



Volume 27

2022

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)
Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)

EQUIPE TÉCNICA

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 27 – 2022

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2022. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

A NECROPOLÍTICA NO BRASIL: UM REFLEXO DA CRISE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA EM TEMPOS DE COVID-10.....	05
RIBEIRO, Deborah Francisco SOUZA, Luis Fernando Garcia BREGA FILHO, Vladimir	
ANALISIS DEL PROCESO HISTÓRICO Y DE GLOBALIZACION DE CHINA.....	22
GOYENECHÉ, Fredi Eduardo	
O DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE GENÉTICA E À BUSCA PELA ANCESTRALIDADE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.750/SP.....	56
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti	
EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO Y SU ACTUAL PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....	69
LEÓN, Aníbal Quiroga	
ACERCA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, INTERDISCIPLINAR, CONTEMPORÁNEO.....	85
MANRIQUE, Jorge Isaac Torres	
REALIZAÇÃO DO TESTE DE ALCOOLEMIA E A VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO POLICIAL DE TRÂNSITO.....	101
PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos	
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: UNA MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DEL DERECHO PENAL CULPABILISTA Y DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	123
RUÍZ, Armando Noriega BLANCO, Milton Pereira SALAS, Fernando Luna	
REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL E DIREITOS HUMANOS.....	140
GONDIM, Laís Maria Belchior MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota	
LA IMPORTANCIA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL MEDIO AMBIENTE	159
DIAS, Handel Martins SARTI, Lia MOITA, Gabriella Guimarães	
FACÇÕES CRIMINOSAS: A PROVENIÊNCIA DO SENTIMENTO DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO PRIVADA DA PENA EM ÂMBITO NACIONAL.....	180
CUNHA, Jordy Abraão da BEZERRA, Tiago José de Souza Lima	

LAS FAMILIAS DEL SIGLO XXI: LOS FACTORES QUE INTERVIENE EN LA CRISIS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA EN MATERIA DE FAMILIA.....202

GALINDO, Doris Ortega

HERNÁNDEZ, Paula Andrea Cortina

NOTA AO LEITOR

A 27ª edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro

Editora da Revista Intertemas

EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO Y SU ACTUAL PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

LEÓN, Aníbal Quiroga¹

INTRODUCCIÓN

Poder determinar, dentro de la llamada Constitución Económica que contiene nuestra Carta Política, el significado y alcances -en una primera aproximación- el determinante rol subsidiario del Estado en la iniciativa económica para ser de suma importancia.

Fracasados en el pasado en una economía estatista y con empresas de propiedad estatal actuantes en el mercado, fue una constatación dolorosa para nuestra patria y nuestro pueblo en los principios de los '90 del Siglo pasado, arrastrados por una hiperinflación, por índices de pobreza escandalosos y por un atraso nacional en casi todos los niveles de la sociedad y del Estado.

El Estado, administrado por los gobiernos de turno (de izquierda, de centro y de derecha) fue y es un mal administrador y un pésimo empresario. Y lo tiene que ser porque la estructura estatal y su funcionamiento burocrático están en las antípodas de las reglas, leyes y dinámica de una economía de mercado. No se puede producir en abundancia por decreto. No se puede producir con calidad por reglamento. Y no se puede fijar los precios competitivos por leyes. Eso trae, como ya está más que visto y probado, fracaso y la inevitable inflación, que solo atrasará más a la economía y a las grandes mayorías. Y, de paso, dejará menos ganancias al estado

¹Profesor Principal, Abogado y Magíster en Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú; doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en actual proceso de convalidación por la Universidad de Cuyo (Mendoza). Profesor en las Facultades de derecho de la Universidad de Ciencias Aplicadas y en la Universidad de Lima, en el Perú. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima y ex Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la república. Ex asesor de diversas Comisiones del Congreso de la República, de los Ministerios de Justicia y de defensa. Ex miembro de la Comisión Especial para el Diferendo Perú-Chile en la Corte de Justicia Internacional de La Haya. Miembro de la Asociación Peruana de derecho Constitucional, la Asociación Argentina de derecho Constitucional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Asociación Mundial de derecho procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Autor de diversos libros, ensayos y artículos en materia de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría del Proceso y Arbitraje. Abogado en ejercicio.

por la vía impositiva con lo cual la caja fiscal se verá seriamente afectada. Ganancia cero.

