

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Bruno Adriano Delgado Taboada* (Perú)

El rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica: el caso de la Constitución económica peruana de 1993

RESUMEN

Este artículo de investigación explica el rol de los principios de subsidiariedad y de solidaridad en la configuración del orden económico y social de un Estado constitucional. La tesis central es que la regulación e interpretación de los principios de subsidiariedad y solidaridad van a modular el ámbito de intervención del Estado en la economía. Así pues, cuando se alcanza un equilibrio entre ambos, la libertad individual se armoniza con la igualdad y la solidaridad social. Como parte del desarrollo central de esta tesis, aquí se estudia, en particular, el caso peruano. Para ello, primero se sostiene que la Constitución configura un sistema de valores propio. En segundo lugar, se argumenta que la Constitución económica contribuye a la construcción de un orden social económico y que de este modo se constituye un modelo económico en torno a ciertos valores. Finalmente, se analiza el rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del orden económico.

Palabras clave: Constitución económica, subsidiariedad, solidaridad.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Forschungsbeitrag erläutert die Bedeutung des Subsidiaritäts- und des Solidaritätsprinzips für der Ausgestaltung der wirtschaftlichen und sozialen Ordnung im Verfassungsstaat. Seine zentrale These lautet, dass die Regelung und Auslegung der beiden Prinzipien den Bereich staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft näher bestimmen. Sobald also ein Gleichgewicht zwischen beiden erreicht wird, befindet sich die individuelle Freiheit im Einklang mit Gleichheit und sozialer Solidarität. Im Rahmen der Ausführungen zu dieser These wird insbesondere auf Peru eingegan-

* Abogado y especialista en Derecho Público y Buen Gobierno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. bruno.idt@gmail.com

gen. Dabei wird zunächst die Auffassung vertreten, dass die Verfassung ein eigenes Wertesystem entwickelt. Zweitens wird dargelegt, dass die Wirtschaftsverfassung zum Aufbau einer sozioökonomischen Ordnung beiträgt und damit ein Wirtschaftsmodell auf der Basis bestimmter Werte begründet wird. Abschließend wird auf die Bedeutung des Subsidiaritäts- und des Solidaritätsprinzips bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung eingegangen.

Schlagwörter: Wirtschaftsverfassung, Subsidiarität, Solidarität.

SUMMARY

This research article explains the role of the principles of subsidiarity and solidarity in shaping the economic and social order of a constitutional state. The central thesis is that the regulation and interpretation of the principles of subsidiarity and solidarity modulate the scope of the State's intervention in the economy. Thus, when a balance between the two is reached, individual freedom is harmonized with equality and social solidarity. The Peruvian case in particular is studied as part of the central development of this thesis. For this purpose, the study first maintains that the Constitution establishes its own value system. Second, it argues that the economic constitution contributes to the construction of a socio-economic order, and in this way constitutes an economic model based on certain values. Finally, it analyzes the role of the principles of subsidiarity and solidarity in the configuration of the economic order.

Key words: Economic constitution, subsidiarity, solidarity.

Introducción

Gran parte de la región latinoamericana sufrió considerables cambios en su modelo de Estado en la década de los noventa. El Estado peruano pasó de ser un Estado prestacional, que tenía como misión y medio proveer bienes y servicios de distintos tipos a la ciudadanía (con la Constitución de 1979), a ser garante y regulador que mantuvo esa misión, pero cambiando sus técnicas e instrumentos para lograr estos objetivos (con la Constitución de 1993).¹ El contexto de estos cambios fue un golpe militar a través del cual el Gobierno de Alberto Fujimori convocó una asamblea constituyente (llamada Congreso Constituyente Democrático), lo que se hizo posible, en parte, porque el fracaso económico y social del Gobierno anterior (1985-1990) estaba relacionado con el modelo económico de la Constitución de 1979.²

¹ Baldo Kresalja, *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2015, pp. 85-132.

² *Ibid.*, p. 86.

En el marco de estas transformaciones, en el Perú se revaloró el rol del sector privado y se buscó que el sector público cooperara con él para efectos de lograr los objetivos del Estado social, supuestamente en crisis, utilizando técnicas sostenibles. Al menos, tales fueron los argumentos dados en el Congreso Constituyente Democrático para efectos de justificar las reformas económicas que se introducirían a través de la Constitución de 1993.³

En este contexto de grandes transformaciones se incorporó el principio de subsidiariedad, que serviría para limitar la actividad del Estado en la economía a ser subsidiaria y, por tanto, a configurarse en defecto u omisión de la actividad privada. Este nuevo principio de subsidiariedad se encuentra desarrollado explícitamente en la Constitución en sus artículos 58 (que limita la actividad del Estado a la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura) y 60 (mediante el cual se restringe la actividad empresarial del Estado a fungir como sustituto de la actividad privada en defecto de esta, siempre que medie ley expresa que lo autorice y sea justificada por razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional).

No obstante, la incorporación o el redescubrimiento del principio de subsidiariedad, por cuanto ya existía en la Constitución de 1979, pero con un alcance menos extensivo, supuso el inicio de una relación de tensión y equilibrio con el principio de solidaridad que se desprende indirectamente de una lectura del artículo 59 de la Constitución.⁴ Esta tensión entre principios se materializa en que mientras el principio de solidaridad procura la realización de los derechos fundamentales y la superación de las desigualdades entre las personas mediante la actividad pública en la economía,⁵ el principio de subsidiariedad orienta al Estado a limitar su actividad al mínimo esencial;⁶ siendo esto así, la realización de ambos mandatos de optimización podría, naturalmente, ser excluyente en múltiples casos.

La relación que existe entre los principios de subsidiariedad y solidaridad, y su desarrollo constitucional, ha sido fundamental en la configuración del orden económico vigente en el Perú, en la medida en que provee pautas para resolver conflictos sobre el rol económico del Estado. No obstante, muchas preguntas quedan abiertas: ¿de qué forma se relaciona el principio de subsidiariedad con el principio de solidaridad? ¿Cómo es que pueden compatibilizarse principios que parecen contradictorios? ¿Por qué la Constitución reconoce valores y principios que no son neutrales en términos políticos? ¿Cuál es el verdadero rol que cumplen los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del orden social y económico de un Estado? ¿Por qué es importante esta tensión entre ambos principios?

³ *Ibid.*, pp. 112 y 113.

⁴ *Ibid.*, 2015, p. 217.

⁵ *Ibid.*, pp. 214-216.

⁶ *Ibid.*, pp. 104-105.

Todas las preguntas antes planteadas están directamente relacionadas con el problema jurídico principal que busca resolverse a través del presente trabajo, que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿cuál es el rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica⁷ peruana de 1993?

