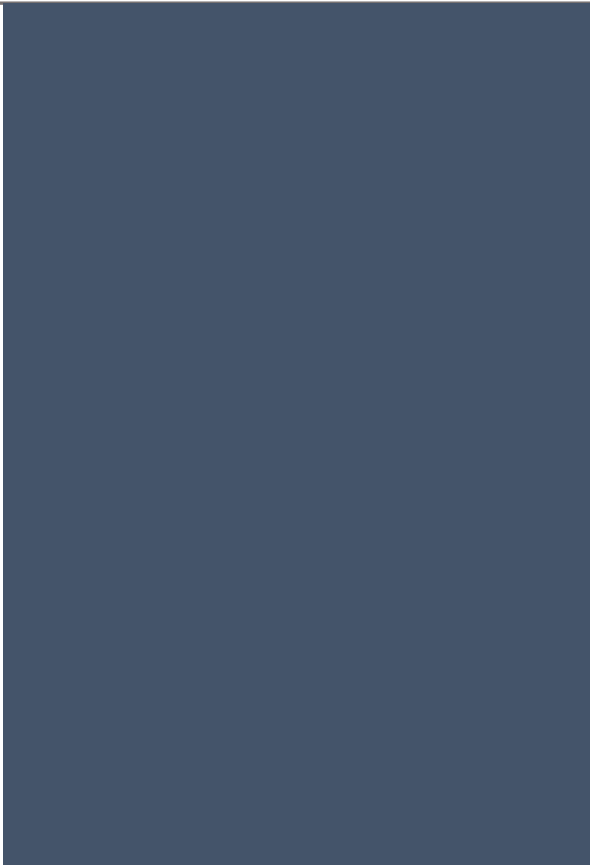




Comparative Law Review

2018

ISSN: 2983 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)
Mauro Grondona

Comparative Law Review is registered at the Courthouse of Monza (Italy) - Nr. 1988 - May, 10th 2010.

COMPARATIVE LAW REVIEW VOL. 9 /2

Vincenzo D’Antonio – Simona Libera Scocozza

8 El Derecho al olvido en el diálogo entre el modelo europeo y las experiencias suramericanas

Anastaziya Tataryn

32 El Italian Style entre Centro y Periferia, o Gramsci, Gorla y lo que está en juego en el derecho privado.

Silvia Bagni

54 “All you need [to compare] is love”

Andrea Stazi

75 El Papel de derecho en la production de desigualdad: el caso de los alimentos

Yuri Tornero Cruzatt

104 Crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que desarrolla la “economía social de mercado”

Elisa Contu – Book Review

138 Código Civil, Bello y La Exegesis en Colombia

CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO QUE DESARROLLA LA “ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO”¹.

Yuri Tornero Cruzatt

TABLA DE CONTENIDO:

- I. PREMISA. IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO (ECSM).
- II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.
- III. POSTULADOS TEÓRICOS RECOGIDOS EN LAS SENTENCIAS SOBRE ECSM.
- IV. LA EDUCACIÓN BAJO LOS ALCANCES DE LA ECSM Y OTRAS MATERIAS.
- V. LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA BAJO LOS ALCANCES DE LA ECSM. 6. REFLEXIONES FINALES,

This paper discusses the impact of the concept of “social market economy” within Peruvian legal system , with a focus on judges’ opinions. Among them, it is important to review the ones that have given content and impact on the discussion regarding the influence of certain economic doctrines on law. The first jurisprudential reference is coming from the decisions of the Peruvian Constitutional Court. This body develops constitutional jurisdiction in the form of concentrated control. This court issues “binding precedents” where the jurisprudential line that the other courts and courts have the obligation to follow is determined in a certain way. There is no development at the level of binding precedents on the institute of the “social market economy”, but there are multiple sentences that include this institute.

¹ Yuri Tornero Cruzatt. Phd. En Comparación Jurídica e histórico jurídica por la Università degli studi di Ferrara (Italia), magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM (Lima- Perú). Titulado y egresado por dicha universidad. Docente del curso de Derecho Constitucional Comparado-UNMSM. Ejerce en el Tribunal Constitucional peruano el cargo de Director de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales. El consejo de redacción de la Comparative Law Review ha invitado el autor a publicar el artículo en esta revista.

I. PREMISA. IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO (ECSM).

Dentro del sistema de fuentes clásicas del derecho, se encuentra a la jurisprudencia. Esta se emana de los tribunales y cortes, de ella resulta importante revisar aquella que ha dado contenido y ha tenido impacto sobre la discusión de a qué podemos llamar: “economía social de mercado”.

La primera referencia jurisprudencial es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Este organismo desarrolla la jurisdicción constitucional bajo la forma de control concentrado. Este primer organismo emana “precedentes vinculantes” en donde se fija de manera determinada una línea jurisprudencial que los demás tribunales y cortes tiene la obligación de seguir. No existe desarrollo a nivel de precedentes vinculantes sobre el instituto de la “economía social de mercado”, pero sí sentencias múltiples que incluyen dicho instituto.

Asimismo, en el Perú, donde concurre también además del control concentrado, a su vez, el control difuso, por medio de otra corte de vértice, la Corte Suprema del Poder Judicial, de ella se emana los “plenos casatorios” sobre materias diversas. No existe plenos casatorios que desarrollen la economía social de mercado, aunque sí algunas sentencias de algunas cortes para casos específicos.

De estas dos fuentes jurisprudenciales descritas, de las cortes de vértices, mayor impacto sobre la comunidad jurídica han tenido las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. Ellas, por el modelo sentencias, esto es, que permite citar autores, en materia de “economía social de mercado”, han entrado en diálogo con la doctrina constitucional. En esta, para fundamentar y dar contenido, se trae a colación autores alemanes que han teorizado la economía social de mercado.

Además de estas dos fuentes jurisprudenciales también están los tribunales autónomos o administrativos, tal es el caso del tribunal dedicado a regular la libre competencia del INDECOPI (Instituto de la Libre Competencia y de la Propiedad Intelectual).

Luego, se debe acotar que, en dos normas fundamentales se recogen el término “economía social de mercado” al interior de un capítulo dedicado al régimen económico: una primera, la

Constitución de 1979, y una segunda en la Constitución de 1993. En cada una de ellas se dice lo siguiente:

“Artículo 115. 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.” (Ley Fundamental- Constitución de 1979).

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

Una vez que entró en vigencia la Constitución de 1979 se instaló poco después, el 25 de noviembre de 1982, en la ciudad de Arequipa, a las 18 horas, en un día soleado, en la Pinacoteca del Convento de Santa Catalina, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Se eligió la ciudad de Arequipa conforme ya lo decía la Constitución de 1979: “Artículo 304. El Tribunal de Garantías Constitucionales tiene como sede la ciudad de Arequipa. Excepcionalmente y con acuerdo de la mayoría de sus miembros puede sesionar en cualquier otro lugar de la República”. Se procedió a dicha designación por la contribución jurídica que dicha ciudad aportó a nuestra historia y sigue aportando incluso a nuestra República.

Este organismo pretendió instalar la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra fuente. Prescribió la Constitución de 1979 al respecto: “Artículo 296. El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución. Se compone de nueve miembros. Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia”. (Ley Fundamental- Constitución de 1979). Bajo dicho modelo se casaba resoluciones de los procesos de “amparo” y de “hábeas corpus” y se resolvía las acciones de inconstitucionalidad. Respecto de estas últimas, en ellas se realizaba un control de constitucionalidad de las normas.

La jurisprudencia relativa a la inconstitucional y demás acciones fue escasa, pero relevante en cuanto afrontó el tema de la economía desde la sede jurisdiccional, en especial los últimos años de su existencia como Tribunal. Por esto recibió calificativos de la politización de la justicia.

En tal sentido se puede revisar por ejemplo que, el 29 de enero de 1992, el Expediente 004-005-91-I/TGC declaró la inconstitucionalidad parcial en cuanto al fondo del Decreto Legislativo 651, en la parte que regulaba lo concerniente al transporte colectivo local urbano. Asimismo, declaró que la emisión del Decreto Legislativo 651 había tenido lugar de conformidad con la Ley Autoritativa 25327; y, en consecuencia, declararía infundada la demanda en dicho extremo. El Decreto Legislativo 651 versaba sobre la liberalización del precio de transporte. La regulación del transporte urbano hasta entonces competía a las municipalidades, en el entendido de que se estableciese un equilibrio entre el interés del usuario y la razonable rentabilidad del empresario, dentro de la llamada economía social de mercado².