Ya se sabe que del atraso y la pobreza no surge la riqueza, ni el superávit para que el presupuesto estatal pueda cubrir sus necesidades básicas y, además, para atacar con alguna eficiencia los aspectos fundamentales de la infraestructura, la educación, la salud y la seguridad, por citar solo los más importantes.

La pobreza solo trae más pobreza y mayores necesidades. Nunca la riqueza podrá emerger de la pobreza y del atraso.

¿Qué es entonces lo que hace progresar a una nación?

El auge de sus empresas, la iniciativa privada, la inversión de grandes capitales, la eficiencia en la producción, la calidad de los bienes y servicios, la competitividad y los precios atractivos en el mercado producto del delicado equilibrio que provee la ley de la oferta y la demanda. Y está claro que el Estado, administrado por el gobierno de turno (sea del sino que fuere) no está calificado ni apto para intervenir en el mercado con un mínimo de eficiencia. Por lo tanto, no debe intervenir.

Por eso la Constitución, con sabiduría, reconduce el esfuerzo del Estado a un rol subsidiario y contralor. Solo allí donde la iniciativa privada no se presente, por los distintos factores que el mercado impone, el Estado debe aparecer como un protagonista económico. En los demás casos, debe ejercer con ple a autoridad, fortaleza y eficacia como un robusto contralor de la participación de los agentes en el mercado, la empresa, la industria, la producción y la calidad de los bienes y servicios que ese mismo mercado nacional ofrezca a la ciudadanía.

Y, a mayor velocidad en la circulación comercial (mayores ventas), mayores ganancias para su mayor producción, inversión e inyección de dinero en la economía; y, además, mayor recaudación estatal por la vía impositiva. Ganancia de todos.

Esto es lo que trata de diseñar la Constitución económica de nuestra Carta Fundamental en el apartado del rol subsidiario del Estado en la economía. Y eso es lo que hoy tratamos de explicar someramente en el presente trabajo.

LA CONSTITUCIÓN

La constitución es la norma fundamental dentro de nuestro ordenamiento jurídico que obliga imperativamente a todos a través de la llamada fuerza vinculante bilateral. Es también el máximo marco político en la estructuración del Estado de

Derecho constitucional Esta contiene normas que no pueden ser contradichas ni desnaturalizadas por ninguna otra norma del sistema legislativo, ni por ningún otro organismo constitucional dentro del Estado. Ello, está estrechamente vinculado con el Principio de Constitucionalidad del Ordenamiento Jurídico.

Así, la Constitución establece la forma como se va a organizar el Estado, sus principales órganos, su conformación y funciones. Asimismo, en el texto constitucional están contenidos el procedimiento y las atribuciones generales que tienen los órganos del Estado para dictar las leyes y las otras normas del sistema legislativo.

De igual manera, podemos decir que la Constitución además de vértice supremo de todo ordenamiento jurídico, es, y por sobre ello, en adición a ser la Constitución una norma jurídica, *lex superior* o *higher law*, en un sentido formal, antes que nada, una norma política continente de principios, valores y postulados fundamentales para la organización política, social, cultural y económica de la nación; elementos que por su propia naturaleza, realidad y finalidad habrán de tener una vigencia históricamente dinámica, cambiante con el desarrollo del país y con el paso del tiempo. (Quiroga León, 2012)

Es así como la Constitución de 1993, en su parte económica comprende los Arts. 58° a 59°, siendo que en el Título III, Capítulo I, contempla los principios que servirán como guía y límites para el desarrollo económico del país.

ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Diversos autores han elaborado extensa literatura respecto a este modelo económico, entre ellos, Ernesto Álvarez Miranda (2014, pp.256-269), quien señala que este concepto fue concebido durante la República de Weimar, en la Alemania posterior a la Primera Guerra Mundial. El citado autor, en su artículo “*El modelo económico de la Constitución Peruana*”, aborda la concepción desde la perspectiva clásica, citando a Alfred Müller-Armack, quien la define como “*aquel modelo en el que la economía funciona de acuerdo con las reglas del mercado, pero complementada con garantías sociales*”, afirmando a su vez que el núcleo de la misma radica en la combinación del principio de libertad de mercado con el principio de equidad social.

