

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de noviembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos singulares de los magistrados Aguirre Roca y Bardelli Lartirigoyen.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001.

ANTECEDENTES

Los recurrentes, con fecha 16 de julio de 2003, interponen acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, por considerar que vulnera el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, así como los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad, consagrados en la Constitución Política vigente.

Alegan que la disposición fue expedida sin cumplir los supuestos habilitantes previstos en el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, dado que, en los días de su promulgación, no existía ninguna situación extraordinaria o de excepcional gravedad en el país en el sector económico o financiero; y que en el contenido de la norma no se hace alusión a ningún evento o circunstancia extraordinaria.

Asimismo, refieren que el artículo 4º de la norma impugnada permite que mediante decreto supremo se puedan fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga, lo que supone una delegación de facultades prohibida por la Constitución; que dicha delegación ha sido asumida por el Decreto Supremo N.º 021-2003-MTC, publicado el 14 de mayo de 2003, que estableció precios mínimos para el transporte; que, en virtud de ello, todos los contratos de transporte sufrieron la intromisión del Estado, pues los precios de dicho servicio ya no pudieron fijarse libremente de acuerdo a la oferta y la demanda; y, finalmente, que los derechos constitucionales de contenido económico son afectados si es el Estado quien, sin una motivación razonable, impone las condiciones contractuales en variables tan importantes como el precio o el valor de los bienes y servicios.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros y apoderado especial del Poder Ejecutivo, contesta la demanda manifestando que la norma impugnada es constitucional, pues en todo momento precisa que las medidas adoptadas serán extraordinarias y basadas en estudios técnicos; que el Decreto de Urgencia N.º 140-2001 no ha vulnerado derechos fundamentales, y

solamente los ha limitado; que, con su expedición, el Estado afrontaba una emergencia económica motivada por el bloqueo de carreteras y una huelga en el sector transporte, estableciendo una barrera mínima obligatoria a partir de la cual se fija el precio del transporte libremente, lo cual resulta razonable; y que la disposición cuestionada no ha efectuado ninguna delegación normativa en los decretos supremos, sino que éstos únicamente han reglamentado la norma.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. Los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, alegando que éste fue expedido fuera de los supuestos establecidos en el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, dado que –según afirman– no existía ninguna situación extraordinaria o excepcional en materia económica o financiera que lo justifique. Asimismo, refieren que la disposición cuestionada contraviene diversos dispositivos constitucionales que consagran el modelo económico adoptado por la Carta Fundamental, toda vez que “(...) no existe libre competencia, ni libertad de empresa, y mucho menos economía de mercado, si es el Estado quien impone las condiciones contractuales en aspectos tan importantes como el precio o valor de los bienes y servicios (...)”.

Sostienen que no existe sustento ni justificación razonable para que el Poder Ejecutivo desconozca las libertades y derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad.

Adicionalmente, señalan que la norma cuestionada está viciada de inconstitucionalidad por permitir que un decreto supremo sea el instrumento jurídico mediante el cual se decidan medidas extraordinarias.

§2. La “Constitución económica”

2. El Tribunal Constitucional estima que, tal como aparece planteada la cuestión controvertida, resulta pertinente analizar el modelo económico consagrado por la Constitución, y, ante todo, destacar la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental.
3. No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del

principio de justicia. Norberto Bobbio precisa que “(...) por debajo de la “no libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una “no libertad” más profunda [...] y más difícilmente extirpable: la “no libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno (...)”. (Citado por Pedro de Vega en: *Neoliberalismo y Estado*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. N.º IV. N.º 4, 1997, pág. 34). Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho.

§3. La Constitución como unidad. Interpretación institucional y social

3. 4. Previamente al análisis hermenéutico del modelo económico constitucional, conviene precisar que si bien es posible aplicar a la Norma Fundamental los criterios interpretativos propiamente aplicables a las normas de rango legal (a saber, los métodos literal, sistemático, histórico y sociológico), no es menos cierto que la Constitución posee también un importante contenido político, dado que incorpora no sólo reglas imperativas de exigencia o eficacia inmediata o autoaplicativa, sino también un cúmulo de disposiciones que propugnan el “programa social” del Estado, en una de cuyas vertientes principales se sitúa el régimen económico constitucional.

Se trata pues, en buena cuenta, de la distinción a la que alude Robert Alexy, cuando subraya la existencia de “normas constitucionales regla” y “normas constitucionales principio” (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, 2001).