Otra sentencia relevante es aquella de fecha 10 de marzo de 1992, contenida en el Expediente 008-91-IGC que declaró la constitucionalidad, en cuanto a la forma, del Decreto Legislativo 650 y, en consecuencia, declaraba infundada la demanda en ese extremo. Se declaró la constitucionalidad parcial en cuanto al fondo, y la inconstitucionalidad únicamente de la parte pertinente del artículo segundo, que prescribía «el efecto cancelatorio del pago de la compensación de tiempo de servicios». El Decreto Legislativo 650 trataba acerca de la compensación por tiempo de servicios cancelatorios. El colegiado estuvo compuesto por los magistrados: Centurión Vallejo, León Seminario, Valenzuela Astete, Díaz Valdivia, Samanamud Rubin, Mixan Mass, Núñez del Prado Cruz. Como Relatora Secretaria del TGC actuó María Luz Vásquez Vargas. Se explicaba que «el tribunal como legislador negativo se pronuncia para poder derogar una ley». Fundamentaba dicha decisión en que «si la norma se encuentra fuera los límites de interpretación de la Constitución debe ser declarada su inconstitucionalidad. Es decir la antinomia entre la ley y la constitución se soluciona declarando la preeminencia de la segunda». Sobre el fondo de la cuestión se argumentó que la norma «regula un nuevo régimen de

²Se puede revisar la siguiente fuente, se trata de un libro que estuvo bajo el cuidado de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales - TC en los primeros meses del periodo que tuve a cargo de dicha dirección. Tribunal Constitucional. Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales: procesos de inconstitucionalidad. Lima, 2018, 468 pp. Disponible en: https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/Jurisprudencia%20relevante_2018.pdf

compensación por tiempo de servicios. Este nuevo régimen es una mejor y efectiva garantía porque obliga al empleador a efectuar los depósitos semestrales bajo responsabilidad». Se agregó que «permite la inclusión de las bonificaciones en la remuneración básica»³.

Poco desde de emanada esta última jurisprudencia Alberto Fujimori, el 5 de abril Alberto Fujimori, presidente de la República, cerró el Congreso de la Republica y tomó las instalaciones de diversas instituciones, medida conocida como el “autogolpe”. Entre dichas instalaciones cerradas, cerró el Tribunal de Garantías Constitucionales. Fue el lunes seguido al anuncio del autogolpe que los militares, por orden de Fujimori, desde tempranas horas de la mañana tomaron las instalaciones de la sede principal de Arequipa del Tribunal de Garantías Constitucionales y no la abandonaron sino muchos años después⁴. Durante el periodo que sigue a dicha toma e implementación del Tribunal Constitucional con la Constitución de 1993, el Secretario General Federico Córdova y la Secretaria Relatora Gabriela Guillén trataron de intermediar para que dicho organismo subsistiera a las reformas del autogolpe, de tal manera que se registra un agradecimiento especial a dichas personas en la formulación del anteproyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Tribunal Constitucional peruano⁵.

Luego, una vez dotado de Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional se instaló el 23 de junio de 1996, a los pocos meses de su instalación se presentó una causa referida a una norma de “interpretación auténtica” expedida por el Congreso de la Republica, ley bajo la cual, a nombre propio se beneficiaba a Fujimori para una próxima seguida reelección. Por hechos vinculadas a dicha causa el mismo Congreso destituyó a tres magistrados el 29 de mayo de 1997, y a pesar de que funcionó no tuvo el quórum para resolver proceso de inconstitucionalidad. El 21 de noviembre del 2000 tiene su fin el mandato de Fujimori, en medio de escándalos y su renuncia por fax desde japon. Y recién el 17 de diciembre de dicho año se produce la restitución de los magistrados destituidos.

³Tribunal Constitucional, *Op. Cit.*, p. 49.

⁴ Testimonio personal de Federico Córdova realizado en el marco de la presentación del “Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales: procesos de inconstitucionalidad” que se llevó a cabo en las instalaciones del Colegio de Abogados de Arequipa, en la ciudad de Arequipa, el 28 setiembre del 2018.

⁵ Congreso Constituyente Democrático. Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Para discusión y opinión de la ciudadanía. En: Diario oficial El Peruano- Separata, Lima, viernes 28 de enero de 1994, p. 8. “Reconocimientos. “3) El proyecto reconoce importantes sugerencias contenidas en el anteproyecto de ley del Tribunal de Garantías Constitucionales remitido desde Arequipa por sus funcionarios doctores Gabriela Guillén de Valdivia y Federico Córdova Velasco”.

Con el párrafo anterior se pretende explicar lo siguiente: de los diez años, cinco meses y siete días que duró el régimen de Fujimori, el Tribunal Constitucional funcionó (con sus miembros completos, un año, un mes y seis días. Mientras funcionó con un colegiado incompleto tres años, siete meses y doce días.

En su conjunto, producto de este contexto descrito no se emanó una cantidad de jurisprudencia cuantiosa materia que pueda ser de análisis detallado en materia de procesos de inconstitucionalidad sobre el significado de qué es la economía social de mercado. En efecto, la jurisprudencia relevante para el presente estudio que se presenta versa del año dos mil en adelante.

II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

En la jurisprudencia del Tribunal se han combinado ámbitos del derecho de materia independientes para ser funcionalizados a las máximas de la economía social de mercado. Tal es el caso de combinar “derecho de los pueblos indígenas” y “economía social de mercado”; o también para combinar esta última con el “derecho del consumidor”. Asimismo, se ha tratado de conceptos como “constitución económica”, “principio de subsidiariedad” y lo “social” de la “economía de mercado”. Esta reconoce el modelo como el “mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos” y que incluso reconoce la “igualdad material”, donde afirma: “la economía condiciona”, “establece límites”, y representa esta “condición importante del Estado social y democrático de derecho”, como un modelo “contrario a la planificación central” y como “tercera vía”, donde el Estado tiene un rol, esto se le atribuye la “Función orientadora” y “reguladora” y la “vocación finalista por el bien común del Estado”, la cual está diseñada “en el servicio educación” sobre la base del “principio de subsidiariedad”, poniendo así “límites de la actividad estatal” y cumpliendo un “rol negativo del legislador”, limitando dicha función. Esta se caracteriza afirma la jurisprudencia por la “intervención imperiosa del estado” en especial en los “servicios públicos”; cuyo fundamento está en la “capacidad Impositiva del Estado” esto quiere decir, el “principio de solidaridad” y “dignidad humana” de los “derechos

fundamentales”⁶. Se trata de "Constitución como norma abierta" ante procesos de integración económica⁷.

En dicha orientación el Tribunal reconoce a la “economía social de mercado” desde las fuentes germanas, los representantes del ordoliberalismo; y a partir de ella, o de los seguidores de los juristas que tienen esa premisa desarrolla las diversas materias. El tipo de sentencia del TC le permite un diálogo con la doctrina, y por ende ser extenso en sus citas, como también citar autores diversos. Por ejemplo hace referencia L. Herhård y Alfred Muller Armack, para afirmar que en la ECSM “se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles”⁸. Como también cita a Peter Häberle con la finalidad de afirmar que la economía social de mercado: “es un *tertium genus*” frente a los modelos económicos” entre “el mero imperio del mercado” o de la contraparte del “puro direccionismo estatal”, el cual “pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre”⁹.

Estas sentencias tienen como base la interpretación de la economía social de mercado sobre los fundamentos de la Constitución de 1993. Es decir, deja de lado la experiencia constitucional de 1979 y aplica más bien los postulados de la primera Constitución citada, que a la fecha incluso está vigente en el ordenamiento jurídico peruano.

El Tribunal presenta a la ECSM como la “tercera vía” por oponerse a la economía de planificación y dirección central, como también la economía del “*laissez faire*”¹⁰, donde el proceso de decisión económica se produce “a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios”¹¹. En la Sentencia TC N.º 0048-2004-PI/TC del TC, considera que la

⁶ Y. Tornero Cruzatt, *La economía social de mercado en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional*, en *Gaceta Constitucional*, Lima, *Gaceta Jurídica*, n 98, 2015, p. 170 [<http://www.gacetaconstitucional.Com.pe/sumario-cons/sumariogc98.pdf>].

⁷ E. Espinoza Saldaña Barbera, *Constitución peruana e integración económica ¿es necesario cambiar el texto de 1993 para que la integración progrese?*, en *Advocatus, Revista editada por los alumnos de la facultad de derecho de la Universidad de Lima*, Lima, Talleres Viza, n. 11, enero 2005, p. 392.

⁸ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre del 2003 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>].

⁹ *Ibidem*: “La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo”, P. T. Haberle, *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, IV, n. 4, 1997, p. 25.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

economía social de mercado es “el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos”, es aquel que “propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que [...] promueve el despliegue de las iniciativas [...] incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas”¹². Asimismo resalta el rol del Estado, donde a este “le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva”¹³.