En la obra de Álvarez, también se sostiene que la Economía Social de Mercado se ve influenciada por el aporte académico de diversas escuelas económicas

(como la de Friburgo), así como la doctrina social de la Iglesia Católica, la cual determina que el orden social (cuyo objeto capital es el hombre, es decir, el ser sociable) debe alzarse en base al fundamento del derecho natural y de la revelación divina, lo cual lleva a concluir al autor que *la economía social de mercado se rige bajo la lógica de tanto mercado como sea posible y tanta intervención estatal como sea necesaria.*

Con relación al significado de economía social de mercado, coincidimos con Kresalja y Ochoa (2016, pp. 59-60) al señalar que *“economía social de mercado”* no tiene un contenido definido y preciso, como hemos podido corroborar con las diversas descripciones que se dan sobre el tema. Para los referidos autores, este concepto *“nos hace entender que las reglas de la economía deben regirse fundamentalmente por los mecanismos que proporciona el mercado, pero también que el Estado tiene deberes ineludibles que cumplir. Así, debe hacer posible la concreción del derecho de los individuos y sus asociaciones a participar en la vida económica, propiciar un sistema competitivo, en el cual los actores tengan en sus manos las decisiones fundamentales, penalizando los abusos de las prácticas restrictivas, para beneficio en primer lugar de los consumidores, pero también de los agentes económicos y del propio sistema.”*

Podemos señalar que la economía social de mercado es un modelo rector que supone un equilibrio entre la libertad económica, la actividad privada, la defensa de la competencia y el rol del Estado en su intervención o participación en la economía con normas y medidas que garanticen que el sistema económico funcione adecuadamente en beneficio de la sociedad. Lo que significa la existencia de complementariedad entre ambos actores.

LA CONSTITUCIÓN DE 1979

La Constitución para la República del Perú, dada por la Asamblea Constituyente de 1978, fue aprobada el 12 de julio de 1979 y entró en vigencia el 28 de julio de 1980, al inicio del gobierno del presidente Fernando Belaúnde Terry. Así, Ernesto Blume (1997, p.32), sostiene que la Carta de 1979 fue la que inauguró un tratamiento sistemático, coherente, ordenado, orgánico y armónico del sistema económico peruano.

Podemos señalar que la configuración de un régimen económico fundamentado en la **economía social de mercado** en nuestra Carta Constitucional tiene su antecedente inmediato en la Constitución de 1979, que comprendía el Título III de la misma y constaba de ocho (VIII) capítulos, los cuales estaban distribuidos de la siguiente forma:

CAPITULO I.- Principios generales (Arts. 110 al 117)
CAPITULO II.- De los recursos naturales (118 al 123)
CAPITULO III.- De la propiedad (Arts. 124 al 129)
CAPITULO IV.- De la empresa (Arts. 130 al 137)
CAPITULO V.- De la Hacienda Pública (Arts. 138 al 147)
CAPITULO VI.- De la moneda y la banca (Arts. 148 al 155)
CAPITULO VII.- Del régimen agrario (Arts. 156 al 160)
CAPITULO VIII.- De las Comunidades Campesinas y Nativas (Arts. 161 al 163)

El régimen económico, tal como expresaba el Art. 110º del Capítulo I, del Título III, establecía que “(...) *se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza (...)*”. Así mismo, el concepto de economía social de mercado se aprecia en el Art. 115º del texto de la referida Constitución, donde se contemplaba la libertad de la iniciativa privada y el rol de supervisor del Estado para dicha actividad, así como se reconoce su labor impulsora.

Art. 115º. -
La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de Mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

Respecto a la Constitución de 1979 y para el tema que nos compete, es también importante destacar el Art. 113º. En este, podemos resaltar que el Estado contemplaba la posibilidad de ejercer actividad empresarial de manera libre, en tanto no se contemplan más requerimientos, en comparación con la Constitución vigente.