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

4. 5. La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma Manuel García Pelayo, “lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto.” (García Pelayo, M. *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. En la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, a cargo de M. Ramírez, Zaragoza, 1979, pág. 79). A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de “unidad de la Constitución”, “eficacia integradora” y “concordancia práctica”.

Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que Peter Häberle denomina las

“cristalizaciones culturales” subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución Personal.

Ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un “mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, “la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz “cultura” como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución.”. (Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35).

Consecuentemente, será un imperativo de este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la *letra viva* que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.

Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de “derecho”, pues estará condenado al repudio social.

5. 6. Por su parte, la interpretación social permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. Es menester recordar que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados a actuar de manera individual y conjunta para alcanzar la efectividad de los derechos que dicho texto reconoce.

El artículo mencionado establece que “(...) *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*”. El enunciado de dicho artículo, en lo sustancial, se repite en el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6. 7. Desde tal perspectiva, bajo la directriz de la dignidad de la persona humana, valor por excelencia de nuestro orden constitucional, es primordial “integrar” el contenido social de la República (artículo 43° la Constitución); el material ético del principio democrático, presente no sólo como presupuesto de los derechos políticos, de lo que es ejemplo incuestionable el artículo 35° de la Ley Fundamental, sino también en el ejercicio de los derechos económicos y sociales (v.g. el artículo 28°); el principio de soberanía popular (artículo 3° y 43°); el principio de igualdad, especialmente en su vertiente sustancial, contenida de manera manifiesta en el artículo 59°; y en el caso más concreto de la economía, el principio de economía social de mercado (artículo 58°), amén del bien común.
7. 8. Como resulta evidente, ningún ámbito de la Carta Fundamental es ajeno a los criterios interpretativos expuestos, menos aún las normas que dan forma y sustancia a lo que se ha convenido en denominar “Constitución económica”. Y es que dichas disposiciones suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país, y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho.

De ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia.

§4. Sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico

8. 9. La interpretación interdependiente de la institucionalidad constitucional permitirá aprehender adecuadamente el contenido y la finalidad del modelo económico establecido en la Constitución. Para ello, es preciso determinar previamente los principios básicos de la estructura del sistema constitucional económico.

§4.1 El Estado peruano como Estado social y democrático de derecho

9. 10. El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios 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.

§4.1.a Fundamentos ideopolíticos del Estado social y democrático de derecho

10. 11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos

términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

Ahora bien, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (F.A. Hayek. *Los fundamentos de la libertad*. Ed. Unión. Madrid 1991, pág. 26).

La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, y se configuran en un marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de las personas.

§4.1.b Aspectos teleológicos del Estado social y democrático de derecho

11. 12. El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley.

La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios.

La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar 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 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 tornarse en obstáculo para el desarrollo social.

La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su *ratio* fundamental, bien puede ser traducida en la expresión contenida en la Encíclica *Mater et magistra*, según la cual: “En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. (...). (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”. (Iters. Nros. 39-40).

§4.1.c Supuestos fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho

12. 13. García Pelayo asevera que esta modalidad estadual, históricamente, es el intento de adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales. (*Las transformaciones...* Ibid, pág. 18).

Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

a) Supuestos económicos

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
 - b) b) Mercado libre; lo que supone, 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.
 - c) c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.
- En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.

b) Supuestos sociales

Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial. Al respecto, García Pelayo sostiene que la unidad entre el Estado social y la comunidad nacional hace posible otra característica de dicho tipo de Estado, a saber, su capacidad para producir la integración de la sociedad nacional, o sea, el proceso constante, renovado, de conversión de una pluralidad en una unidad, sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes (*Las Transformaciones...* Op. Cit., pág. 45).

c) Supuestos políticos

El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado.

Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el

ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3° de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De este forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.

La vigencia de los principios democráticos asume vital importancia, dado que la satisfacción razonable de las condiciones de existencia de la persona determina y condiciona la voluntad legítima de la nación sobre el sistema estadual, consiguiéndose la estabilidad del Estado en todos sus elementos, y alcanzándose las metas propuestas en el modelo social.

La historia de la humanidad demuestra que el Estado no puede agotarse en sus funciones jurisdiccionales, de policía y de defensa del territorio; asimismo, que no puede limitar su actividad sólo a garantizar la seguridad interior y exterior del país. El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas

d) Supuestos jurídicos

En el Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana.

Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad.

§4.2 Dignidad de la persona humana

13. 14. Ésta se encuentra consagrada en el artículo 1° del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre.

§4.3 Igualdad

14. 15. El orden constitucional económico debe ser interpretado también a la luz del principio de igualdad, reconocido en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución.