Confirmando esta línea jurisprudencia el magistrado del citado Tribunal Álvarez Miranda escribe lo siguiente: “de acuerdo al reconocido Índice de Libertad Económica, elaborado por The Heritage Foundation [...] el Perú alcanzó el puesto 47 siendo considerada como una economía “Moderadamente libre”, quiere decir, para el autor, la ECSM “se erige como una tercera vía, alternativa real al teórico modelo de libre mercado y al desproporcionado intervencionismo estatal”¹⁴.

En otra jurisprudencia, esto es la Sentencia N.º 0008-2003-AI/TC¹⁵, el TC afirma que primordialmente dicho modelo económico está caracterizado por los tres elementos siguientes: i) Bienestar social (empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso); ii) Mercado libre (por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios); iii) Un Estado subsidiario y solidario, (las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales). La considera en síntesis como: “una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social”¹⁶.

III. POSTULADOS TEÓRICOS RECOGIDOS EN LAS SENTENCIAS SOBRE ECSM.

En dicha misma sentencia desarrolla “igualdad material” y “economía social de mercado” bajo los lineamientos de la libre competencia y progreso social: “es representativa de los valores

¹² Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ E. Álvarez Miranda, *Valores esenciales: Libertad económica y dignidad*, en Aa. Vv., S. Abad Yupanqui (Dir.), *TC Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, t. 90, Junio, 2015, p.17.

¹⁵ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

¹⁶ *Ibidem*.

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”¹⁷.

Al modelo económico le asegura “crear las condiciones mínimas [...] para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva”¹⁸. Y para “aprehender adecuadamente el contenido y la finalidad del modelo económico” será necesario: “la interpretación interdependiente de la institucionalidad constitucional”, los cuáles serían “la estructura del sistema constitucional económico”¹⁹.

Asimismo, en otra sentencia el tribunal se había preocupado de decir que “la economía condiciona”, “establece límites”²⁰. El TC en una de sus sentencias llega a afirmar que la condicionante del “estado social y democrático de derecho” es el régimen económico, la economía social de mercado, que se encuentra diseñado en la Constitución de 1993. Para el juez constitucional la economía social de mercado asegura “la igualdad material [...] dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”²¹.

La economía social de mercado, para el TC peruano, va ser una “condición importante del Estado social y democrático de derecho”. Para llegar a dicha conclusión parte de una visión holística según la cual “partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro”. Y se va configurar esta bajo ciertos supuestos, donde el primer supuesto, se trata del económico; y los supuestos que siguen van a ser: “busca conciliar los intereses de la sociedad”, que en textos ordoliberales estaba con el término “pacificación”, y el supuesto político “La democracia” que va ser un constitucionalismo renovado, esto es: el “constitucionalismo democrático”²².

A su vez, el Tribunal no sólo ha interpretado adheriendo el régimen económico exclusivamente a la economía social de mercado, sino además ha vinculado ésta la “economía social de mercado” con el “estado democrático de derecho”, en dicho marco se combina los “Principios de los que

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC del 18 de diciembre del 2007 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>].

¹⁹ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

²⁰ Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC del 1 de abril del 2005 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>].

²¹ Sentencia del TC N.º 3330-2004-AA/TC del 11 de julio del 2005 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>].

²² Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC.

se deriva la igualdad ante la ley” y “el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado”²³.

Dice al respecto la referida sentencia que los principios de sustentan al Estado peruano y que dan “las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho”, de los que se deriva “la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país” se realiza en el “marco de una economía social de mercado, según lo establece el artículo 58.º de la Constitución Política”. Estos principios referidos, dice la sentencia son “de dignidad del hombre, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales”²⁴. Con esta interpretación el TC atribuye una superioridad al modelo económico frente a estos mismos derechos. Dicho en otros términos sin economía social de mercado se perdería el carácter de “Estado social y democrático de Derecho” de la Constitución.

En otro párrafo dice “no solo para producir riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico producidos”²⁵. Que “el mercado tiene una naturaleza instrumental, cual es, estar al servicio del hombre”²⁶. La economía social de mercado es “representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia”²⁷.

Asimismo, el Tribunal ha definido el contenido del “estado social y democrático de derecho”, el cual promueve “la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus objetivos (la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad)”, lo cual está vinculado, y por consiguiente, “exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado”, con “una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal”; y, por otro, la identificación del “Estado con los fines de su contenido social [...] evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social y la iniciativa y propiedad privada”²⁸.

La Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC²⁹ refiere que el Estado Social y Democrático de Derecho tiene dos aspectos; de un lado, “la exigencia de condiciones materiales para alcanzar

²³ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sentencia del TC N.º 0011-2013-PI/TC del 27 de agosto del 2014 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>].

²⁶ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC del 15 de febrero del 2015 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html>].

²⁷ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC .

sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal”; y de otro lado, “la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando que se torne en obstáculos para desarrollo social”³⁰.

En la economía social de mercado el Estado tiene el rol de crear las condiciones económicas³¹. El bienestar social “debe intervenir para corregir las inequidades sociales” para que todos “sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico”³². En dicha perspectiva de la jurisprudencia citada el “Estado debe velar por el bien común”³³.

La Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC ³⁴ recoge el concepto de “bien común” en base a la fundamentación en “la Encíclica *Mater et magistra*, según la cual, explica, “en materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social” , es decir, es necesario establecer “un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”³⁵.

IV. LA EDUCACIÓN BAJO LOS ALCANCES DE LA ECSM Y OTRAS MATERIAS.

El servicio educación también estaría al interior de la “economía social de mercado”, en este sector: “tanto las universidades como los institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a ley, pueden ser promovidos por entidades privadas o públicas”, con el fin de “garantizar el acceso a la educación y asegurar su calidad” como consecuencia del “ejercicio de la libre y estatalmente supervisada competencia (artículo 61) (fundamento 17 de la Sentencia TC N.º 0017-2008-P1/TC)”³⁶.

³⁰ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC.

³¹ Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC .

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Sentencia del TC N.º 0011-2013-PI/TC del 27 de agosto del 2014 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>].

Las condiciones que crea la economía social de mercado pueden incluso desfavorecer al trabajador mediante la eliminación de la prohibición de que empleador pueda unilateralmente rebajar el salario al empleado. Por ejemplo, el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral reconoce la facultad del empleador de “introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”. Asimismo, la Sentencia del TC N.º 020-2012-PI/TC del 16 de abril del 2014³⁷, denominada como “caso de la Ley Magisterial 2”. El TC también menciona a la dignidad humana, es decir, esta sentencia tanto mejoraría la calidad del magisterio de enseñanza como también no afectaría la dignidad humana.

En sus fundamentos 41 a 48 el TC Permite que un contratista pueda, en nombre de la “necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros” o la “necesidad de una reorganización del personal” pueda reducir unilateralmente los salarios. La redacción de dicho párrafo es la siguiente: “la reducción de la remuneración también puede ser adoptada por una decisión unilateral por parte del empleador, particular o el Estado mismo, es decir, sin aceptación previa del trabajador. “necesidad de cumplir los objetivos económicos y financieros”, que implica la “reducción de la remuneración sustentada en la necesidad de reducir el déficit o la escasez a fin de garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado” -o en su caso de una empresa- y “exige que debe existir una relación directa adoptada y la planificación económica perseguida”. Necesidad, explica la sentencia “de una reorganización del personal, que puede incluir la supervisión y reorganización debidamente justificada de la prestación de servicios - públicos esenciales en caso de que sea el Estado- que brinda el empleador”; y que por consiguiente, “la reducción de la remuneración no consensuada no implica una vulneración del principio de progresividad (o de no regresividad) de los derechos sociales”.

Esta sentencia ha sido comentada por Guillermo Boza Pró y Luis Mendoza Legoas quienes explican que “en una reciente sentencia del TC [la referida] se ha resuelto que la reducción unilateral de la remuneración siempre que no suponga un acto de hostilidad equivalente al despido del trabajador, es decir, que no se trate de una “reducción inmotivada de la remuneración” (interpretación “*contrario sensu*” de letra b del artículo 30° de la LPCL [Ley de productividad y competencia laboral]). Asimismo, ya existía un precedente en la Casación

³⁷ Sentencia del TC N.º 020-2012-PI/TC del 16 de abril del 2014 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00020-2012-AI.pdf>].

Laboral N.º 8283-2012-CALLAO³⁸ en la cual “ha considerado que los trabajadores polifuncionales pueden ser asignados a desarrollar múltiples funciones dentro del contexto de reestructuraciones empresariales”³⁹.