Art. 113º.-
El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La actual Constitución Política del Perú, redactada por el “Congreso Constituyente Democrático” de 1992 instalado luego del Golpe de Estado dado desde

la propia presidencia de la Republica por Alberto Fujimori Fujimori, fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1 de enero de 1994. En esta Constitución, a la fecha vigente, el régimen económico del Perú se encuentra plasmado en el Título III de la Constitución Política del Perú, comprendiendo este un total de seis (VI) capítulos los cuales se distribuyen de la siguiente forma:

CAPITULO I.-Principios generales
CAPITULO II.-Del ambiente y los recursos naturales
CAPITULO III.- De la propiedad
CAPITULO IV.- Del régimen tributario y presupuestal
CAPITULO V.- De la moneda y la banca
CAPITULO VI.- Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas

La sección económica de la Constitución es de lo más logrado en el texto, según comenta Domingo García Belaunde (2014, pp. 211-229), esta introdujo un modelo económico decididamente liberal con atisbos sociales. Sin embargo, agrega que el avance y bienestar económico del país no fue gracias a la Constitución, considera además que el crecimiento económico no tiene relación con las Constituciones, pues estas son únicamente un simple marco de referencia.

Para Quispe Correa (2007, p. 144-155) la Constitución de 1993 adoptó la misión especial de introducir una economía de mercado más amplia con mínima intervención estatal. Señala, además, que estas nuevas adiciones reforzaron la garantía estatal para la libertad de empresa, la libre competencia, la lucha contra el abuso de las posiciones dominantes y la garantía de que el contrato no podía ser alterado por Ley o cualquier otro tipo de disposición legal.

La Constitución vigente reconoce el modelo económico de la **Economía Social de Mercado**, que como hemos visto previamente se encontraba ya reconocido por el régimen económico de la Constitución de 1979, en su Art. 115°. Antecedentes previos de este concepto en Perú pueden hallarse a lo largo de nuestra historia colonial y republicana, aunque únicamente referidos a temas de hacienda u otras autoridades encargadas de las actividades financieras o tributarias del país. Sin embargo, las ya mencionadas Constituciones de 1979 y 1993, han sido las únicas que han dado un tratamiento sistemático al régimen económico aplicado en nuestro sistema constitucional.

Ahora bien, en la actual Carta Fundamental, el concepto de economía social de mercado está señalado expresamente en su propia literalidad, conforme puede verse del Art. 58°, en el cual, vemos que se reiteran los conceptos de que la

iniciativa privada es libre y se destaca el rol orientador y promotor del Estado. En ese sentido, para Chanamé Orbe (2015), “la economía de mercado, no es otra cosa que la regulación de la oferta y la demanda, donde los bienes circularán económicamente mientras haya quien consuma un producto y quien lo produzca y entre ambos fijen un precio” (p. 601). Asimismo, considera que el Estado interviene en las relaciones económicas de los privados no para suprimir sino con la finalidad de asegurar que la economía de mercado funcione adecuadamente.

Art. 58º.- 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.

Para el Tribunal Constitucional, el concepto economía social de mercado comprende que el derecho a libertad de empresa, junto con los derechos a libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. (STC Exp. N.º 03116-2009-PA/TC F.J. 7)

Adicionalmente, en otra sentencia, dicho Tribunal refiere que cuando el Art. 58º de la Constitución señala que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado, está sentando las bases de principios axiológicos que fundamentan el orden público económico de la Constitución y que garantizan que éste se desenvuelva en forma integrada y racional. (STC Exp. N.º 0005-2005-CC/TC F.J. 35)

Por último, la opinión de este órgano constitucional es que la economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda. En la economía social de mercado al estado le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva. (STC Exp. 0048-2004-PI/TC F.J 12)

Ahora bien, después de haber identificado que el régimen económico a nivel constitucional se fundamenta en una “economía social de mercado” y tal como hemos señalado en otra oportunidad, dentro de una economía social de mercado, el Estado tiene reservado un rol fundamentalmente subsidiario frente a los agentes