Sobre el particular, en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. N.º 0001-2003-AI/TC y N.º 0003-2002-AI/TC), este Tribunal precisó que “(...) el principio de igualdad en el Estado Constitucional, exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora (...)”.

“(...) La vinculación negativa podrá elucidarse desde la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado, cuya sucinta expresión es ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Empero, emprender la interpretación del derecho a la igualdad desde un criterio decimonónico, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución”.

Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales.

Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59º).

§4.4 Economía social de mercado

15. 16. 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 58º 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. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]” (*El orden del futuro. La economía social de mercado*. Universidad de Buenos Aires, 1981).

Alude, pues, a la implantación de una mecánica en la que “el proceso de decisión económica está descentralizado y la coordinación de los múltiples poderes individuales se hace a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios”. (Juergen B. Donges. *Sistema económico y Constitución alemana*. En: Constitución y Economía, Madrid: 1977).

Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del *laissez faire*, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico.

“La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo

[...]” (Peter Häberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. En: Pensamiento Constitucional. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

§4.5 Libre iniciativa privada

16. 17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58º de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2º del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es “que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización” (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, PUCP, Fondo Editorial, 1999).

17. 18. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares.

§4.6 La actuación subsidiaria del Estado en la economía

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

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

Por su parte, la subsidiariedad horizontal esta 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.

A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la

resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

19.20. Entre los usos pragmáticos que el término subsidiariedad puede tener en el ámbito constitucional se tiene los tres siguientes:

- a) a) El primero tiene que ver con el sentido horizontal del principio y está referido a la relación clásica entre sociedad y Estado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado.
- b) b) El segundo está relacionado con la teoría de las fuentes del derecho objetivo, la misma que supone la titularidad del poder de normación en el Estado-persona o bien en entes dotados de soberanía. Por tanto, se entiende como la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para la adopción del acto de normar en forma autónoma y exclusiva, salvo en aquellos casos en los que el acto-fuente no logre, por sí solo, conseguir los efectos jurídicos deseados, situaciones en las cuales existe la posibilidad de que la ley estatal intervenga.
- c) c) El tercero, que tiene algunos elementos en común con la materia de fuentes, es el que concierne a la organización administrativa o a los diversos niveles de expresión de las funciones y competencias públicas. Está vinculado a la descentralización administrativa estructurada sobre la base de una articulación diferente de las relaciones entre el ordenamiento mayor y el ordenamiento menor. Se trata, en suma, del principio de subsidiariedad entendido en sentido vertical.

Ahora bien, estos usos no se consideran separados los unos de los otros, sino como momentos de una única esencia que caracteriza la configuración del ordenamiento estatal. En efecto, la subsidiariedad en el Derecho Constitucional está condicionada a la forma del Estado y a las relaciones entre gobernantes y gobernados, reguladas en el ámbito de la disciplina económica y de la producción de los actos normativos -no ordenados desde una óptica jerárquica sino, más bien, desde una estructura diversificada sobre la base axiológica y valorativa-; y, también, a la organización vertical del Estado, que se distribuye según formas mayores de descentralización administrativa a favor de los ordenamientos menores.

20.21. Sin perjuicio de lo expuesto, debe quedar claro que, aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

- 21.22. De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción "opositiva" de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión "integradora" y "consensual" del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.
- 22.23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que "[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]". Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

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

Debe enfatizarse que “la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa”, y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación –de cada persona- de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción.” (Encíclica *Mater et Magistra*. Iter N.º 55)

23. 24. Dentro del marco establecido por el principio de subsidiariedad y en el ejercicio de su actividad económica, el Estado, tal y conforme lo dispone el artículo 58°, asume roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
24. 25. Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente importancia, como es del pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60° de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho.

§5. Libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico

25. 26. Tras la sumaria reseña de los principios fundamentales sobre los que debe inspirarse el ejercicio hermenéutico aplicado al marco económico establecido en nuestra Carta Fundamental, cabe ahora detenerse en las libertades económicas reconocidas en el mismo texto.

En efecto, el modelo económico consignado en la Constitución exige el reconocimiento y defensa de una pluralidad de libertades de carácter patrimonial, cuya configuración binaria y simultánea es la de derechos subjetivos y garantías institucionales.

a) a) El derecho a la propiedad

Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.

Tal como se estableció en el histórico caso “Campbell vs Holt”, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

Al respecto, Gregorio Badeni (*Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997) comenta que “incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción”.

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.