Asimismo, este criterio jurisprudencial de reducción unilateral de la remuneración se reitera en la Sentencia de Casación Laboral N.º 489-2015-Lima⁴⁰. Con dicha sentencia se reconoce la vigencia de una norma de los años cuarenta que es la Ley N.º 9463 del 17 de diciembre de 1941, cuyo texto reconoce la reducción de remuneraciones con autorización del trabajador. Otra sentencia del Tribunal ya había tratado la materia sobre la ley en mención, así en la Sentencia del TC N.º 009-2004-AA/TC⁴¹, se reconoció sobre esta ley “la posibilidad de reducir remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N.º 9463, de 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador”. A pesar de lo reciente del caso, la cual debilita la posición del trabajador frente a las crisis económicas, según lo expuesto; no se puede decir que la jurisprudencia peruana sea homogénea: La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en una reciente sentencia, indica que la Ley N.º 9463 no está vigente porque fue derogada tácitamente por la Constitución de 1979, en efecto, en la Sentencia de Casación N.º 1781-2005-LIMA⁴², se resuelve que la Ley N.º 9463, la cual establece la posibilidad de reducir remuneraciones previo acuerdo con el trabajador no resulta aplicable al caso concreto al considerar que la Constitución de 1979 la derogó tácitamente al proteger de manera adecuada los derechos laborales.

Asimismo el TC afirma la existencia de una “constitución económica” la cual tiene la finalidad de que la actividad económica “sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho”⁴³. Y que dicha constitución económica, y por ende el modelo

³⁸ Poder Judicial - Corte Suprema De Justicia De La República - Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, Casación Laboral N.º 8283-2012-. Callao, del 26 de abril de 2013 [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_jurisprudencia_sistematizada].

³⁹ G. Boza Pró Y L. Mendoza Legoas, *Modificación de condiciones de trabajo en Perú*, en *iuslabor Comparative labor law dossier*, 3, 2014, pp. 33-56 [<http://www.raco.cat/index.php/iuslabor/article/viewfile/285070/372930>].

⁴⁰ Corte Suprema Del Poder Judicial - Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria, Sentencia de Casación Laboral N.º 489-2015-Lima del 7 de junio del 2016 [http://semanaeconomica.com/wp-content/uploads/2016/10/Casaci%C3%B3n-00489-2015_reducci%C3%B3n-de-sueldo-ilovepdf-compressed.pdf].

⁴¹ Sentencia del TC N.º 009-2004-AA/TC del 21 de mayo del 2004 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00009-2004-AA.html>].

⁴² Poder Judicial - Corte Suprema Del Poder Judicial- Primera Sala de Derecho Constitucional y Social, Sentencia de Casación N.º 1781-2005-LIMA, del 21 de marzo de 2007.

⁴³ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

económico concilia “libertad (económica) e igualdad (de participación en los beneficios del mercado)”⁴⁴. Idea reafirmada en la Sentencia N.º 00034-2004-PI/TC.

La jurisprudencia se adhiere a la tesis de la adhesión de la “constitución económica”⁴⁵, que se encuentra al interior de la constitución de 1993, a la ECSM; por consiguiente, se deja lado la tesis de la “neutralidad” del texto constitucional; y más bien, afirma que dicho texto se orienta hacia una “economía social de mercado”. En este tenor, afirma “todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado”⁴⁶.

Los principios de la “constitución económica” constituyen “normas programáticas, mandatos de optimización a cargo del legislador” que se fundamentan, a su vez, en el “deber estatal de promocionar el bienestar general”⁴⁷. En consecuencia, como a su interior de dichos principios está el régimen económico, economía social de mercado, este también a su vez está actuando como un programa legitimado en sede constitucional, y por ende está operando desde la justicia constitucional como un programa político que resuelve controversias de diversa índole. Se trata de un juez fortalecido a pesar de no tener estos mecanismos democráticos, como sí los tienen la instancia política, para tomar decisiones. El cual tiene la capacidad de interpretar qué normas y cuál es el sentido de la Constitución, y por consiguiente declarando la inconstitucionalidad de ciertas normas. Estos principios de la constitución económica terminan por funcionalizar el resto de la constitución hacia fines autoreferenciales del modelo económico.

La jurisprudencia del TC también afirma que es el Estado dentro del modelo económico, el cual cumple plurales funciones⁴⁸ las cuales son: i) Garantizar “asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos; ii) Defender “el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras; iii) Intervenir “subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios; iv) [planificar? Se trataría de un verbo que no quiso explicitar directamente] Formula planes y programas “en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos); v)

⁴⁴ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Sentencia TC N.º 00018-2003-AI del 26 de abril del 2004 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>].

[Legislar] Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.

En la Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC⁴⁹, en ella procura definir el rol “subsidiario” del Estado, y donde este debe mantener “su función garantizadora y heterocompositiva”. Porque en la economía social de mercado existen “deberes específicos”, por parte del privado (dice particulares) “el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social”, mientras que por parte del Estado “el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.”⁵⁰. En este párrafo la libertad del privado es entendida como un deber, es decir, estaría funcionalizada hacia los objetivos del “Estado económico” (un concepto tácito al interior de esta construcción jurídica). Asimismo, la Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC también trata sobre la subsidiariedad⁵¹. Sin embargo, reconoce una “Intervención imperiosa del estado” para fomentar, cual fin último la competencia, en casos que “la oferta privada resulte inexistente o cuando existiendo sea insuficiente”, en dicho caso por ejemplo, el Estado “es evidente que no sólo esta habilitado a intervenir reconstruyendo el mercado, sino que tal intervención resulta imperiosa ante los riesgos que una situación como esta produciría en la población”⁵². Esta afirmación muy especial es seguida por los ordoliberales: la presencia del Estado en la economía para dirigir la competencia. En especial, esto se aplica al tema de los servicios públicos, y en casos que “resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son: i) Su naturaleza esencial para la comunidad; ii) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo; iii) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad; iv) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad”⁵³.

En tal sentido, la jurisprudencia se ha orientado por considerar que en razón de la economía social de mercado se justifica la existencia de una “legislación antimonopólica” y de “desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia^{5[5]}”, y orientado al cumplimiento de dichos objetivos “los organismos reguladores y el INDECOP” tienen un rol

⁴⁹ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

preponderante, tanto en “la promoción y defensa de la competencia” como en “la protección a los consumidores y usuarios”⁵⁴. Dichas funciones estatales vienen descritas como un “poder-deber” porque el Estado interviene como “garantía” en el establecimiento de las “reglas de juego”⁵⁵.

Existe un grado de poca certeza en las sentencias del TC en lo que respecta a la planificación. En primera acepción el término planificar está vinculado a dirigir, por consiguiente planificar como dirigir la economía, la cual trata de hacer explícita el Juez constitucional. En este sentido, se usa el término pero con gran cautela.

Para evitar la injerencia del Estado afirma que se reserva al privado “el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado” y “con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado”. Y más en específico, la planificación estatal se daría en segundo orden respecto del “rol subsidiario” del Estado en la producción de riqueza económica.

Asimismo afirma que, al individuo viene “garantiza [da] el ejercicio de las libertades patrimoniales”, de ello que la planificación consista en “el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado”⁵⁶. En este contexto, afirma el “rol subsidiario” del Estado en la economía, y por ende la “planificación” es de “responsabilidad de cada persona”⁵⁷, corresponde a la “realización de su proyecto vital en el marco de instituciones políticas, jurídicas y económicas orientadas por el valor de la equidad”⁵⁸.

Asimismo, existiría una “función orientadora”⁵⁹ del Estado, según la cual el Estado se encarga de “formular indicaciones” para la “promoción del desarrollo del país”, donde los agentes económicos “tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios” “a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado”. No es del todo funcionalista porque no dice “deben alcanzar”, pero más bien, sí llega a “orientar” con las formulaciones indicativas un conjunto de iniciativas individuales hacia fines del Estado [económico]⁶⁰.

⁵⁴ Sentencia del TC N.º 1963-2006-PA/TC del 5 de diciembre del 2006 [http://www.crcal.org/eventos/10-03-14/rel_wong/Sentencia_TC_Caso_Dino.pdf].

⁵⁵ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Sentencia del TC N.º 0011-2013-PI/TC del 27 de agosto del 2014 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>].

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC..

⁶⁰ *Ibidem*.

Asimismo en el párrafo que sigue se refuerza la idea que un “Estado fuerte” entendido como “institucional”, según dicha noción el Estado puede realizar correctivos empleando “medios legítimos y razonables”; y por consiguiente, “limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares”⁶¹. La “organización económica” está en un marco de “descentralización” e “independencia” respecto del Estado⁶².

Hoy en día lo importante del servicio público corresponde al Estado, no es la titularidad del mismo sea privado o estatal, sino “garantizar la prestación del servicio” para la “satisfacción de necesidades públicas”, por consiguiente, se trata que: “la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno”. Y por consiguiente subsiste “el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población.”⁶³.

Dentro de la economía social de mercado también llega analizar el poder legiferante del Estado, Se desarrollará tanto del Ejecutivo como del legislativo propiamente dicho, según el Tribunal tiene diversos controles, denomina: “control jurisdiccional”, “control político” y “control ciudadano”. Estos controles están desarrollados bajo un enfoque funcionalista, es decir, en función de “la promoción temporal del desarrollo productivo nacional”. esto es, en función de la “constitución económica” y tácticamente se está preocupando entonces de desarrollar un “Estado económico”. Por ende la “(ampliación) Política legislativa es controlada por diversos mecanismos, esto es el control jurisdiccional, el control político, el control ciudadano”⁶⁴.