económicos y sobre todo, un rol regulador o arbitral entre las diversas fuerzas del mercado, a fin de evitar innecesarias distorsiones provenientes de los cárteles, monopolios, abusos de posición de dominio o falta de idoneidad en el servicio que brindado al consumidor, es decir, al eslabón final de la cadena de producción que, al mismo tiempo, es la raíz y la razón de ser de la economía de mercado (Quiroga León, 2015). En razón a ello, nos centraremos en el Rol Subsidiario que desempeña el Estado conforme lo previsto por el Art. 60 de la Constitución.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En la Constitución de 1993 se incorporó el Principio de Subsidiariedad. Así, Consideramos que el Rol Subsidiario del Estado, es uno de los aspectos más importantes dentro de la Constitución Económica, toda vez que representa la más marcada diferencia entre nuestro actual sistema con el régimen económico de la Constitución de 1979, pese a que ambas teóricamente se rigen bajo una Economía Social de Mercado. Tal es la importancia de este aspecto del régimen económico, que se encuentra plasmado expresamente en la Constitución, específicamente en el segundo párrafo del Art. 60º

Artículo 60.- Pluralismo Económico. -

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. (resaltado agregado)

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

En la Constitución de 1993, en comparación con la Constitución de 1979, efectivamente podemos notar una versión más limitada o cautelosa del Rol empresarial del Estado en la economía con tendencia a la privatización, ya que mientras que en la Constitución de 1979 el Estado era el protagonista en la economía, fomentaba y destacaba su rol empresarial para promover la economía del país y cabía incluso la posibilidad de que este pudiese reservar por ley, para sí mismo, actividades productivas o de servicios ⁽²⁾; en la Constitución vigente se limita la actividad

⁽²⁾ Constitución de 1979, Artículo 114.- Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos.

empresarial del Estado, para dar paso de manera más amplia a la actividad empresarial privada, siendo que el Estado se consolida como un vigilante activo de la labor económica privada.

Ante el evidente fracaso y mal manejo de muchas de las empresas dirigidas por el propio Estado (creadas con precedencia a la Carta de 1993), cuyas consecuencias negativas, se percibían en la sociedad, este cambio constitucional - consideramos- era necesario. Ahondando en ello, Kresalja (2015 p. 88) resalta que bajo la concepción de que el Estado es el más capacitado para decidir qué es lo más conveniente para el beneficio colectivo, las graves ineficiencias de las numerosas empresas públicas que generaban alrededor del 20% del PBI, afectaron el desarrollo de la economía y contribuyeron a una grave crisis política y económica. Aunado a ello, se vio distorsionada y afectada la competencia económica, la aparición de controles financieros y monetarios, también en el ámbito de los precios, que resultaron en un empobrecimiento general.

Lo previamente señalado, no quiere decir que, ante la mala experiencia precedente, el Estado en la actualidad no realice actividad empresarial, ni mucho menos, sino que esta intervención debe ceñirse a los supuestos recogidos por la Constitución de 1993 y dentro del marco de establecido por las normas específicas expedidas en materia de la actividad empresarial del Estado que fueron surgiendo a partir de los cambios efectuados en la Constitución de 1993, como el Decreto Supremo N° 088-2001-PCM, el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, el Decreto Legislativo N° 1031 – Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, etc.

En ese sentido, mencionamos que conforme lo informado por el Ministerio de Economía y Finanzas, al 31 de diciembre de 2018 existían 157 empresas del Estado, de las cuales se encontraban operativas 118, no operativas 19 y en proceso de liquidación 20 (2018). Entre los rubros de negocio, se encuentran empresas de finanzas, saneamiento, generadoras y distribuidoras eléctricas, hidrocarburos, transporte e infraestructura, etc.

Por nombrar algunas de las empresas creadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1993 señalamos a: i) Agrobanco, creada el 20 de diciembre de 2001 por Ley 27603 ii) Fondo Mivivienda, creada en 1998, mediante la Ley N° 26912 iii) Fábrica de Armas y Municiones del Ejército S.A.C. – FAME, creada en 2009 por la Ley N° 29314.

Siendo que muchas otras fueron creadas con anterioridad a la Carta vigente como, el Banco de la Nación, creado en 1966; Servicios Postales del Perú S.A. – Serpost - Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A - Seal, Electrocentro - Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro, Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. – CORPAC, entre otras.