La tesis central del artículo es que la regulación e interpretación de los principios de subsidiariedad y solidaridad modela cuál es el ámbito de intervención del Estado en la economía. Así pues, cuando se alcanza un equilibrio entre ambos, la libertad individual se armoniza con la igualdad y la solidaridad social. En ese sentido, el rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad sería modular el ámbito de intervención del Estado en la economía.

A través del presente artículo se explicará con detalle la tesis antes expuesta, con la convicción de que el mayor aporte que se puede hacer a la academia es proveer insumos para plantearnos nuevas preguntas, más que ensayar respuestas definitivas. Siguiendo esta pauta metodológica abordamos el reto de estudiar la relación entre los principios de subsidiariedad y solidaridad en el marco de la Constitución económica peruana de 1993. Para estos efectos se seguirá la estructura que se detalla a continuación. Primero, se sostiene que la Constitución configura un sistema de valores propio que no es neutral políticamente. Segundo, se fundamenta por qué la Constitución económica contribuye a la construcción de un orden social económico con sus propios valores. Finalmente, se analiza el rol que cumplen los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del orden económico en calidad de valores que lo fundamentan.

1. La Constitución y su contenido valorativo: ¿neutralidad o configuración de un sistema de valores constitucionales propio?

Existe una idea común de que el derecho se aparta de todo contenido moral para efectos de lograr la imparcialidad de una ciencia exacta. Ahora bien, esta aproximación también ha sido severamente criticada pues se le acusa de circunscribir al derecho a la aplicación fría de las normas según procedimientos lógicos predefinidos, que muchas veces ponen al legislador en un pedestal incuestionable.⁸ Se suele atribuir esta idea a una de las corrientes de pensamiento jurídico más influyentes en la disciplina jurídica contemporánea: el positivismo. Así pues, de conformidad con la tesis positivista, los valores y su contenido subjetivo propios

⁷ Para efectos del presente trabajo, entendemos por Constitución económica el Título Tercero de la Constitución peruana de 1993, comprendido entre los artículos 58 y 89.

⁸ Elmer Arce, *Teoría del derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, pp. 18 y 19.

de la moral, la religión o las ideologías políticas deberían ser desterrados del derecho para efectos de construir una verdadera teoría pura.⁹

La teoría pura del derecho, esencia del positivismo jurídico, ha tenido múltiples efectos en el derecho contemporáneo. Así, Kelsen y la escuela positivista marcaron un antes y un después en el quehacer jurídico del siglo XX; no es extraño, pues, que en la enseñanza del derecho se haya difundido la idea de que este se encuentra separado de todo contenido valorativo. Con respecto a esta tesis de la independencia del derecho, consideramos pertinente citar a Sieckmann:

La “tesis de la independencia” va más lejos que la tesis de la separación entre el *ser* y el *deber ser*, que se limita a excluir la posibilidad de justificar enunciados normativos a través de meros enunciados empíricos. La pureza requiere, además, que la justificación de los enunciados normativos se refiera únicamente a otros enunciados normativos. De modo análogo, la justificación de enunciados jurídicos solo puede hacerse mediante la referencia a otros enunciados jurídicos, quedando excluida la referencia a enunciados morales.¹⁰

Hay varios puntos que rescatar de lo mencionado por Sieckmann. En primer lugar, una conclusión que se desprende de la tesis de la independencia es que la justificación del derecho tiende a ser autopoiética, es decir, solo se sostiene mediante referencias a elementos del mismo derecho. En ese sentido, las normas jurídicas se sostienen haciendo referencia a otros enunciados jurídicos. Así, extrapolando, llegamos a que la norma jurídica será válida siempre y cuando haya cumplido con las condiciones para ser considerada tal, y el parámetro de validez del derecho será, pues, la Constitución en su calidad de ley de leyes. No obstante, ¿se puede hablar de una Constitución sin contenido valorativo y que contiene únicamente enunciados jurídicos neutrales? El mismo Sieckmann reconoce que, muy probablemente, una postura semejante podría hacer que el derecho pierda parte de su propio contenido jurídico: “Uno podría preguntarse, entonces, si es posible excluir la moral o las ciencias empíricas de la jurisprudencia y de la ciencia del derecho sin perder partes esenciales de ellas”.¹¹

Por otro lado, también podemos atacar la tesis positivista desde argumentos finalistas o consecuencialistas. Así, la historia ha demostrado que la pretensión de neutralidad del derecho como ciencia ha sido funcional a múltiples intereses políticos totalitarios. En palabras de Landa:

⁹ Marcial Rubio, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009, pp. 319-321.

¹⁰ Jan Sieckmann, “La ciencia jurídica y la idea de la teoría pura del derecho”, en Laura Clérico y Jan Sieckmann (coords.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 260.

¹¹ *Idem*.

De este modo, quedó establecido en la conciencia jurídica de la postguerra que asumir una postura “científica” del derecho fue la mejor manera de soslayar el compromiso con la política democrática concreta, que desde entonces se expresa en la defensa de la persona y en el respeto a su dignidad; por cuanto, esa ciencia pura termina convirtiendo la técnica del derecho en una ideología al servicio del poder de turno.¹²

Entonces, podemos distinguir consideraciones consecuencialistas y no consecuencialistas que critican la tesis de la neutralidad valorativa del derecho. Las primeras están referidas a que la desvinculación del derecho de su contenido valorativo, lo alejaría de la defensa de la dignidad de la persona humana y del respeto del orden democrático, convirtiéndose en un instrumento útil para legitimar al poder político de turno, independientemente de su legitimidad. Las siguientes están referidas a que, si se escinde al derecho de su contenido valorativo, muy probablemente estaremos perdiendo parte importante de su contenido.

Ambas críticas son válidas para efectos de demostrar por qué no es posible desvincular al derecho de su contenido valorativo y, mucho menos, a la Constitución. Al respecto, cabe decir que la Constitución, en tanto núcleo jurídico fundamental que ordena a una comunidad política, no puede ser ajena a los valores que permiten la integración de la sociedad que le da origen. De acuerdo con De Vega:

La normativa constitucional deja de ser entonces una normativa políticamente neutral. A partir de ese momento se abre el camino para que las constituciones asuman la difícil misión de consagrar, en un orden social descompuesto y con contradictorias pretensiones, los principios básicos en que el acuerdo común resulta obligado para poder establecer un mínimo orden de convivencia.¹³

No es mi intención ingresar al debate sobre la naturaleza del derecho, es decir, sobre si este debería entenderse como una ciencia o no. En mi criterio, el derecho no sería propiamente una ciencia, sino más bien una disciplina que congrega técnicas y teorías para efectos de la aplicación de normas jurídicas y principios que ordenan a una comunidad política nacional o internacional. No obstante, sí quiero ser enfático en defender que el derecho no es siempre neutral, principalmente cuando pensamos en su contenido valorativo; esto es así porque el derecho de cada comunidad política privilegia ciertos valores por encima de otros, lo cual se manifiesta en la regulación e interpretación de normas.