En tal sentido, la actividad legislativa del Estado en la economía social de mercado deberá darse teniendo en cuenta “la conveniencia, necesidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la política nacional relativa a la promoción temporal del desarrollo productivo nacional.”⁶⁵. Asimismo, existe un “poder legiferante” del Estado⁶⁶.

En específico, hace referencia que la “política legislativa en materia económica y social” es “conjunto de medidas que adopta el Estado para regular jurídicamente las actividades de producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios; como a la pluralidad de

⁶¹ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC del 18 diciembre del 2007.

⁶² Sentencia del TC N.º 018-2003-AI/TC del 26 de abril del 2004 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>].

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Sentencia del TC N.º 018-2003-AI/TC.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*

previsiones que se adopten para propender a la realización de las posibilidades y la consecución del progreso y el bienestar general de la población.”⁶⁷

El programa económico que opera al interior de la justicia constitucional está diseñado por el “establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social”⁶⁸, lo cual significa “la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes” que tienen por objetivo, en el plano declarativo “el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución” así como “la verificación del principio de igualdad en lo atinente a la elaboración y aplicación de la ley”. En particular, “la consolidación de la igualdad real de oportunidades” en coordinación con en el plano estrictamente programático de conseguir “la obtención del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales”⁶⁹.

En ese contexto descrito existe un rol negativo del legislador que consiste en “no interferir irrazonablemente en tales libertades económicas”⁷⁰, y de otro lado, le otorga “un margen de actuación” con la finalidad de “garantizar condiciones materiales de igualdad”⁷¹.

Otro aspecto distinto es el carácter “social” del modelo económico, el cual se mencionaba tanto en la Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC como en la Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC; en ellas caracteriza al interior de la “economía social de mercado”, “lo social”, es decir, explica que este modelo opera como: i) mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados ii) una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos”; iii) una fórmula de “promoción del uso sostenible de los recursos naturales” para “garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”⁷².

La jurisprudencia reconoce una cierta ponderación superior a la ECSM, la describe como ser una “fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un

⁶⁷ Sentencia del TC N.º 018-2003-AI/TC del 26 de abril del 2004 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>].

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Sentencia del TC N.º 00034-2004-PI/TC

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Sentencia del TC N.º 0048-2004-PI/TC del 1 de abril del 2005 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>].

ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”, cuya idea se fundamenta en el “bien común”, término el cual es “adoptado dentro de una lectura de las encíclicas católicas” y se pone como finalidad para “regulador y catalizador” los “procesos económicos”. Se le atribuye además que las cláusulas de dignidad se orientan a la combinación del principio de igualdad y la economía social de mercado, es decir el mercado acorde al “principio de dignidad humana”⁷³, en otros términos, dice más adelante, es “primordial “integrar” el contenido social de la República (artículo 43º la Constitución) [...] el principio de economía social de mercado (artículo 58º), amén del bien común”⁷⁴.

Se deduce, por consiguiente que, el ordoliberalismo consideraba que la “vida económica (*das Wirtschaftleben*)” coincide con la “constitución económica”⁷⁵. En efecto, la coincidencia entre la vida económica y constitución económica la personaliza el “*homo economicus*” entendido este como un “empresario de sí mismo”⁷⁶ desde el cual se puedan hacer cálculos exactos en sede macroeconómica.

En síntesis, la economía social de mercado ha sido desarrollada copiosamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en diversos ámbitos, pero todos estos ámbitos han perdido autonomía como máximas y más bien están valorados al interior, en función, de la supremacía de un modelo económico autoreferencial. Este acápite ha servido para resumir el contenido de esta, ahora el tema se centrará en algunos aspectos de la misma.

V. LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA BAJO LOS ALCANCES DE LA ECSM

La jurisprudencia del TC trata de encontrar un equilibrio y favorecer en parte a aquellos sujeto que han sido positivizados por el derecho internacional como “pueblos indígenas”. En el fondo no nace sino mantener la diferencia, y mantener aún criterios de diferenciación ontológica, y por consiguiente, en este aspecto la economía social de mercado no consigue la igualdad sustancial que se propone sino sólo mantiene en un ámbito jurídico un “indio permitido”⁷⁷. Asimismo, se

⁷³ Sentencia del TC N.º 10087-2005-PA/TC del 18 diciembre del 2007.

⁷⁴ Sentencia del TC N.º 0008-2003-AI/TC.

⁷⁵ R. Miccù, *Economia e costituzione: una lettura della cultura giuridica tedesca*, en *Quaderni del pluralismo*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 266.

⁷⁶ G. Comisso, *La governance nell'economia sociale di mercato. Una interpretazione foucaultiana*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fs. 1, junio 2015, p. 271.

⁷⁷ Ch. Hale, *Rethinking Indigenous Politics in the Era of the "Indio Permitido"*, en *Report on the Americas*, 2, vol. 38, set-oct, 2004, p. 16.

sostiene bajo una biopolítica orientadas hacia sujetos que fueron marginales al proceso de modernización desarrollado en las grandes ciudades.

En este caso, evocar la categoría del biopoder para describir el modo ordoliberal de dirigir el orden político reducido a orden económico, significa poner en evidencia cómo el liberalismo en cuanto tal no sea una teoría de la libertad sin límites, sino la búsqueda de un equilibrio “entre la búsqueda de beneficio individual y el incremento de la riqueza colectiva” realizado en el ámbito de un contexto que “si se consume libertad es obligada también a producirla, y si la produce es obligada también a organizarla”; por consiguiente, de aquí proviene “la combinación de instancias liberatorias e instancias ordenadoras” a la cual se dedica el poder ordoliberal con “formas de intervención indirecta, no tanto para reprimir con las fuerzas individuales, sino para producirlas y ordenarlas”⁷⁸.

Lo primero que se tiene que explicar es que, de un lado existe la jurisprudencia autónoma sobre derecho de los pueblos indígenas, así como del derecho a un ambiente sano, y de otro lado, existe una jurisprudencia que funcionaliza este derecho en razón de la economía social de mercado.

Existe una discusión respecto si se produjo o no un trasplante jurídico de las normas internacionales que contienen el derecho de la consulta previa. Se puede afirmar de una adopción parcial, mas no total debido a que se adoptó además una norma especial, una ley que regula dicho derecho de manera específica. Esta pregunta también se hace Bartolomé Clavero, y dice: “La cuestión inmediata entonces es la de si la República del Perú lo acepta o se resiste [a los estándares internacionales citados al transplante]. La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT] es un importante signo de aceptación”⁷⁹. Desde una lectura de derecho constitucional, el citado autor se refiere a dicha adhesión al Convenio referido: “El Tribunal Constitucional [peruano] ha extraído las consecuencias: los “tratados (sobre derechos humanos) no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”; “estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional”; la función interpretativa del planteamiento constitucional, es aquel de la Disposición Final 4 la cual “contiene implícitamente

⁷⁸ A. Somma, *La dittatura dello spread*, op. Cit., p. 59.

⁷⁹ B. Clavero, *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta estándares internacionales*, op. Cit., p. 4.

una adhesión a la interpretación que de los mismos [de los tratados de derechos humanos] hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; asimismo, “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos”, todas ellas y no sólo las que versen sobre caso peruano. Por esta vía se refuerza el valor normativo interno y directo no sólo del Convenio 169, sino también de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La jurisprudencia interamericana al respecto cobra valor constitucional”⁸⁰.

La norma internacional, en especial el Convenio 169 de la OIT, tendencialmente, en dicha sede interna de decisión política del gobierno, a pesar de existir una cláusula constitucional de mecánica incorporación al ordenamiento, por el contrario, no se produjo así, sino más bien se creó una ley específica de consulta previa, por ende, la regla general o declamatoria no es la misma del formante legal de derecho internacional que incluso aquella de derecho interno.

En consecuencia, el citado convenio no sólo informó al derecho interno por la vía legislativa, también lo hizo en el ámbito jurisdiccional. Además de informar al Tribunal Constitucional el Convenio también ha informado al Poder Judicial y a su respectiva jurisprudencia. Es así que, ha reconocido a las rondas campesinas (organizaciones que están en tránsito de la modernidad), como sujetos a los cuáles se les aplica el Convenio referido, y que a partir de la “doctrina legal” (concepto tomado de España para indicar que es una interpretación vinculante) considera, gracias a un “Pleno Casatorio”, que necesariamente los jueces al momento de fallas sobre temas que involucran a dichas organizaciones tienen que tener en cuenta tanto el pluralismo jurídico como el citado Convenio⁸¹.