Así el Art. 60º en su segundo párrafo, contempla uno de los principios que inspiran el régimen económico de la actual Constitución el **Principio de Subsidiariedad**. Acorde a este artículo, existen tres supuestos o condiciones para que -el Estado pueda realizar actividad empresarial i) Autorización por ley expresa (aprobada por Ley del Congreso de la República) ii) el carácter de subsidiariedad de la actividad que realizará el Estado y iii) que la finalidad de dicha actividad o la razón de ser, sea el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO?

En este punto, es importante destacar y dilucidar, desde el punto de vista de una adecuada interpretación constitucional (Quiroga León, 2005), “Rol Subsidiario del Estado” o la subsidiariedad del Estado dentro del marco de lo establecido por el segundo párrafo del Art. 60º de la Constitución de 1993. En principio, la subsidiariedad contemplada de modo expreso en el referido artículo, hace referencia a cuánta participación tiene el Estado en el ámbito socio-económico del país, restringiendo su participación a cuando sea estrictamente necesaria, sin que ello implique dejar de regular las relaciones entre particulares, buscando un entorno adecuado para la libre competencia. Así, va a intervenir solo ante deficiencias o falta de servicios o empresas en determinados sectores y rubros. Su participación será orientada principalmente a servicios públicos y sociales, salud, educación y otros que como señalamos no se encentren cubiertos por el ámbito privado.

Lo señalado por el primer párrafo del Art. 3 del D.S Nº 034-2001-PCM nos ilustra más al respecto, al reiterar la prohibición de la actividad empresarial del Estado, bajo cualquier forma, en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas sea suficiente para satisfacer la demanda existente. Añade que dicha circunstancia se presume, salvo demostración en contrario y que tal condición de suficiencia se verifica o cumple en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

Así también lo consideran García Toma y García Izaguirre (2018, p. 556), quienes señalan que la subsidiariedad a la que se refiere el Art. 60 es lo que relaciona al Estado con los agentes económicos privados, autorizando excepcionalmente la participación del Estado en el mercado, solo cuando los particulares mostraran ausencia en el ámbito de producir o efectuar un servicio público determinado o ante las imperfecciones de los agentes económicos privados, y en aras del bien común.

Ampliando este tema, Kresalja (2015, p.107) resalta que el rol subsidiario del Estado en materia empresarial constituye también un mecanismo de control para que los recursos públicos se destinen a satisfacer necesidades que no pueden ser atendidas por el mercado o lo hagan en forma incompleta. En adición a ello, destaca que la intervención subsidiaria permite que la ineficiencia en la actividad empresarial del Estado se encuentre excepcionalmente justificada cuando genere beneficios en términos sociales que no pueden ser alcanzados de otra manera.

Ahora bien, para Walter Gutiérrez (2005), es importante resaltar que el Principio de Subsidiariedad protege el espacio de libertad económica de la persona que todo sistema de economía social de mercado exige, lo cual no significa que el Estado no estará presente con la finalidad de corregir las situaciones de desigualdad o asimetría que se pueden presentar en el mercado, o que este debe actuar menos aún, o que no deba actuar. Implica tan solo que su actuación es distinta, puesto que no se dará no como actor o competidor de los particulares, sino que su papel implica proteger el interés de los agentes en el mercado; ser el creador y garante del orden público.

Po lo tanto, la subsidiariedad a que se refiere el Art. 60 supone que, como regla general, el Estado está impedido de realizar actividad empresarial, en tanto se presume que la iniciativa privada es capaz de atender las necesidades de la sociedad. Sin embargo, cuando se comprobase que ello no sucede, o de plano no existe intervención empresarial privada, el Estado estará facultado (previa creación por ley) para suplir aquella carencia.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR “ALTO INTERÉS NACIONAL PÚBLICO” O “MANIFIESTA CONVENIENCIA”?

“Alto interés nacional público” o “manifiesta conveniencia” son conceptos amplios de textura abierta, sin una definición exacta, unívoca o de contexto único,

pues dependerá de las condiciones y factores por los que se esté considerando crear una nueva empresa de titularidad del Estado y en definitiva, quienes decidirán si se cumple con este requisito de alto interés nacional o conveniencia, serán los propios parlamentarios en el debate que pudieran generar, antes de aprobar la ley de creación, requerida por la Constitución. Siendo que podemos guiarnos de que, en suma, toda decisión debe ser orientada al bien común económico y social.