¹² César Landa, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Editorial Palestra Editores, 2006, p. 20.

¹³ Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, p. 254.

Por ejemplo, el hecho de que se regule el derecho laboral como una rama distinta del derecho civil obedece, entre otras cosas, al reconocimiento de una conquista política de los movimientos sindicales en el mundo y supone una preferencia del ordenamiento jurídico de ciertos valores por encima de otros. Así, frente al conflicto entre los valores de equidad o igualdad material (mediante los cuales los trabajadores exigían que la ley intercediera a favor de los operarios en tanto contratante en condiciones desiguales frente al empleador) y la libertad de contratar (que los empleadores invocaran señalando que si todos somos iguales ante la ley, no debería haber preferencia alguna en la ley a favor de los trabajadores),¹⁴ el derecho ha privilegiado el primer valor por encima del segundo. La misma parcialización valorativa del derecho se puede apreciar en el principio pro operario que supone una interpretación favorable de la ley en caso de duda a favor de los trabajadores, que se encuentra regulada en el artículo 26 de la Constitución peruana de 1993.

En ese sentido, ni el derecho ni la Constitución pueden ser entendidos como neutrales, pues siempre van a tener que preferir proteger ciertos valores por encima de otros cuando haya un conflicto de por medio. Ahora bien, el derecho, en sentido amplio, si bien evidencia preferencias parciales en función de valores propios, se diferencia de la Constitución en que esta es mucho más general.

El derecho, en sentido amplio, tiene que ser vivo, cambiante, mutable. Mientras que la Constitución, si bien puede ser reformada, tiene una relativa vocación de permanencia en tanto su reforma requiere los más poderosos consensos para llevarse a cabo (tal y como se desprende del artículo 206 de la Constitución). En consecuencia, la carta procura establecer un conjunto de reglas, valores y principios que viabilicen el autogobierno de una sociedad y, por tanto, establece un mínimo orden de convivencia que permite a una comunidad política subsistir. No es posible establecer un orden político semejante que a su vez sea neutral; en ese sentido, la Constitución se comprometerá con la defensa de ciertos valores que deberán ser claramente establecidos en su cuerpo normativo y cuyo contenido podrá ser desarrollado y trabajado por el supremo intérprete de la Constitución (sea un tribunal constitucional o corte suprema).

Asimismo, a través de la Constitución se pretende, valga la redundancia, constituir o dar orden a una comunidad política, no solo mediante un conjunto de normas jurídicas, sino también legitimando el derecho y convirtiéndose en una fuerza cultural propia. En palabras de Zagrebelsky:

Por seguir utilizando nuestras categorías, puede decirse que la Constitución, en un sentido profundo, es un intento de restablecer la legitimidad en el derecho junto a su legalidad. Así pues, será cierto, como se ha dicho, que la restituida legitimidad no es sino un paraíso artificial; pero la primera tarea de

¹⁴ Carlos Blancas, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011, pp. 24-28.

quien actúa para la Constitución es, precisamente, trascender el artificio del que nace para transformarla en una fuerza cultural que viva en la sociedad con una inmediatez espontánea; transferir progresivamente la Constitución del área de la decisión política, que divide y crea enemistades y conflictos, a la del consenso de una cultura política difusa, que recompone fracturas y absorbe el *deinós* de la ley.¹⁵

Los valores que son parte de la norma constitucional peruana son diversos y dependen de su propio texto. Entre ellos podemos reconocer la defensa de la persona humana, la defensa de los derechos fundamentales y el orden democrático, entre otros. De esta manera, también podemos reconocer otros valores como la defensa del consumidor y la libre competencia, del derecho al trabajo frente al despido arbitrario y una cláusula de Estado social. Todos estos valores, sea por su inclusión como texto en la Constitución o como desarrollo jurisprudencial, también tendrán consecuencias jurídicas sobre el marco institucional económico de una comunidad política.

En consecuencia, la Constitución no es neutral y privilegia ciertos valores sobre otros, tanto en su regulación como en su interpretación jurídica. Esta realidad es también aplicable a la Constitución económica. En este último caso, nos vamos a enfocar en los principios de subsidiariedad y solidaridad, que responden a valores que, como hemos visto, pueden entrar en conflicto: libertad individual, por un lado, e igualdad y solidaridad social, por el otro. En ese sentido, entendiendo que la Constitución económica no es neutral, podremos estudiar a continuación cuáles son los sesgos que se desprenden de la regulación o interpretación de estos principios y cómo es que esto puede orientar las pautas de resolución de conflictos sobre los alcances de la intervención del Estado en la economía.

2. La Constitución económica peruana como marco institucional de la política económica estatal y de la configuración del modelo de Estado nacional

De conformidad con lo que hemos venido desarrollando, la Constitución peruana configura un orden político, económico y social para garantizar condiciones de convivencia pacífica como comunidad política. De esta forma, desarrolla las reglas y los valores que configuran el orden económico que rige el país. Ahora bien, la Constitución económica peruana establece también un límite al margen de actuación del legislador en materia económica. En ese sentido, la Constitución económica deviene en un conjunto de reglas de juego, no solo aplicables a toda la sociedad y al Estado, sino que, incluso, vinculan y limitan al legislador en el ejercicio de sus funciones de orden político y normativo.

¹⁵ Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 109.

Este conjunto de reglas de juego puede entenderse, dentro de la configuración del orden social, de un modo más claro, a la luz de los aportes de la teoría económica institucional desarrollada por el Premio Nobel de Economía Douglass North. Esta teoría económica institucional plantea una nueva perspectiva para entender la interacción de los distintos actores sociales en el marco de relaciones económicas, sociales y políticas. Así pues, este enfoque manifiesta que las reglas de juego que rigen la interacción de los actores de una sociedad son instituciones.¹⁶

North sostiene que las instituciones “son reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana”.¹⁷ Ahora bien, estas instituciones que suelen tener su origen en el derecho, tienen también efectos directos en la economía y relación con ella: “Es innegable que las instituciones afectan el desempeño de la economía. Tampoco se puede negar que el desempeño diferencial de las economías a lo largo del tiempo está influido fundamentalmente por el modo en que evolucionan las instituciones”.¹⁸

De este modo, de conformidad con el enfoque de la teoría económica institucional, es claro que el derecho tiene un papel importante en la configuración del orden social, toda vez que tendrá efectos directos en la economía de un espacio geográfico determinado. Ahora bien, lo cierto es que, de acuerdo con la teoría económica institucional, las reglas de juego formales (derecho) o informales (costumbre) tendrán influencia sobre los actores sociales en la medida en que su cumplimiento se vuelva cotidiano.¹⁹ En consecuencia, el derecho será influyente en la medida en que el Estado tenga la fuerza para hacerlo cumplir o sea cumplido voluntariamente por los actores sociales.