Para el Tribunal Constitucional, en general, ha establecido en su jurisprudencia que todo derecho puede ser afectado. Esto quiere decir, que todo derecho puede ser limitado pero mientras no se afecte su “contenido constitucionalmente protegido” (*Wesengehaltsgarantie*). Este concepto que usa el Tribunal en su diferente jurisprudencia ha sido tomado de la experiencia, a su vez, del Tribunal alemán.

Según este razonamiento, a) De conformidad con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental Alemana la dignidad del ser humano es inviolable, y debe ser respetada y protegida por todos los

⁸⁰ *Ivi*, p. 5.

⁸¹ Y. Tornero Cruzatt, *Reconocimiento*, op. Cit., p. 211.

poderes estatales. Por consiguiente, por ejemplo⁸² Schwabe explica que en el orden de valores de la “Ley Fundamental la dignidad humana es el valor supremo (BVerfGE 6, 32)”, donde como todas las disposiciones de la Ley Fundamental, “esa declaración de la dignidad del ser humano predomina también sobre el Art. 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental”, en la cual el “Estado no puede mediante medida alguna, ni tampoco mediante una ley, contravenir la dignidad del ser humano o, con base en las restricciones contempladas en el art. 2, párrafo 1”, es decir: “violar la libertad de la persona en su contenido esencial”. De este modo, bajo esta fórmula “la Ley Fundamental garantiza al ciudadano, en forma individual, un ámbito inviolable para la configuración de su vida privada, el cual se encuentra fuera del radio de acción del poder público (BVerfGE 6, 32)”⁸³.

La máxima de la dignidad de la persona ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional peruano. Este aporte jurídico constituye un elemento teniendo en cuenta del “patrimonio constitucional europeo” el cual es producto del constitucionalismo antifascista desarrollado con posterior a la segunda guerra mundial que ha puesto énfasis justamente en disciplinas que van más allá del mercado, resaltando mecanismos solidarios económicos. Este patrimonio constituye el fundamento del “derecho común europeo solidario” el cual debe diferenciarse del “Derecho Comunitario”: el primero recoge la experiencia constitucional de la postguerra y no se centra, como el segundo sí lo hace en criterios exclusivos de mercado.

Este constitucionalismo antifascista significaría “la obligación de una intervención “perequativo” de los poderes públicos, indispensables para hacer de la sociabilidad un motor de emancipación; en vez que una modalidad a través de la cual promover cooperación y paz social, o más en general el equilibrio del orden propietario y por consiguiente del mercado concurrencial⁸⁴.

Este reconocimiento a la dignidad de la persona ha pasado por distintas formas, por ejemplo, en la constitución de 1979 dice: “artículo 4.-La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Mientras, en la Constitución de 1993 se dice: “artículo 1.- Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁸² J. Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes*. México D.C., Konrad - Adenauer – Stiftung, 2009, p. 93.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ A. Somma, *La dittatura dello spread*, op cit., p. 232.

Sin embargo, en nombre de la reforma del conjunto de la sociedad, en un contexto de enfrentamiento entre el “liberalismo económico” y el liberalismo político”⁸⁵, se pretende la primacía del primero sobre el segundo. Lo cual se traduce a su vez, como se ha evidenciado, que la primacía de la eficiencia económica va tener un mayor valor sobre los derechos sociales reconocidos; de tal manera que, queda en un segundo plano el constitucionalismo de la post guerra frente a las exigencias de eficiencia económica que la economía social de mercado demanda. Bajo este razonamiento expuesto, se reduce el conjunto de derechos contenidos en la Constitución de 1979 y se prefiere un elenco mucho más reducido en la Constitución de 1993. La tensión igual subsiste, por ejemplo en el momento que el Tribunal en su sentencia tiene proximidad al postulado teórico de la dignidad de la persona, tomando de referencia con ello un elemento del patrimonio constitucional de la post guerra, pero finalmente reduce su contenido esencial a favor de la eficiencia económica.

Se trata por consiguiente que, la “*Wesengehaltsgarantie*” y su fórmula interpretativa ha sido adoptado por parte del Tribunal Constitucional peruano. Fórmula que está contenida en el art. 5 del Código procesal constitucional peruano: “artículo 5.- Causales de improcedencia. No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Fíjese en contraste de este principio expuesto, el texto de declarativo de la Constitución italiana en su artículo tercero, que más bien se orienta hacia una posición maximalista del derecho: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”⁸⁶. En este último caso, la regla contenida en el enunciado normativo no pretende sólo un reconocimiento del (núcleo esencial del) derecho, sino incluso el acto de “remover los obstáculos [...] que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos”. En efecto se cumple la máxima de usar el “social” no para alterar la “constitución económica”, sino más bien, para reforzarla. Por el contrario, en la fórmula italiana se busca más bien no sólo reconocer la igualdad formal, esto quiere decir aquella contenida en la fórmula que dice: “todas las personas son iguales

⁸⁵ A. Somma, *Introducción crítica al derecho europeo de los contratos*, Barcellona, Madrid, Marcial Pounds, 2008, p.13.

⁸⁶ Constitución italiana art. 3.

ante la ley”, sino incluso ir mucho más allá, de no funcionalizar los derechos según las necesidades y las contingencias del modelo económico, incluyendo sus crisis; sino más bien de, en base al principio de solidaridad tanto horizontal como vertical reclamar el Estado social con la finalidad de afrontar la debilidad social, es decir buscando que el deber público se ocupe de remover las causas de hecho limitan la igualdad⁸⁷.

En la misma línea limitativa se encuentra la técnica del “test de proporcionalidad”, la cual no sólo limita el derecho en cuanto permite su afectación, sino también se trata de una limitación permitida en el tiempo; puesto que da la opción al juez constitucional de restringir un derecho en ciertos momentos y en otros no, según una discrecionalidad interpretativa del contexto. Este test viene explicado en la Sentencia del TC N.º 0027-2006-AI, Colegio de Abogados de Ica vs. Congreso de la República, en su fundamento jurídico 73, dice: “este Tribunal ya se ha pronunciado acerca del desarrollo del Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad)”, indicando que “el test de razonabilidad o proporcionalidad [...] es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres subprincipios: 1) subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2) subprincipio de necesidad; 3) subprincipio de proporcionalidad stricto sensu. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las Sentencias del TC N.ºs 0016-2002-AI y 0008-2003-AI”⁸⁸. Su fundamento reside en que ningún derecho puede ser maximizado, sino que más bien, debe ser ponderado.

La “*Wesengehaltsgarantie*” ha tenido asidero en la jurisprudencia, por ejemplo en la Sentencia del TC N.º 00605-2008-PA/TC⁸⁹ se afirma que, el derecho de propiedad, reconocido por el artículo 2º, inciso 16 de la Constitución, constituye un “derecho fundamental” cuyo “ámbito de protección o contenido”⁹⁰ garantiza a su titular las facultades de uso, disfrute y disposición del bien. En esta línea jurisprudencial se ha construido una fórmula para limitar el derecho de propiedad y otros institutos jurídicos. Así por ejemplo de la posesión se afirma que, “no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional,

⁸⁷ A. Somma, *Economia di razza dal fascismo alla cittadinanza europea*, Verona, Ombre Corte, 2009, p. 134.

⁸⁸ Sentencia del TC N.º 0027-2006-AI del 21 de noviembre del 2007 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html>].

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Sentencia del TC N.º 00605-2008-PA/TC del 28 de enero del 2009 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00605-2008-AA.html>].

limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos [legales que la ley establece] a través de los procesos ordinarios”⁹¹.

Asimismo, la citada sentencia trata de un “contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta”, lo que importa “i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta”. Al respecto se extiende y dice:

Asimismo, la Sentencia del TC N.º 0022-2009-PI/TC limita el derecho de la consulta previa, la cual a su vez procede del reconocimiento en el derecho interno del Convenio 169 de la OIT. Dicha sentencia respecto del acceso a realizar la consulta afirma: “En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado”⁹².

Sin embargo, el TC reconoce “características esenciales del proceso de consulta” y de ser llevada a cabo esta sin tener en cuenta dichas características “se estaría vulnerando el derecho de consulta”. Por ejemplo, sigue: “la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta”⁹³.

La afectación del derecho de la consulta previa favorece la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, el cual se emana por medio de una delegación de poderes del Congreso de la República (parlamento) a favor del presidente, en el contexto de implementar mediante normativa excepcional reformas que favorezcan la economía social de mercado. En específico, dice el citado decreto “mediante la Ley N.º 29157 el Congreso de la Republica delegó al poder ejecutivo la facultad de legislar determinadas materias” con la finalidad de facilitar la “implementación del Acuerdo Comercial Perú- estados Unidos y el apoyo a la competitividad económica para su

⁹¹ Sentencia del TC N.º 03050-2011-PA/TC del 18 de enero de 2012 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03050-2011-AA%20Resolucion.html>].