Este requisito de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional:

requiere una evaluación que únicamente puede ser adoptada por el Congreso mediante un debate no solo político sino también técnico, sobre el que las fuerzas políticas ahí representadas deberán opinar, más aún cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados que solo tienen aplicación en casos excepcionales. Es indudable que para ello deberá tomar en cuenta tanto el impacto que tal decisión tenga en los mercados, como factores relativos al diseño de políticas públicas y estratégicas de mediano y largo plazo, en las cuales el factor internacional debería estar presente, y tal decisión deberá ser siempre específica, pues no será posible extender la autorización a actividades similares por aplicación analógica (KRESALJA, 2015, p.109).

Por su parte, Walter Gutiérrez Camacho (2005, p.838) apunta que la regla del interés general o el bien común contemplada en la Constitución, permite saber cuándo y hasta donde ha de intervenir el Estado en materia económica. Sin embargo, esta regla no puede ser un atajo para facilitar o habilitar todo tipo de intervenciones; precisamente con este propósito la Constitución estableció parámetros a tales intervenciones.

Por otra parte, el Art. 3º del Decreto Legislativo N° 1031 - Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, nos resalta tres condiciones importantes sobre la actividad empresarial del Estado. Además de reiterar que esta debe ser desarrollada en forma subsidiaria y previamente autorizada por Ley del Congreso de la República, agrega también que: **i) debe ser sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional** ii) que es aplicable a cualquier sector económico y iii) que ello no implica una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En principio, cabe recordar que el Tribunal Constitucional, es el ente encargado de la interpretación de los postulados constitucionales; expresamente el

Art. 201º de la Constitución determina que es el “Órgano de Control de la Constitución”.

Con relación al “Principio de subsidiariedad económica del Estado” o “Cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía” (recogido por el Art. 60º de la Constitución) el Órgano Colegiado señaló que este implica:

- i) Un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado.
- ii) Reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica su función de regulación y protección (STC Exp. 7339-2006-PA/TC F.J. 8).

Posteriormente, en otra sentencia, el Tribunal Constitucional identificó que la subsidiariedad a la que se refiere el Art. 60º, es de tipo horizontal. Esta subsidiariedad supone que la relación existente entre el Estado y la ciudadanía se desarrolle en el marco del respeto a la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciéndose la intervención pública a lo esencial. Añade, además, que esto no implica que el estado sea ajeno a cualquier acto privado que tenga incidencia en la sociedad, sino que en estos casos, el Estado deberá tomar las medidas pertinentes tendientes a la protección, seguridad y defensa de los derechos de la sociedad (STC 2210-2007-PA/TC F.J. 16, 17).

Adicionalmente, consideramos importante resaltar lo acotado en los fundamentos 20 y 21 de la STC EXP. N° 0008-2003-AI/TC, donde el máximo intérprete de la Constitución indicó que **el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo**, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre público y privado.

En ese mismo sentido, el TC considera que el principio de subsidiariedad:

no se funda en una concepción "opositiva" de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión "integradora" y "consensual" del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias (STC EXP. N° 0008-2003-AI/TC F.J. 21).

De lo previamente expuesto, podemos concluir que, para el Tribunal Constitucional, dentro de la relación económica existente entre el Estado y los ciudadanos, entre público y privado, el Principio de Subsidiariedad implica que la actuación del Estado se limita a lo esencial dando lugar a que la iniciativa privada sea protagonista de la actividad económica. La actuación activa empresarial del Estado, se concretizará únicamente en el supuesto en que la sociedad y el mercado no hayan podido cubrir los servicios o necesidades esenciales, o ante la deficiencia de estos. Además, si bien la participación en materia económica del Estado, se reduce o limita, debe entenderse que adquiere una participación relevante como protector, supervisor y regulador del mercado.

Para concluir, destacamos que, si bien el Estado se encuentra restringido en su participación directa en la economía por el Principio de Subsidiariedad, conforme nos ilustra Walter Gutiérrez (pp. 838-839), las actividades que el Estado está facultado para realizar en este ámbito, pueden ser: i) Proteger los derechos y libertades económicas de las personas. ii) Crear y mantener un marco institucional y jurídico que facilite el funcionamiento del mercado y la generación de riqueza. iii) Garantizar la seguridad necesaria para que los particulares puedan trabajar, realizar sus transacciones, y concretar sus iniciativas económicas.