Por otro lado, es claro que el derecho no es el único elemento importante dentro de la configuración del orden social; también lo es el componente político. Los actores sociales que pugnan por maximizar sus intereses pueden transformar el derecho en función de los mismos. Consecuentemente, estas instituciones podrían ser cambiadas por los propios actores sociales en función a sus capacidades de organización política.²⁰ Esto fue precisamente lo que pasó en el caso peruano, cuando por medio de un golpe de Estado el Gobierno autoritario de Alberto Fujimori optó por aprobar una nueva Carta: la Constitución de 1993.

Estas capacidades de organización política de los grupos de interés y actores sociales miden sus fuerzas, en el marco de un sistema democrático, en el Poder Legislativo; de allí que se destaque la trascendencia de la Constitución económica

¹⁶ Bernard Chavance, *Institutional Economics*, Nueva York, Routledge, 2009, pp. 75 y 76.

¹⁷ Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 13.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibid.*, pp. 16 y 17.

²⁰ John Groenewegen, Antoon Spithoven y Annette van den Verg, *Institutional Economics. An Introduction*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 75.

como la máxima institución formal, en términos económicos, en la medida en que supone límites de actuación al propio poder político. Así pues, la Constitución económica configura a través de sus disposiciones el modelo económico del Estado, limitando al poder político a través de disposiciones normativas e, inclusive, valores y principios jurídicos que se consagran en ella. Cabe recordar que, para efectos del presente estudio, cuando hablamos de Constitución económica, nos referimos al Título III de la Constitución peruana de 1993, que incluye los artículos que van desde el 58 hasta el 89.

La Constitución económica cumple este rol configurador del orden social económico a través de normas de aplicación directa y también de valores y principios jurídicos. En el caso de las normas de aplicación directa podemos observar, por ejemplo, cómo se establecen reglas de juego en torno a la delimitación de derechos como los de propiedad y las libertades de contratar.

Así pues, la Constitución económica impide que la ley modifique los contratos de forma retroactiva (Constitución Política del Perú, art. 62). De este modo, la regulación de un derecho fundamental económico, como la libertad de contratar, también limita las potestades del legislador. Asimismo, la regulación del derecho de propiedad con respecto a los límites de la potestad expropiatoria del Estado (Constitución Política del Perú, art. 70) también supone un conjunto de controles a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Por otro lado, a través de valores y principios jurídicos también se puede configurar el orden social económico. Por ejemplo, con el reconocimiento estatal de un deber de protección al consumidor (Constitución Política del Perú, art. 65) y de un deber de protección a la libre competencia (Constitución Política del Perú, art. 61), se marca un conjunto de valores que orientarán la política legislativa y también la aplicación del derecho de parte de los organismos jurisdiccionales y administrativos.

El rol de los principios jurídicos es también especialmente trascendente en la configuración del orden económico peruano. Como hemos visto, de la aplicación de los diversos artículos de la Constitución económica hay múltiples reglas de juego que delimitan el actuar de los actores sociales y políticos en el Perú. De ahí que la regulación e interpretación de la Constitución económica sea tan trascendente en la configuración del orden económico del Perú. Lo anterior también es aplicable a los principios de subsidiariedad y solidaridad que, a continuación, pasaremos a estudiar.

3. Los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración de la Constitución económica peruana en relación con el modelo de Estado regulador

Los principios jurídicos de la Constitución económica peruana, como son los de subsidiariedad y solidaridad, tienen un rol determinante en la configuración de las características del modelo económico y de Estado. Como hemos visto, al

establecer reglas de juego que fungen como límites al Poder Legislativo, estos principios pueden determinar cuál será el ámbito de lo que se puede regular o no en materia económica.

Igualmente, los principios de subsidiariedad y solidaridad son, a su vez, complementarios y contradictorios. Complementarios en la medida en que ambos son esenciales para viabilizar una economía social de mercado que armonice la libertad individual con la igualdad y solidaridad social. Contradictorios toda vez que, mientras que la subsidiariedad busca limitar a su mínimo esencial la actividad del Estado, el principio de solidaridad pretende que la actividad pública sea un instrumento para optimizar el ejercicio de derechos de los ciudadanos y combatir la desigualdad. De algún modo, la tensión que existe en la interpretación y configuración de ambos principios en cada ordenamiento jurídico va a tener efectos sobre el desarrollo legislativo y la jurisprudencia constitucional. Ariño se refiere a esta tensión entre ambos principios de la siguiente forma:

Hay dos principios esenciales, aparentemente contradictorios, que han jugado siempre como polos de tensión en la configuración del orden social: uno de ellos es el principio de libertad individual y subsidiariedad estatal, otro el principio de igualdad de todos los hombres y de solidaridad social. El primero encuentra soporte básico en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades. El segundo encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo.²¹

El principio de subsidiariedad suele ser compatibilizado con el principio de solidaridad, ligado a la llamada cláusula de Estado social.²² Así, frente a la directriz orientadora del principio de subsidiariedad que busca limitar la actividad estatal a un mínimo esencial y priorizar la actividad del mercado, se yuxtapone el principio de solidaridad que persigue construir una situación de igualdad material entre los ciudadanos, muchas veces, a través de la actuación del Estado. Esta tensión entre ambos principios permite que la discusión sobre la legitimidad de la intervención del Estado en distintos aspectos económicos se tenga que resolver, usualmente, en una dinámica de caso por caso, sin que pueda haber respuestas definitivas o universales.

La tensión entre los principios de subsidiariedad y solidaridad está en que, en la medida en que sus mandatos de optimización suelen excluirse mutuamente, si se regula o interpreta uno de los dos principios de forma extensiva será necesariamente en desmedro del otro. De este modo, la tensión entre ambos principios sería una

²¹ Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Granada, Comares, 1999, p. 111.

²² Kresalja, *op. cit.*, pp. 200-219.

situación necesaria: la existencia de uno impide que el otro pueda ser desarrollado o aplicado en forma extensiva o arbitraria por el legislador o el órgano jurisdiccional en un caso concreto. De este modo, ambos principios coexistirán en el marco de una economía social de mercado como dos caras de la misma moneda.

Esta discusión es muy vivaz en el contexto peruano, tomando en consideración los grandes cambios normativos de la década de los noventa. Así, la adopción de un nuevo rol del Estado, entendido como el del Estado garante y regulador, sirvió para incorporar el principio de subsidiariedad. En palabras de Richard Martin: “La década del 90 importó una transformación significativa en las políticas públicas y económicas de diversos países de América Latina. En este contexto, el Estado ha venido asumiendo un rol subsidiario en su actuación en la economía a través de sus distintos instrumentos normativos, legislativos y jurisdiccionales”.²³ No obstante, esta transformación no ha apagado la tensión entre los principios de subsidiariedad y solidaridad, pues ambos siguen siendo aplicables en el marco del modelo de Estado garante y regulador.