⁹² Sentencia del TC N.º 0022-2009-PI/TC del 09 de junio del 2010 [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc01072010-225754.pdf].

⁹³ Sentencia del TC N.º 0022-2009-PI/TC.

aprovechamiento, encontrándose comprendidas la mejora de la inversión privada, la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria”⁹⁴.

Vale la pena llamar la atención de cómo una delegación de facultades puede implementar un nuevo orden en nombre de la emergencia económica, en detrimento del mecanismo democrático y en favor de la concentración de poderes. Este temade por sí solo tiene muchas aristas en el orden constitucional económico. Se caracteriza porque en múltiples ocasiones se usa la normativa excepcional delegada para limitar derechos, que por la vía ordinaria no se consigue.

Roberto Malighetti ha usado un enfoque teórico similar al descrito sobre la excepción, en base a las ideas de Agamben para explicar el tema de las favelas brasileñas afirma: “Operando attraverso politiche di esclusione inclusiva (Agamben 1995, p. 26), costruisce le favelas secondo formule apologetiche, funzionali all’esercizio del dominio: consegna le contraddizioni strutturali al controllo centralizzato dello Stato, riproducendo il funzionamento dei dispositivi del razzismo illustrati da Foucault (1976)”⁹⁵. A partir de dicho referente teórico se puede abordar con más sencillez nuestro tema de pueblos indígenas.

Tomando en consideración el concepto de biopolítica de Foucault, el citado profesor afirma: “lo stato di eccezione assume un significato immediatamente biopolitico come struttura in cui il diritto include in sé il vivente attraverso la propria interruzione (Agamben, 2003, p. 12)” Asimismo que: “mentre la legge funziona in termini di individui e di società, cittadini e stato, il dispositivo dell’eccezione colloca la vita biologica al centro della scena politica (Arendt 1958; Agamben, 1995) e agisce in termini di entità generiche ed astratte da identificare, censire, catalogare, curare, riprodurre, proteggere e reprimere”. Esto último nos sirve para abordar más adelante las categorías jurídicas desarrolladas por el TC peruano: “constitución económica” y lo “social” de la economía de mercado.

Reafirmando dicha tesis se plantea que la citada operación: “Specifica le condizioni giuridico-politiche dei rapporti fra Stato e individui: in nome dell’emergenza, i cittadini sono trasformati in semplici corpi, in “astratta nudità dell’essere nient’altro che uomo” (Arendt, 1951, p. 415) o in nuda vita (Agamben, 1995)”⁹⁶. En efecto, afirma que el trato hacia organismos colectivos sería una orientación del “biopotere dell’eccezione” el cual “decide sul valore e disvalore della vita in quanto tale (Schmitt 1921)”. Y mucho más en especial, en el caso de las favelas define: “il

⁹⁴ Y. Tornero Cruzatt, *Entre la emergencia económica y la limitación de los derechos de los pueblos indígenas*, en *Servindi*, Lima, 10 de diciembre del 2015 [<https://www.servindi.org/actualidad/141284>].

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

biopotere classico dello stato territoriale di far morire e lasciar vivere e la statalizzazione moderna del biologico (“far vivere o di respingere nella morte») sia le forme della biopolitica contemporanea, designate da Agamben con l’espressione “far sopravvivere” (Agamben, 1998, pp. 144-146)”⁹⁷.

En esta misma línea teórica, pero ya mucho más específica, Mark Rikfin combina las ideas de Agamben y los derechos de los pueblos indígenas australianos. Por ejemplo, afirma sobre el vínculo entre soberanía y estado de excepción desarrollado por Agamben, dice: “In *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Giorgio Agamben has described this kind of dialectic as the “state of exception,” suggesting that it is at the core of what it means for a state to exert “sovereignty.”. Y sobre la centralidad del tema de la soberanía, como aspecto incluso originario de la relación jurídica, explica: “the sovereign decision on the exception is the originary juridico-political structure on the basis of which what is included in the juridical order and what is excluded from it acquire their meaning” (19), and “[i]n this sense, the exception is the originary form of law” (26). What appears as an exception from the regular regime of law actually exposes the rooting of the law itself”⁹⁸.

Estas ideas supra desarrolladas nos muestran cómo es posible que se opere un biopoder bajo formas excepciones, y en especial que existan ya planteamientos similares al que se esboza sobre la aplicación a un biopoder, en especial sobre a quienes se le denomina pueblos indígenas.

Regresando al caso peruano, un ejemplo de su jurisprudencia de limitación de derechos para fortalecer la economía social de mercado es la Sentencia del TC N.º 0001-2012-PI/TC, conocida como “caso Conga”⁹⁹. En dicho caso el TC opta por una posición centralizadora del poder estatal frente, declarando nula una decisión regional (el gobierno regional de Cajamarca) el cual había pretendido mediante dicha medida defender bajo su propia competencia la salvaguardia del derecho al medio ambiente, en particular proteger ciertas cabeceras de cuencas de afluentes de agua que podrían verse afectadas por una próxima explotación extractiva minera. Alrededor de

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ R. Mark, *Indigenizing agamben rethinking sovereignty in light of the “peculiar” status of native peoples*, en *Cultural Critique* 73, n. 3, 2009 [https://becomingpoor.files.wordpress.com/2013/01/rifkin_indigenizing-agamben.pdf].

⁹⁹ Y. Tórero Cruzat, *La continuidad del modelo economía social de mercado frente a la situación del derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas en una jurisprudencia peruana*, en *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, Bilbao, DEUSTO, n. 12, 2014, p.137.

dichas cuencas manantiales de agua, las comunidades que vivían alrededor de las cuencas de aguas eran comunidades campesinas¹⁰⁰.

Revisando el fallo, en este subyace la forma jurídica del Estado Fuerte, teorizada por los ordoliberales, para el contexto peruano en el aspecto de reforzar el Estado centralista y armonizar su relación con los “cuerpos intermedios”, así como de estos con el individuo, es decir, mientras que la resolución regional sí se pronunciaba sobre un tema de justicia ambiental, el fallo del TC sólo se desarrolla una parte similar en la motivación, no así en la conclusión del fallo. Por consiguiente, al no vincular del razamiento jurídico formulado en los fundamentos y el contenido del fallo, es forzosamente social. En ella el TC expone cómo debe operar la economía social de mercado, y cómo debe ser considerado lo “social” dentro de dicho modelo.

El TC resuelve reforzando la parte orgánica del Estado, descrita como “Estado centralista”, y reduce el tema de justicia ambiental a una cuestión de competencia y jerarquía entre gobierno regional y nacional. Para conseguir propias expectativas sociales de prestigio institucional no vincula el razamiento formulado en los fundamentos (sobre justicia ambiental, descentralismo e institucionalidad débil del Estado), con el contenido del fallo, el cual es muy escueto.

El Tribunal trata de interpretar conjuntamente de un lado, “economía social de mercado”, y de otro lado: derecho al medio ambiente sano; pero la parte de su fallo va tener, que tiene el efecto jurídico de declarar nula la resolución regional en discusión, no va darse por un motivo de justicia ambiental sino por una razón de competencia de funciones. Dicha argumentación sobre cómo se resuelve el caso en concreto se sintetiza en el fundamento octavo de la sentencia, dice ésta: “este proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias, siendo tramitado según lo ordena el artículo 110.º del Código Procesal Constitucional, debido a que la Ordenanza Regional tiene rango legal (art. 200, inciso 4, de la Constitución). El proceso de inconstitucionalidad, como se sabe, es un proceso fundamentalmente objetivo en el que se efectúa un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía (norma constitucional y norma infra-constitucional de rango legal). De ahí que en este tipo de casos se persiga primordialmente la defensa de la Constitución antes que un interés subjetivo (Sentencia del TC 0020-2005-PI/TC y acumulados, fund. 16). Se desea expresar con esto que en el caso en particular, este Tribunal no analizará la legalidad o constitucionalidad de actos administrativos como el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) referido, por no ser competente para ello en el

¹⁰⁰ Ver capítulo I, título 1. Cambio de nombre de comunidades indígenas a comunidades campesinas.

presente proceso, remitiéndose exclusivamente a determinar las competencias establecidas por la Constitución”.

El deber de solidaridad, se considera así, parte del hecho que el TC evidencia la debilidad institucional del Estado y de su rol dentro del proceso de fiscalización de la inversión privada. La sentencia dice: “Este es un aspecto neurálgico, ya que no puede negarse que en varios casos, la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia la debilidad institucional del Estado Peruano. En tal sentido, la Administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas”¹⁰¹.