BIBLIOGRAFÍA

AGROBANCO. (s.f.). *Historia*. <https://www.agrobanco.com.pe/nosotros/>

ÁLVAREZ MIRANDA, E. (2014). El modelo económico de la constitución peruana. *IUS ET VERITAS*, 24(48), 256-269. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11921>

BLUME FORTINI, E. (1997). La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia. *THEMIS Revista de Derechok*, (36), 29-37. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11717>

CHANAMÉ ORBE, R. (2015). *La Constitución Comentada*. (9ª ed., Vol.1). Editora y Distribuidora Ediciones Legales.

CHANAMÉ ORBE, R. (2015). *La Constitución Comentada*. Ediciones Legales.

FÁBRICA de Armas y Municiones del Ejército S.A.C. (s.f.). *¿Qué hacemos?* Ministerio de Defensa. <https://www.famesac.com/>

FONDO MIVIVIENDA. (s.f.). *Marco Legal*. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. <https://www.mivivienda.com.pe/PortalWEB/fondo-MIVIVIENDA/pagina.aspx?idpage=3>

FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. (s.f.). *Nuestra Organización*. Ministerio de Economía y Finanzas. <https://www.fonafe.gob.pe/>

GARCÍA BELAUNDE, D. (2014). La Constitución Peruana de 1993: Sobreviviendo pese a todo pronóstico. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (18), 211-229.

GARCÍA TOMA, V. y García Izaguirre, J. (2018). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Pacífico Editores.

GUTIÉRREZ CAMACHO, W. (2005). Artículo 58: Iniciativa privada y economía social de mercado en W. Gutiérrez Editor (Ed.), *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. (1ª ed., Vol. 1). Gaceta Jurídica.

KRESALJA, B. (2015). *¿Estado o Mercado? El Principio de Subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

KRESALJA, B. y Ochoa, C. (2016). *Derecho Constitucional Económico – Colección lo Esencial del Derecho 8*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (2018). Informe S/N. https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/2018/empresas_estado2018_tomo2.pdf-Presidencia de la República. (2008, 23 de junio). Decreto Legislativo N.º 1031 - Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado. Recuperado de <https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-legislativo/6558-decreto-legislativo-n-1031/file>.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. (2001, 17 de julio). Decreto Supremo N.º 088-2001-PCM. Recuperado de [https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/26-08-04\(8\)/Normas_relacionadas/DS_088-2001.pdf](https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/26-08-04(8)/Normas_relacionadas/DS_088-2001.pdf)

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. (2001, 6 de abril). Decreto Supremo N.º 034-2001-PCM. Recuperado de [https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/26-08-04\(8\)/Normas_relacionadas/DS_034-2001.pdf](https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/26-08-04(8)/Normas_relacionadas/DS_034-2001.pdf)

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. (2001, 7 de abril). Decreto Supremo N.º 034-2001-PCM. SPIJ. Recuperado de Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ (minjus.gob.pe)

QUIROGA LEÓN, A. (2012). *Constitucional Biblioteca Manual del Litigante*. Ediciones Caballero Bustamante.

QUIROGA LEÓN. A. (2005). La Interpretación Constitucional, Interpretación Constitucional, Tomo II. Libro colectivo coordinado por E. Ferrer MG. Ed. Porrúa.

QUIROGA LEÓN, A. (2015). Yo te multo, Yo Tampoco. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroga-derechoprocesal/2015/04/21/yo-te-multo-yo-tampoco/>

QUISPE CORREA, A. (2007). *La Constitución Económica*. (2ª ed.). MaxiGraphica Impresores.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. (1 de abril de 2005). Exp. N° 0048-2004-PI/TC (Lima). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. (2005, 18 de noviembre). Exp. N.º 0005-2005-CC/TC (Lima). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00005-2005-CC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2003, 11 de noviembre). Sentencia Exp. N° 0008-2003-AI/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2007, 13 de abril). Sentencia Exp. N.º 7339-2006-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2008, 21 de octubre). Sentencia Exp. N.º 02210-2007-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02210-2007-AA.pdf>