De esta manera, la configuración del Estado garante y regulador no supone una limitación en su rol de Estado constitucional social y democrático de derecho, sino más bien una oposición al Estado prestador. En ese sentido, el Estado no abandona sus deberes ni sus mandatos de optimización, tan solo cambia en sus estrategias respecto de cómo lograr sus fines. Respecto de los alcances del Estado garante y regulador, José Esteve Pardo manifiesta:

Otra importante precisión debe realizarse en torno al ámbito y al alcance de la acción del Estado o la administración garante. En principio, y por lo que se viene apuntando, ese ámbito se correspondería con el que es propio de la administración prestacional, que ha sido, como nos consta, el principal instrumento de realización del Estado social. Pero en realidad el recorrido del Estado garante, y de la administración que opera a su servicio, supera el espacio del Estado social y la administración prestacional, aunque este sea el ámbito más relevante y necesitado de reformas. Las transformaciones que hoy se registran, con una impactante incidencia sobre la administración pública y el derecho administrativo, van más allá de la crisis del Estado social y la administración prestacional, pues su origen se encuentra, como trato de explicar, en una recomposición en profundidad de las relaciones entre Estado y sociedad. Como consecuencia de ella, muchas actividades y funciones que se adscribían a la órbita del Estado y eran realizadas por la administración han pasado a la órbita privada, pero sin que se desconozca su incuestionable

²³ Richard Martin, “Análisis de la ‘función normativa’ de los organismos reguladores”, *Revista Ius et Veritas*, año 12, núm. 24, 2002, p. 97.

incidencia sobre unos intereses generales, públicos, que habrían de estar debidamente atendidos y garantizados.²⁴

En ese sentido, en el marco de este nuevo modelo de Estado garante y regulador, se mantienen los principios y mandatos sociales propios del Estado social, con la salvedad de que se abandonan los métodos del Estado prestacional. Esto no significa que el Estado en toda circunstancia abandonará funciones prestacionales, sino que las limitará exclusivamente a bienes y servicios de necesidad pública. De ahí que se alcance un balance entre el principio de subsidiariedad y el principio de solidaridad. En palabras de Rodríguez-Arana:

El Estado social de derecho, que parte del principio de subsidiariedad y del de solidaridad, supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Por tanto, debe recordarse que la actividad económica estatal se justifica, solamente, como es lógico, en caso de bienes y servicios de necesidad pública. En relación con la empresa privada, después de lo escrito ya, se entenderá perfectamente que el Estado debe estar presente para garantizar el cumplimiento del bien común, del interés general, como también puede ser necesaria la intervención en determinados sectores, eso sí, en función del bien común, del interés general en términos de derecho administrativo.²⁵

Consecuentemente, el Estado mantiene sus potestades para intervenir de forma directa prestando bienes y servicios en la economía cuando lo requieran las necesidades sociales de la ciudadanía o cuando el bien común lo exija. Al referirnos al bien común, en términos constitucionales o administrativos, hablamos de la garantía del cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y del interés general que, en términos administrativos, busca armonizar los intereses particulares con el interés público. Este conjunto de ideas es incompatible con interpretaciones más extensivas del principio de subsidiariedad, según las cuales la actividad pública debe ser, en todos los casos, suprimida hasta el mínimo posible en mérito a que el mercado, por sí mismo, soluciona todos los problemas sociales. Incluso, interpretaciones semejantes del principio de subsidiariedad serían incompatibles con la misma doctrina de la llamada economía social de mercado. En este sentido, Rodríguez-Arana señala:

²⁴ José Esteve Pardo, *El Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, p. 59.

²⁵ Jaime Rodríguez-Arana, *Interés general, derecho administrativo y Estado del bienestar*, Madrid, Editorial Iustel, 2012, p. 106.

El Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona en el marco del bien común, del interés general. Por eso, el modelo del Estado social del bienestar implica que la acción pública en el marco de la subsidiariedad, se oriente hacia la dignidad de la persona, que es la fuente y garantía del bien común, de manera que la intervención, cuando sea necesaria, tiene siempre esta connotación de servicio al hombre que vive en comunidad. De ahí que sea incompatible con el modelo del Estado social de bienestar la creencia de que el mercado por sí mismo todo lo arregla. Vaya si lo hemos comprobado en la crisis financiera de este tiempo. Sabemos que el liberalismo económico a ultranza implica fallas sobre los derechos humanos; por eso, la intervención pública debe legitimar un orden económico al servicio del hombre. Quizás, en ese sentido puede entenderse la doctrina de la llamada economía social de mercado, que me parece que se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado social del bienestar.²⁶

Consecuentemente, la nueva configuración del rol del Estado como garante y regulador no es incompatible con la idea del Estado social de bienestar ni con una economía social de mercado. Todo lo contrario, asumir como medio el modelo del Estado garante y regulador para conseguir los objetivos del Estado social de bienestar en el marco de una economía social de mercado es una opción para superar la llamada crisis de sostenibilidad del Estado social. En palabras de Esteve Pardo:

El problema fundamental –en rigor, podría decirse que el único– que se le plantea al Estado social es el de su sostenibilidad, el de su continuidad futura sobre las bases que lo han venido sustentando hasta tiempos muy recientes. Esa es la gran cuestión con la que hemos de encararnos. Y antes de adentrarnos en ella conviene recapacitar sobre lo que hemos constatado hasta aquí: que por sus incuestionables logros y realizaciones, el Estado social cuenta con un amplísimo apoyo y con una Constitución que lo reivindica y exige.²⁷

Así, compatibilizar los medios del Estado garante y regulador con los fines del Estado social de bienestar en el marco de una economía de mercado es una estrategia adecuada para superar la crisis de sostenibilidad del Estado social. Igualmente, Esteve Pardo manifiesta:

[Dicha estrategia] contempla la reforma de esos mecanismos, instrumentos y programas. Esta es la propuesta que aquí se estudia y que plantea una transformación a fondo del aparato instrumental del que ha venido sirviéndose el Estado social hasta ahora, por entender que ha cambiado en profun-

²⁶ *Ibid.*, p. 108.

²⁷ Pardo, *op. cit.*, p. 18.

didad el entorno social, económico, demográfico y geopolítico en el cual ha de afrontarse el reto de su mantenimiento y continuidad, que habrá de ser sobre nuevas bases.²⁸

De todo lo antes desarrollado queda claro, entonces, que en el marco del modelo de Estado garante y regulador aún se mantienen las tensiones entre los principios de subsidiariedad y de solidaridad, cuya interpretación constitucional dibuja las reglas de juego y los márgenes en los que el legislador y el Ejecutivo pueden diseñar e implementar políticas públicas.