Tal como refiere Haberle, (*El Estado Constitucional*, México: UNAM, 2001) “en la democracia pluralista, el bien común –idéntico al interés público- es indispensable”. Incorporando la necesaria referencia al bien común en el desarrollo de la institución de la propiedad, dicha libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público.

Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.

Pablo Ramella (*Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1980) precisa que “la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común”. Dicho concepto obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad; procediéndose, para tal efecto, a que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación.

La exigencia de funcionalidad social surge de la aplicación del principio de justicia; es decir, dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha precisado que: “La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se

configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...)”.

En efecto, en el sistema constitucional personalista -caso de nuestra Constitución- la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho.

La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico [...]. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree la garantía que permitan institucionalizar el derecho [...].

Por cierto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho. Y es que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto. Al respecto, Jorge Avendaño (*El derecho de propiedad en la Constitución*. En: *Thémis*, N.º 30, Lima, 1994) sostiene que “la propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes, como crecientes en extensión y número, y ello en relación directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio”.

Evidentemente, dicha función social tan sólo es aplicable a los bienes de producción o a los bienes de servicio público, mas no así a los bienes de consumo o a los bienes de utilidad estrictamente privada, en los que sólo es reconocible una utilidad estrictamente personal, en cuyo caso bastará abstenerse de aplicar la propiedad en perjuicio de la comunidad.

El ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.

- ▪ El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.
- ▪ El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

b) b) El derecho a la libre contratación

Establecido en el inciso 14) del artículo 2° de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- • Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- • Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.

c) c) La libertad de trabajo

Establecida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.

La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor.

d) La libertad de empresa

Consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

e) La libertad de comercio

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley.

Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal.

a) f) La libertad de industria

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

§6. Los derechos de los consumidores y los usuarios

26. 27. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.

27. 28. El consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

28. 29. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor -independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio.

En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.

El proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios

29. 30. La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente,

consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

30. 31. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

- a) a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
- b) b) Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias.

31. 32. Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas.

Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los "derechos innominados", allí expuesta y sustentada.

Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.° 716), no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.

32. 33. De lo expuesto, se desprende que la libre iniciativa privada y, concomitantemente, la libre competencia y demás libertades patrimoniales consagradas en la Constitución y ejercitadas en el seno del mercado, presuponen necesariamente tres requisitos:

- a) a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica;

- b) b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modo y forma de ejercitar la actividad económica; y,
- c) c) La igualdad de los competidores ante la ley.

A estos requisitos que determinan conjuntamente las garantías de defensa de los intereses individuales en la economía, se suman aquellos que garantizan el interés comunitario; a saber:

- a) a) La sujeción a la Constitución y a las leyes;
- b) b) El respeto de los derechos fundamentales; y,
- c) c) La proyección de cualquier actividad económica hacia el bien común.

El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Si embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enerven esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas.

33. 34. En suma, si bien la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades patrimoniales, en el marco de una economía social de mercado -donde estos derechos operan como garantías institucionales- implican el reconocimiento de la libertad de decidir no sólo la creación de unidades económicas y su actividad en el mercado, sino también 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, teniendo siempre en consideración que la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los "otros" y con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado.

§7. Estado vigilante, garantista y corrector

34. 35. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

Este Colegiado, en tal sentido, conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que "el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado", y que, "ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima "lealtad de las masas". (*Neoliberalismo y Estado*. Op. cit., pág. 34-35).

35. 36. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, cuyo tenor es que "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 [...]" Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria.

36. 37. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia.

37. 38. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.

38. 39. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) 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; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

39. 40. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos.

§8. Acerca del rol de los organismos reguladores

40. 41. Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N.º 27332, parcialmente modificada por la Ley N.º 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al

público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

La ley ha conferido a dichos organismos, además, una función específica: la responsabilidad de supervisar las actividades efectuadas al amparo del Decreto Legislativo N.º 674; es decir, aquellos casos en los que existan privatizaciones o concesiones por parte del Estado a favor de empresas privadas (art. 4º de la Ley N.º 27332). Se trata, pues, de una supervisión de las actividades “post-privatización”.

Así, el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión.

41.42. Tal como ha quedado dicho, el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la economía es la “no regulación”, es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y a la solidaridad un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.

42.43. Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores. Estos organismos tienen la obligación de asumir la delicada misión que les ha sido asignada bajo principios de transparencia e imparcialidad. De la eficiente labor en sus respectivos sectores depende, en gran medida, que se genere verdadera competencia entre los distintos agentes económicos, lo que redundará en beneficio de los usuarios.

