación.

Blancas, C. (2017). Derecho Constitucional: Colección “Lo esencial del Derecho”. Fondo editorial PUCP.

Cruces, A. (2021). Economía social de mercado y principios de subsidiariedad en la Constitución peruana. Palestra Editores.

Comanducci, P. (2010). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. El canon neoconstitucional, 173-190.

Correa Fontecilla, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. *Revista española de control externo*, 8(24), 135-161.

Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en serio* (A, Gustavino, Trad, 2°. Ed.). Ariel (Obra original publicada 1977)

Donayre Montesinos, C. (2005). Artículo 137, Estado de emergencia y estado de sitio. En Gutierrez, W. (Eds). *La Constitución comentada: Análisis artículo por artículo* (pp.459-468). *Gaceta Jurídica*.

Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (15), 113-136.

Franco, S. (2007). Dos derechos al revés: reflexiones sobre los derechos a la vida ya la paz en el mundo actual. *Salud colectiva*, 3, 315-323.

García García, E. (1999). *Derechos humanos y calidad de vida. Derechos humanos: la condición humana en la sociedad tecnológica*, 3, 131-163.

García Toma, V. (2010). Teoría del Estado y Derecho Constitucional (3° ed.).
Editorial Adrus, S.R.L.

Guerrero Bejarano, M. A. (2016). La investigación cualitativa. INNOVA
Research Journal, 1(2), 1-9

Odar, R. M. T. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. Derecho y
cambio social, 12(41), 20.

Kresalja, B., Ochoa, C. (2020) Derecho Constitucional económico. Tomo I:
Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales
(2° ed.) Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Kresalja, B. (2010). El principio de subsidiariedad en materia económica:
Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993. Palestra
Editores.

Kresalja, B., Ochoa, C. (2016) Derecho Constitucional económico Colección
“Lo esencial del Derecho”. Fondo editorial PUCP

Landa, C (2016). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución
económica del Perú. Forseti, (1), 145-157.

Moreso, J y Vilajosana, J. (2004). Introducción a la teoría del derecho. Marcial Pons.

Núñez Vaquero, A. (2014) Dogmática Jurídica. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, (6), 245-260.

Ochoa Cardich, C. (2004). Los Decretos de Urgencia en la Constitución Peruana de 1993. Derecho & Sociedad, (23), 30-35.

Ortúzar, Pablo (Ed). (2015) Subsidiariedad: Más allá del Estado y del Mercado. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.

Planas Silva, P. (1993). Decreto de urgencia y "medidas extraordinarias". Notas para una tipificación. IUS ET VERITAS, (7), 133-158.

Rubio Correa, M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV. Fondo editorial PUCP.

Torres, A. (2011) Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho. (4º ed.) Editorial Moreno.

Vargas, Z. (2009). LA INVESTIGACIÓN APLICADA: UNA FORMA DE CONOCER LAS REALIDADES CON EVIDENCIA CIENTÍFICA. Revista Educación, 33 (1) ,155-165.

Vélez Arango, A. L. (2007). Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el estado social de derecho. *Hacia la Promoción de la Salud*, 12(1), 63-78.

Vieira Álvarez, C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, volumen (21), pp. 197-224.

REFERENCIAS VIRTUALES

Ayvar, R. (2020, 10 de abril). Los precios y el coronavirus: ¿Intervención o empatía? *Enfoque Derecho* <https://acortar.link/BeO335>

Cabral, E. y Castro, A. (2020, 18 de marzo). Alimentos de la canasta familiar subieron hasta 33% luego de la Emergencia Nacional. *Ojo Público*. <https://acortar.link/07BvB5>

Cabezas, J. (2020, 22 de agosto). El precio del oxígeno se dispara en Perú. *La Vanguardia*. <https://acortar.link/WDehyx>

Cornejo, D. (2022, 13 de junio). ¿Cómo influyó la economía en la precariedad del trabajo durante los primeros años de pandemia? *Comentarios al escenario actual del Perú. Enfoque Derecho*. <https://acortar.link/LWITgQ>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2021, 21 de setiembre). Precios de medicamentos recetados para Covid-19 fueron hasta 123,6% más caros en clínicas en comparación a farmacias privadas. Nota de prensa. <https://acortar.link/WgJh89>

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2020, 03 de agosto). Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a Nivel Nacional. Informe N° 03. <https://acortar.link/LfqkPX>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020, 16 de marzo). El Indecopi no tiene facultades para controlar o regular los precios de los productos o servicios. <https://acortar.link/IY5HHH>

Instituto Peruano de Economía. (2021, 8 de febrero). Inversión de Pandemia. <https://acortar.link/WbaNGa>

Redacción RPP. (2020, 14 de mayo). Cusco: Transportistas imponen "Pasaje COVID-19" que eleva en más del 100% su costo. Radio Programas del Perú. <https://acortar.link/4WnpRc>

Larrouy, D. (2022, 17 de marzo). Rebajas fiscales, ayudas y control de precios: cómo los países europeos se protegen del coste de la energía. ElDiario. <https://acortar.link/SeFvxu>

Pérez, C. (2008, 13 de setiembre). Estados Unidos se convierte al intervencionismo. Diario El País. <https://acortar.link/ggGI9J>

LEGISLACIÓN NACIONAL

Congreso Constituyente Democrático. (30 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. Constitución Política del Perú. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".

Decreto Legislativo 1033, Decreto legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional De Defensa De La Competencia Y De La Protección De La Propiedad Intelectual – INDECOPI

Decreto supremo N°008-2020-SA, del 11 de marzo de 2020, Decreto Supremo que declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del COVID-19.

Decreto de Urgencia N° 113-2021, de fecha 24 de diciembre de 2021. “Decreto de urgencia que amplía la vigencia del decreto de urgencia n°

050- 2021, decreto de urgencia que establece medidas para la implementación de la puesta a disposición del adquirente del bien o usuario del servicio y de la superintendencia nacional de aduanas y de administración tributaria (SUNAT) de la factura y recibo por honorarios electrónicos durante la pandemia”.

SENTENCIAS O RESOLUCIONES JUDICIALES

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N°02210-2007-PA/TC, 21 de octubre del 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 7320-2005-PA/TC, 23 de febrero del 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 8152-2006-PA/TC, 15 de noviembre del 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 5259-2006-PA/TC, 14 de agosto del 2006.