4. Una aproximación hacia los principios de subsidiariedad y solidaridad en la Constitución económica peruana de 1993

Hemos tenido una primera aproximación al contenido de ambos principios jurídicos. No obstante, para efectos de comprender cómo es que su interpretación constitucional construye los parámetros de la política económica resulta pertinente estudiar los alcances de ambos principios con mayor amplitud. En esta oportunidad vamos a rescatar algunas definiciones y aproximaciones de ambos principios, sin pretender ilustrar por completo sus alcances jurídicos, sino darnos una aproximación suficiente para entender sus implicancias en la configuración del modelo económico del Estado.

El desarrollo respecto al principio de solidaridad es muy acotado y no ha sido descrito con mucha claridad. En el caso peruano, el principio de solidaridad no está expresamente reconocido en la Constitución, sino que se requiere un esfuerzo interpretativo considerable para desprenderlo del artículo 62 de la Carta.²⁹ Así pues, el Tribunal Constitucional peruano (TC) ha tenido que desarrollarlo jurisprudencialmente, a pesar de su aparente omisión por parte del constituyente peruano:

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.

²⁸ *Ibid.*, p. 19.

²⁹ Baldo Kresalja y César Ochoa, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012, pp. 61 y 62.

- b) El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.³⁰

En estricto sentido, el principio de solidaridad supone el deber de los integrantes de la comunidad política de contribuir desde su posición y su trabajo a la consecución de los fines comunes de la colectividad. Asimismo, supone el deber de las autoridades de la comunidad política de plantear mecanismos para la redistribución de los beneficios que aportan los miembros de la sociedad a través de la recaudación tributaria; consecuentemente, se legitima la actuación pública en la economía siempre que se trate de medidas necesarias para alcanzar fines sociales como la protección y promoción de derechos fundamentales.

Por otro lado, el principio de subsidiariedad supone un mandato al Estado de reconocer que sus propias funciones son supletorias frente a la actividad de la sociedad y que deberán acotarse a procurar el bien común frente a las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos.³¹ La tesis de Landa también plantea que el principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones de acuerdo con la jurisprudencia del TC:

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

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor –que puede ser una organización nacional o central– y un ordenamiento menor –que pueden ser las organizaciones locales o regionales–, según la cual el primero de ellos solo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.

Por su parte, la subsidiariedad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.³²

Ahora bien, Landa suele enfatizar en sus textos que esta concepción del principio de subsidiariedad tiene que compatibilizarse con los deberes constitucionales del

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00004-2010-AI/TC*, 14 de marzo de 2011.

³¹ César Landa, “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 2007, pp. 35.

³² Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00008-2003-AI/TC*, 11 de noviembre de 2003.

Estado –que podríamos asociar con el principio de solidaridad–. Sobre el principio de subsidiariedad, Landa manifiesta:

En esta perspectiva de los derechos fundamentales, propia del Estado social, subyacen dos tesis: por un lado, que si bien los derechos a la propiedad privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y al trabajo, así como el respeto a los consumidores y usuarios, deben ser los cimientos fundamentales sobre los que se construye un sistema económico moderno y equitativo; ello será así, por otro lado, a condición de que el Estado asegure los presupuestos sociales necesarios para la realización de los derechos fundamentales, es decir, desarrollando una especie de posición de garante para la implementación de la libertad real.³³

Asimismo, sobre el principio de subsidiariedad, Montoya señala:

Bajo este esquema, no es que con la subsidiariedad se está promoviendo una minimización de la presencia del Estado en la economía y la vida social; por el contrario, lo que persigue es reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo: el Estado se ve refortalecido pues su solidez se fundará no sobre el alcance o extensión de sus actividades, sino en su eficiencia en el cumplimiento de los cometidos que le son esenciales.³⁴

Como se puede apreciar, hasta el momento, la mayoría de definiciones e interpretaciones respecto del principio de subsidiariedad lo valoran matizándolo con la importancia de resguardar algunos supuestos de intervención pública. No obstante, como veremos más adelante, cuando estamos frente a interpretaciones más extensivas del principio de subsidiariedad (como la que ciertas entidades públicas como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] han venido desarrollando en resoluciones y precedentes vinculantes en el caso peruano), podemos enfrentarnos a la configuración de un orden social económico totalmente distinto al que hemos venido describiendo. Así, con un principio de subsidiariedad robustecido por una interpretación constitucional extensiva, y un principio de solidaridad poco desarrollado o, incluso, difuso, existirían las condiciones para la configuración de un modelo económico de Estado más liberal y con mayores limitaciones para la intervención pública en aras de procurar bienestar. Por otro lado, con un principio de subsidiariedad poco desarrollado y un principio de solidaridad robustecido, se tendría un resultado a

³³ César Landa, “Reforma de la Constitución económica: desde una perspectiva del Estado social de derecho”, *Academia de la Magistratura. Revista Institucional*, núm. 6, 2002, p. 224.

³⁴ Victorhugo Montoya, “Principios rectores de la Constitución económica”, *Revista Foro Jurídico*, año 5, núm. 9, 2010, pp. 162 y 163.

la inversa, en virtud de la relación de tensión que existe entre ambos principios: el fortalecimiento de uno de estos deriva, por lo general, en el detrimento del otro.

El caso peruano es particularmente interesante porque es muy similar al primer ejemplo mencionado en el párrafo anterior: el de un principio de subsidiariedad muy robustecido y un principio de solidaridad casi inexistente conforme han sido desarrollados por el ordenamiento jurídico peruano. A continuación, vamos a estudiar los efectos prácticos que el desarrollo constitucional de los principios de subsidiariedad y solidaridad en el Perú implica en términos jurídicos para efectos de la configuración de su modelo económico de Estado.

5. Los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del modelo de Estado de la Constitución económica peruana de 1993

El principio de subsidiariedad está claramente establecido en la Constitución peruana, que en su artículo 60 establece: “Solo 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”. Por otro lado, el principio de solidaridad se desprende con relativo esfuerzo interpretativo del artículo 59 de la Constitución que, entre otras cosas, establece lo siguiente: “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

En el caso del principio de solidaridad, lo que el TC ha venido haciendo es interpretar que cuando la Constitución vincula el deber de brindar oportunidades de superación de la desigualdad a la promoción de la pequeña empresa, esta no sería la única forma en que la Constitución procura superar las desigualdades. Si bien es cierto que esto no es lo que se desprendería naturalmente de una interpretación literal de la Constitución, lo cierto también es que con base en el principio *pro hominem* se debe interpretar la Constitución de la forma más favorable para los derechos de las personas; consecuentemente, este criterio interpretativo ha prosperado y no ha sido excesivamente criticado por la academia, la doctrina, ni la jurisprudencia.