En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones *ex ante* -regulaciones previas-, o *ex post* -sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano-.

43.44. Los organismos reguladores deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el

ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar de la economía.

Los organismos reguladores no pueden funcionar aisladamente en la labor que les ha sido encomendada. A los usuarios compete, ante todo, la obligación de hacerse respetar en el círculo económico, informándose acerca de sus derechos. Y a las empresas que ofrecen servicios al público les corresponde el deber constitucional, legal y cívico de adecuar cada una de sus actividades a los designios de una economía social de mercado, en las cuales su beneficio personal no sea el punto de partida y finalidad de su actividad, sino la inevitable consecuencia de haber brindado un servicio digno, de calidad y a un costo razonable.

- 44.45. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de precisar que existe una percepción de que los órganos reguladores no están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores (Exp. N.º 005-2003-AI/TC). Son ampliamente conocidas las distintas denuncias existentes respecto a los continuos abusos cuyas víctimas son los usuarios de servicios públicos otorgados en concesión a diversas entidades privadas.

En la sentencia precitada, este Colegiado convino en exhortar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, a efectos de que asuman las medidas necesarias para que OSIPTEL asuma un efectivo control de las actividades que puedan ser atentatorias de la libre competencia en el mercado y que repercutan negativamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Empero, los abusos presentados como consecuencia de determinadas posiciones dominantes en el mercado, no sólo se suscitan en el sector de las telecomunicaciones, sino también en otros sectores en los que determinadas empresas privadas hacen caso omiso de las distintas quejas que los usuarios formulan.

Ante tales circunstancias, este Colegiado estima importante reiterar la exhortación que en su momento se hiciera tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, respecto de entidades como OSIPTEL e INDECOPI (Exp. N.º 0005-2003-AI/TC, Fund. Jur. N.º 41), y hacerla extensiva a organismos como OSINERG, OSITRAN y SUNASS. En tal sentido, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que estas entidades funcionen y actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

§9. Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001

- 45.46. Expuestos los principios y derechos que informan al régimen económico, corresponde ahora precisar si el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 contraviene alguno de dichos principios y derechos.
- 46.47. El artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, establece que, “excepcionalmente, por razones de interés nacional o necesidad pública, el Estado mediante Decreto Supremo (...) podrá fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga (...)”. Adicionalmente, establece que “(...) Esta intervención tendrá carácter extraordinario y su plazo será determinado en el Decreto Supremo respectivo, no pudiendo ser mayor a seis meses. (...)”. Este dispositivo, como es de verse, autoriza al Estado a

fijar el precio mínimo del servicio de transporte de pasajeros y carga, lo que, sin duda, es una intervención directa en el funcionamiento del mercado.

47. 48. Del análisis de los considerandos del Decreto de Urgencia *sub examine*, se colige que los fines de la norma son, por un lado, preservar la salud y la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte de pasajeros y mercancías, y, por otro, corregir las distorsiones que afecten la competencia del mercado formal por la presencia masiva de empresas informales; esto es, de empresas que no cuentan con la autorización correspondiente para brindar el servicio y/o incumplen obligaciones de carácter tributario.
48. 49. Tal como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora. La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos.
49. 50. Debe tenerse en cuenta, asimismo, el papel de los precios de los bienes y los servicios, y su importancia decisiva para el adecuado desenvolvimiento del mercado. En circunstancias comunes, el precio no es sino el resultado de las decisiones racionales adoptadas por ofertantes y usuarios. Cuando su fijación no es artificial, sino estricta consecuencia del intercambio fluido de bienes y servicios, el precio brinda información valiosa a los agentes económicos, tanto en lo que respecta a la escasez relativa de los recursos, como a las condiciones de la oferta y la demanda. Del mismo modo, la información contenida en la fijación del precio en un mercado libre incentiva a las empresas a aumentar su eficiencia, a reducir sus costos y a mejorar la calidad de los productos que ofrece, en beneficio de los usuarios y consumidores.
50. 51. Este Colegiado considera que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, debe ser evaluada a la luz del test de proporcionalidad. En efecto, si bien tanto la protección de la salud y de la seguridad de los usuarios, así como la defensa de la libre competencia, constituyen fines constitucionalmente legítimos, ello no basta para concluir la constitucionalidad de la disposición impugnada. Resulta imprescindible determinar la adecuación de la medida adoptada (fijación de precios mínimos) a los referidos fines, así como analizar la necesidad que impulsó la asunción de dicha medida.
51. 52. Con el propósito de evaluar la adecuación de la medida a los fines perseguidos, debe tenerse en cuenta que toda fijación mínima de precios prevé implícitamente, como un efecto práctico, que generará un aumento promedio de los precios en el mercado. Puede presumirse, asimismo, que ello producirá una reducción de la

demanda, y una sustitución en el mercado de las opciones formales por las informales, esto es, por aquellas que, desenvolviéndose en la ilegalidad, no asumen el precio mínimo tarifario como una obligación.