Habiendo hecho primar el Estado fuerte en el caso concreto, ante próximos escenarios sugiere al Estado que debe ser forzosamente socialmente más expansivo y recuerda a la la inversión privada su responsabilidad social, con ello consigue además reconducir a buen puerto las expectativas de un pronunciamiento firme del TC en materia propiamente de derechos. Con esta sentencia el Tribunal Constitucional se ve, siguiendo la misma línea que la doctrina ordoliberal, a ser forzosamente social.

Explica el TC que dichas reglas de la economía social de mercado se deberían al nuevo contexto favorable por la subida de precios de los metales. Se recuerda que para los ordoliberales el Estado social podía desarrollarse mientras estaba dentro de los confines del mercado. El reclamo a un deber dentro de la tradición liberal no es muy común; sin embargo el TC peruano lo usó con la finalidad de poder conducir reformas dentro del libre mercado.

No es que la institucionalidad tenga un valor de por sí, sino que más bien son las condiciones del momento las que, para mantener el modelo económico requieren que sea socialmente de tal manera, en sentido prospectivo y no así en dirección de resolver sobre el caso concreto. Completamentando con volver a mencionar los principios, que no operan en el caso concreto: desarrollo sustentable, principio de prevención, restauración mejora, precautorio, precautorio, compensación.

Dentro de los deberes el tema de la reparación integral por parte del Estado hacia las víctimas o potenciales víctimas sigue siendo un tema nominativo y por ello no central en el momento de incidir en éste: “en tal sentido, es deber del Estado, brindar la estructura y presupuesto adecuado

¹⁰¹ Sentencia del TC N.º 0001-2012-PI/TC del 17 de abril del 2012 [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00001-2012-AI.pdf>].

para que se brinde la orientación legal adecuada a fin de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos. Así, poner a disposición de los ciudadanos no solo información sino asistencia legal gratuita en los casos en donde los bajos ingresos de los pobladores así lo demande. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de considerar los daños provocados de manera integral a fin de, si es que se determinara fehacientemente, ordenar el pago indemnizatorio proporcional a los daños sufridos”¹⁰².

Asimismo, responde el TC asignando deberes las empresas que deben actuar con responsabilidad social: que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Ello, recae en principio en la esfera de la empresa, la que debido a su experiencia debe tomar en consideración posibles tensiones con la población de las áreas aledañas. En tal sentido, estas deberían tratar de evitar medidas aisladas y optar por medidas dirigidas a solucionar y prevenir los verdaderos problemas o de la comunidad. Lo que no implica imponer soluciones sino, plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones”. Más adelante el TC ilustra “lo social” va restringido por tres criterios, de manera nominativa: i) Como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados ii) Como cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural” iii) Como fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de vida. En este sentido, “lo social”, al interior de la salvaguardia de la constitución económica, el mercado, va resumido como que “cumpla con sus objetivos esenciales y promueva el Bien Común”, asimismo, se procure la “creación de nuevos proyectos de desarrollo [...] en coherencia con los principios de la economía social de mercado [...] la principio de subsidiariedad solidaridad y de redistribución de la riqueza”¹⁰³.

En efecto, de lo expuesto se puede ver cómo en materia de pueblos indígenas y derecho de ambiente la influencia de la economía social de mercado llega tener una connotación de dar una armonización jurídica manteniendo sujetos diferenciados fuera del alcance de la igualdad ciudadana, reforzando derechos que provienen de trasplante del derecho internacional y favoreciendo un estado fuerte. Asimismo, se ha explicado cómo es forzosamente social en el sentido declarativo, pero es estrictamente limitativo de derechos por medio de la adopción del instituto alemán del contenido constitucionalmente protegido. En este contexto, se ve cómo

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ibidem.*

particularmente, este derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas es funcionalizado para acrecentar una demanda de reforma del mercado promovida desde el Estado por medio de normativa excepcional.

Como se observa esta fórmula jurídica favoreció a reconocer jurídicamente a organizaciones consideradas bajo un esquema distinto como premodernas como son los pueblos a nivel de la jurisprudencia, circunscribiéndolo como “lo social”; pero limitándolo dentro de un Estado centralizado y preocupado principalmente por realizar reformas desde el Estado del diseño de la economía, todo ello bajo la máxima interpretativa de la economía social de mercado.

La debilidad ontológica de la que parte su normativa expone al sujeto a una constante búsqueda de una igualdad que jamás se consigue, a causa justamente de identificar a la cultura como un elemento estático. El modelo de postmodernidad privilegia la ubicuidad del miedo del diverso, favoreciendo la importación de la mano de obra disciplinada a los fines de crecimiento económico¹⁰⁴.

Asimismo, no se basan en autogobierno externo a la dinámica internacional como pretenden afirmar; sino más bien, están en concordancia y potencializados gracias a un escenario internacional favorable que se sustenta en la cooperación internacional. Por consiguiente, incluso en este aspecto permanecen externos a la unidad decisional que se desarrolla al interior de un Estado, siendo más fácil de influenciar por los criterios emanados por los pareceres de los expertos conocedores de “estándares internacionales” que por las políticas estatales.

Por consiguiente, no se trata que la condición de marginalidad ante la modernidad sea superada, sino que este asuma una propia identidad en los marcos de dicha marginalidad en un nuevo escenario global de mercado, que le reserva un mayor grado de influencia en el escenario internacional producto de la influencia de la cooperación internacional tanto en las Naciones Unidas como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, el tema es mucho más complejo de abordar que el simple marco que sirve de sustento al pluralismo jurídico expuesto. Su vínculo teórico más bien está con las experiencias de Gramsci y Gorla. Tiene precedentes históricos en las ideas del representante del socialismo peruano, José Carlos Mariátegui, quien se inspira justamente en la organización obrera de Italia (mencionado anteriormente por su experiencia sindical en Turín durante la época de Gramsci), llega a

¹⁰⁴ A. Somma, *Economia di razza*, op. Cit., p.118.

considerar que las hoy denominados “pueblos indígenas” también jugaban un rol en el proyecto comunista. Por consiguiente, venía considerado como un marxista no ortodoxo¹⁰⁵, este no confiaba la solución de la problemática a la “concepción liberal, humanitaria, ochocentista, iluminista, que en el orden político de Occidente anima” y que era promovida por la “Liga de los Derechos del Hombre”. Ya que, la acción religiosa sobre la que esta reposaba; si bien se sustentaba en “leyes y providencias muy sabiamente inspiradas” esta normativa “no varió sustancialmente” la suerte de los “indios”¹⁰⁶.

Se recuerda asimismo, que esta jurisprudencia descrita favoreció principalmente las etnias de “la Selva Central del Perú” que es el territorio tradicional de “los pueblos Asháninka, Yánesha y Nomatsiguenga”. Explica un informe de la Comisión de la Verdad, que “estos pueblos indígenas -principalmente los Asháninka - fueron muy golpeados por el conflicto armado interno debido al alto número de víctimas directas, situación que ha exacerbado la exclusión y marginación que han sufrido durante siglos”¹⁰⁷. En efecto, se trataba de organizaciones sociales marginales al proceso de modernización que estuvo desarrollado principalmente, aunque no solo, en la capital del país (Lima).

Se recuerda que la jurisprudencia citada supra, en su conjunto, no se orienta a la igualdad sustancial de los sujetos entre peruanos (como unidad de la política); sino más bien, en evidenciar las diferencias culturales entre ellos; y por consiguiente a partir de dichas diferencias generando diversidades marginales al proceso de modernización, manteniendo asimismo regímenes jurídicos disociados los unos de los otros bajo el amparo del pluralismo jurídico, que si bien es cierto ayuda en evidenciar diferencias; pero en este caso se presta para la primacía del modelo económico frente a los derechos sociales.

VI. REFLEXIONES FINALES

En consecuencia, el ordoliberalismo no consiente poder retirar aquellos obstáculos el libre goce del desarrollo de la persona e incorporar al individuo a la participación democrática de la vida pública; es decir desvaloriza la tradición del constitucionalismo antifascista la cual había

¹⁰⁵J. C. Mariátegui, *El problema del indio*, en *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Biblioteca Amauta, 1928, *Marxists Internet Archive*, 2000, p. 4 [<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2009/Mariategui.pdf>].

¹⁰⁶*Ibidem*.

¹⁰⁷Comisión De La Verdad Y Reconciliación, *Informe Final*, op. Cit, [<http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/con.html>].

considerado a las prestaciones sociales como vehículo de emancipación individual, esta más bien se pierde a favor de una fórmula pacificadora para conservar el orden económico dirigido por el Estado. En efecto, los derechos sociales salvaguardan el orden económico y los derechos civiles y políticos salvaguardan el orden político.

El Tribunal Constitucional peruano por medio de su jurisprudencia sobre la materia de ECSM ha buscado homogenizar criterios de muy diversas materias bajo lineamientos comunes de ordenamiento económico de la sociedad, pero además ha establecido premisas que orientan a los justiciables de qué se entiende por ECSM.