La interpretación que ha hecho el TC respecto a ambos principios ya ha sido recogida en la sección anterior de este artículo y, como se puede apreciar, ambas interpretaciones buscan compatibilizar, de cierto modo, ambos principios de tal manera que la intervención subsidiaria del Estado en la economía se armonice con el modelo económico de economía social de mercado. Como ejemplo de este esfuerzo interpretativo de armonizar ambos principios en el marco de una economía social de mercado, consideramos pertinente citar al propio TC:

A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el

régimen económico de la Constitución, el artículo 58.º de la Carta preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.³⁵

Ahora bien, podemos enfrentarnos a situaciones jurídicas completamente distintas cuando se introduce en el ordenamiento jurídico una interpretación extensiva de uno de los principios. Esta tensión y equilibrio entre ambos principios que permite que cada discusión sobre la pertinencia de intervención pública en la economía se resuelva en una dinámica de caso por caso se puede ver afectada cuando se interpreta extensivamente uno de estos principios y cuando el desarrollo del otro es pobre. Justamente, eso fue lo que pasó en el caso peruano con la aplicación de los criterios de Indecopi a través de sus resoluciones y precedentes de observancia obligatoria respecto al principio de subsidiariedad.

El Indecopi, mediante Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi, estableció una interpretación sobre el principio de subsidiariedad que va más allá de los alcances de los fallos del TC antes comentados. En ese sentido, para Indecopi, lo que se entiende por actividad empresarial del Estado no se limita a la obtención de lucro, sino a toda actividad del Estado que pueda absorber o reemplazar una demanda potencial del sector privado.³⁶

Ahora bien, esta definición de actividad empresarial del Estado es sumamente peligrosa en la medida en que, según esta interpretación, a todas las actividades del Estado que sustraigan demanda del sector privado se les aplicaría el estándar constitucional asignado a las actividades empresariales del Estado junto con sus límites. En ese sentido, las limitaciones del artículo 60 de la Constitución le serían aplicables a todo acto que *sustraiga demanda del sector privado* (es decir, estarían prohibidas aquellas actividades que pudieran quitarle ventas al sector privado). Cabe precisar que el artículo 60 de la Constitución establece, entre otras cosas: “Solo 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”. Asimismo, bajo este nuevo estándar, toda actividad del Estado que sustraiga demanda del sector privado sería una vulneración al principio de subsidiariedad cuando exista o pueda existir una oferta privada alternativa.³⁷

³⁵ Tribunal Constitucional del Perú, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00008-2003-AI/TC*, 11 de noviembre de 2003.

³⁶ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, *Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi*, 29 de noviembre de 2010.

³⁷ *Idem*.

El problema de esta interpretación de Indecopi sobre el principio de subsidiariedad es que, según este planteamiento, no podrían existir servicios públicos universales de parte del Estado en prácticamente ningún mercado, porque siempre se estaría sustrayendo demanda potencial del sector privado. Así pues, en la medida en que se presta educación básica a personas que podrían pagar una educación privada, el Estado estaría violando este estándar del principio de subsidiariedad. Lo propio también podría argumentarse de las prestaciones de salud, pues si el Estado presta servicios universales de salud a cualquier persona, y una de estas personas pudiera pagar un servicio alternativo de salud en el sector privado, ya se configuraría una vulneración a este nuevo estándar de principio de subsidiariedad.³⁸

Si bien el Indecopi menciona en su Resolución que se sustrae del marco de aplicación a las llamadas “actividades asistenciales”, lo cierto es que el planteamiento también supone muchos problemas. La exoneración de las actividades asistenciales que establece el Indecopi sugiere que el Estado sí podrá dar prestaciones de servicios esenciales como salud y educación, pero limitándose a las poblaciones pobres que no pueden pagar, en la medida en que en estos casos no se estaría sustrayendo demanda potencial del sector privado por cuanto estas personas no podrían costearse estos servicios. Entonces, según esta interpretación del principio de subsidiariedad, sería imposible que el Estado peruano se planteara proveer servicios públicos universales para su población, sean de salud, educación u otros. El Estado peruano tendría que limitarse a brindar servicios exclusivamente a personas en situación de pobreza porque, de otro modo, estaría *compitiendo deslealmente con el sector privado*. Al respecto, Bullard explica la excepción de las actividades asistenciales:

Parecería que la idea es que la actividad asistencial es una que no compite porque los consumidores a los que va dirigida carecen de recursos, y por tanto el subsidio no le quita propiamente ventas al sector privado, pero cumple con un fin social definido en la Constitución. En tales casos el programa debería estar diseñado para llegar solo a los sectores que quiere beneficiar y limitar su impacto a estos sectores.³⁹

En este caso existe una interpretación muy extensiva del principio de subsidiariedad que omite totalmente la existencia del principio de solidaridad. Al respecto, considero pertinente plantear un cuestionamiento a la legitimidad del Indecopi como autoridad administrativa para interpretar un principio constitucional yendo mucho más allá de los alcances establecidos por el propio TC. En mi opinión, Indecopi se ha extralimitado en sus funciones (en tanto su única justificación para

³⁸ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, *Resolución 2550-2010/SC1-Indecopi*, 14 de setiembre de 2010.

³⁹ Alfredo Bullard, “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 10, 2011, p. 203.

haberse atribuido la potestad de redefinir el principio de subsidiariedad es que le compete proteger la libre competencia) y no solo ha ignorado la jurisprudencia del TC en su interpretación del principio de subsidiariedad, sino que incluso la ha contravenido al omitir la ponderación que el TC suele hacer entre ambos principios. En ese sentido, siendo que el supremo intérprete de la Constitución es el TC, que no se ha pronunciado respecto a este estándar interpretativo del principio de subsidiariedad, no podría considerarse una interpretación constitucional definitiva sino hasta que el mismo TC se pronuncie al respecto.⁴⁰

Respecto de la última resolución de Indecopi comentada en el presente artículo consideramos pertinente compartir una crítica de Kresalja que se pronuncia del siguiente modo en relación con su contenido:

En ese sentido, la reiterada mención a la ineficiencia en cualquier caso de empresas estatales, el cuestionamiento a que el Estado pueda brindar determinados servicios de salud amparado por ley, da una visión exagerada y parcial que no compatibiliza con la realidad social y económica de un país con tan grandes desigualdades como es el nuestro. Y olvida, en forma absurda, las parciales, discutibles pero indiscutibles obras en infraestructura y educación que ha hecho el Estado durante las últimas décadas para que la actividad económica privada pueda desarrollarse adecuadamente, y en qué irresponsable forma durante los últimos gobiernos de origen democrático muchas de esas actividades pasaron al poder del sector privado, en especial extranjero, a precios ridículos y sin consideración a las obligaciones que tienen con el entorno en el cual se desarrollan. La interpretación administrativa del principio de subsidiariedad está, pues, teñida de una ideología que privilegia sin contención la actividad privada en todos los campos posibles, impidiendo acciones de otro tipo que son necesarias para la comunidad.⁴¹

Luego de haber apreciado la forma en que una interpretación extensiva del principio de subsidiariedad puede romper el equilibrio de tensiones que existe naturalmente entre él y el principio de solidaridad, podemos enfatizar la importancia del desarrollo constitucional de ambos principios en la configuración del orden social económico de un Estado.

De algún modo, a través del desarrollo de ambos principios se ajustan las reglas de juego sobre las que actúa el Poder Legislativo. En ese sentido, el debate constitucional respecto de ambos principios jurídicos es fundamental para efectos de determinar el universo de lo que es jurídicamente posible y constitucionalmente viable

⁴⁰ Mario Huapaya y Juana Terrazos, "Principio de subsidiariedad: consideraciones respecto a la aplicación constitucional del numeral 14.3 del D. Leg. n.º 1044 en materia de actividad empresarial del Estado", *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 31, 2008, p. 284.

⁴¹ Kresalja, *op. cit.*, p. 179.

en el ámbito de las políticas públicas y las políticas sociales. Quedarse al margen de la discusión constitucional de los principios de subsidiariedad y solidaridad podría tener consecuencias políticas inesperadas.

Podríamos llegar a que resulte constitucionalmente imposible que una organización política plantee servicios públicos universales en el marco de una política de Estado social de bienestar porque supondría crear competencia desleal contra el sector privado en flagrante vulneración del principio de subsidiariedad. De cualquier modo, parece que lo ideal es que mantengamos el equilibrio de tensiones entre ambos principios, para efectos de que la discusión sobre la legitimidad de las intervenciones públicas en la economía tenga que ser resuelta en una dinámica de caso por caso. Solo así podremos ser los ciudadanos, al votar, quienes válidamente podamos determinar si queremos un Estado social de bienestar o un Estado liberal, y no sea una autoridad administrativa la que decida por nosotros.

6. Conclusiones

El derecho peruano no es neutral en términos valorativos, así tengamos que renunciar a la pretensión de que se reconozca su análisis como una ciencia. La Constitución peruana, en su intención de establecer un conjunto mínimo de reglas y principios que faciliten la convivencia armónica de una comunidad política, tiene que establecer un sistema de valores que defiende, dejando de lado su neutralidad política. Estos valores pueden ser casi universales, como la protección de la dignidad de la persona humana, o configuraciones más específicas que suponen la protección de ciertas situaciones por encima de otras, como la protección del consumidor, la libre competencia o la protección del trabajador contra el despido arbitrario. La situación antes descrita es aplicable a toda la Constitución, incluyendo también a la llamada Constitución económica.

La Constitución económica juega un papel fundamental en la configuración del orden social y económico de un Estado. Es a través de las llamadas instituciones formales, como el derecho, que se constituyen las reglas de juego que influyen en la conducta de los actores sociales en la economía. Así, el derecho juega un papel crucial en el desarrollo de la economía peruana y en la construcción del orden social.

Hay una tensión entre los principios de subsidiariedad y solidaridad que permite que la discusión sobre la legitimidad de las intervenciones públicas en la economía tenga que resolverse, generalmente, en una dinámica de caso por caso. La tensión y el equilibrio entre ambos principios se debe a que persiguen fines que parecen contradictorios. Por un lado, el principio de subsidiariedad se constituye sobre el derecho a la libertad individual y procura limitar la actividad pública en la economía a lo mínimo necesario, es decir a que cubra las deficiencias o las omisiones del sector privado. Por otro lado, el principio de solidaridad se constituye sobre la igualdad material entre las personas y procura que se brinden las condiciones para el bienestar

en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y superando cualquier desigualdad, por lo general, a través de la actividad pública. La tensión entre ambos principios se observa en que extender los alcances de uno significa el desmedro del otro; de esta forma, ambos principios se regulan entre sí para efectos de armonizar la libertad individual con la igualdad y la solidaridad social.

La importancia de los principios de subsidiariedad y solidaridad en la configuración del orden económico y social peruano está precisamente en el equilibrio y la tensión que existe naturalmente entre ambos principios. Cuando se logra el equilibrio, se armoniza la libertad individual con la igualdad y la solidaridad social, usualmente en el marco de una economía social de mercado. Ahora bien, cuando el equilibrio entre ambos principios se rompe debido al pobre desarrollo de uno de ellos o a la interpretación extensiva de uno de ellos, se modifican los límites que normalmente se le establecen a la actividad del Estado en la economía, a favor o en contra de esta. El problema que reside en la ruptura del equilibrio entre ambos principios es que la decisión sobre el modelo de Estado en que los ciudadanos quieren vivir se traslada de los electores a la autoridad que ha desarrollado la interpretación extensiva o restrictiva de los principios de subsidiariedad o solidaridad.

Bibliografía

- ARCE, Elmer, *Teoría del derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013.
- ARIÑO, Gaspar, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Granada, Comares, 1999.
- BLANCAS, Carlos, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011.
- BULLARD, Alfredo, “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 10, 2011, pp. 199-209.
- CHAVANCE, Bernard, *Institutional Economics*, Nueva York, Routledge, 2009.
- DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999.
- GROENEWEGEN, John, Antoon SPITHOVEN y Annette VAN DEN VERG, *Institutional Economics. An Introduction*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010.
- HUAPAYA, Mario y Juana TERRAZOS, “Principio de subsidiariedad: consideraciones respecto a la aplicación constitucional del numeral 14.3 del D. Leg. n.º 1044 en materia de actividad empresarial del Estado”, *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 31, 2008, pp. 277-284.
- INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Resolución 2550-2010/SC1-Indecopi*, 14 de setiembre de 2010.
- _____, *Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi*, 29 de noviembre de 2010.

- KRESALJA, Baldo, *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2015.
- KRESALJA, Baldo y César OCHOA, *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012.
- LANDA, César, “Reforma de la constitución económica: desde una perspectiva del Estado social de derecho”, *Academia de la Magistratura. Revista Institucional*, núm. 6, 2002, pp. 213-243.
- _____, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Editorial Palestra Editores, 2006.
- _____, “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 2007, pp. 29-46.
- MARTIN, Richard, “Análisis de la ‘función normativa’ de los organismos reguladores”, *Revista IUS ET VERITAS*, año 12, núm. 24, 2002.
- MONTOYA, Victorhugo, “Principios rectores de la Constitución económica”, *Revista Foro Jurídico*, año 5, núm. 9, 2010, pp. 155-166.
- NORTH, Douglass, *Instituciones, cambio institucional y desempeño*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- PARDO, José Esteve, *El Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado del bienestar*, Madrid, Editorial Iustel, 2012.
- RUBIO, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009.
- SIECKMANN, Jan, “La ciencia jurídica y la idea de la teoría pura del derecho”, en Laura CLÉRICO y Jan SIECKMANN (coords.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00008-2003-AI/TC*, 11 de noviembre de 2003.
- _____, *Sentencia recaída en el Expediente núm. 00004-2010-AI/TC*, 14 de marzo de 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.