Por otra parte, no puede soslayarse que dado que para las autoridades competentes resulta más sencillo fiscalizar a las empresas formalmente autorizadas que a aquellas informales, se genera una desincentivación hacia la formalización, pues se asume que ello reduciría la capacidad de establecer precios por debajo de los márgenes fijados administrativamente.

Todo lo dicho permite abrigar dudas razonables respecto de la idoneidad de medidas como la fijación de precios mínimos en los servicios en aras de evitar la informalidad y la baja calidad de los mismos. Empero, esta circunstancia analizada en sentido abstracto y no a la luz de un caso concreto no permite sancionar la inconstitucionalidad de la norma, puesto que toda duda razonable obliga a este Colegiado a presumir la constitucionalidad de la ley.

52. 53. Se pueden extraer conclusiones bastante más categóricas si se procede a determinar la necesidad de la medida adoptada. En efecto, una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al “mínimo costo”. Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico.

Al respecto, es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas, a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana y defender la libre competencia.

53. 54. A mayor abundamiento, el hecho de que, con fecha 31 de mayo del presente año, el Poder Ejecutivo haya expedido el Decreto Supremo N.º 026-2003-MTC, que reabrió el Registro Nacional de Transporte Terrestre de Mercancías para personas naturales y jurídicas dedicadas a este servicio, iniciando con ello un agresivo programa de empadronamiento de vehículos, permite afirmar a este Tribunal que no existió una política razonable y progresiva emprendida por el Estado con el propósito de revertir la situación de informalidad existente, prefiriéndose la adopción de medidas sumamente restrictivas de la libre competencia, para recién luego adoptar medidas bastante más proporcionales a efectos de proteger distintos bienes constitucionales, lo que a todas luces resulta arbitrario.

54. 55. Por tales razones, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 040-2001 vulnera el principio de proporcionalidad que debe informar a todo acto que restrinja derechos fundamentales, siendo, por ello, inconstitucional.

§10. Decretos de urgencia y Estado Constitucional

55. 56. Por otra parte, los recurrentes no sólo han cuestionado la constitucionalidad del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 desde un punto de vista estrictamente material, sino también desde un punto de vista formal, pues entienden que la norma

cuestionada ha sido dictada fuera de los supuestos que el inciso 19) del artículo 118° exige para su legitimación. Corresponde, pues, analizar dicho extremo de la demanda.

56. 57. Es un lugar común reconocer, dentro de la teoría constitucional, que el principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estadales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto.

En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración. De ahí que el ejercicio de la función legislativa (por antonomasia, parlamentaria) por parte del ejecutivo, no sea, *per se*, contraria al Estado social y democrático de derecho, siempre que sea llevada a cabo conforme con las reglas que, para dicho efecto, contemple la propia Carta Fundamental. Así, pues, tratándose de la impugnación de normas con rango legal expedidas por el Ejecutivo, además de la evaluación de su constitucionalidad sustancial, esto es, de su compatibilidad con los requisitos de orden material exigidos por la Ley Fundamental, resulta de particular relevancia la evaluación de su constitucionalidad formal; es decir, de su adecuación a los criterios de índole procedimental establecidos en la propia Constitución.

57. 58. En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito *ex ante* está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123° de la Constitución), mientras que el requisito *ex post* lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91° del Reglamento del Congreso.

Del análisis de autos, es posible concluir que el Decreto de Urgencia N.° 140-2001 ha sido expedido en observancia de las reglas formales constitucionalmente previstas en nuestro ordenamiento.

58. 59. En lo que respecta a los criterios sustanciales, la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre “materia económica y financiera”.

Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el

fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.

El análisis conjunto de las disposiciones del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, permite concluir que éste versa sobre materia económica, pues adopta medidas que inciden en el mercado (suspensión de importación de vehículos de determinadas características y establecimiento de tarifas mínimas), con el propósito de alcanzar mejoras en la seguridad y proteger la salud de los usuarios del transporte público. En tal sentido, la norma trata sobre la materia constitucionalmente exigida.

59. 60. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que, aunque ajenas al contenido propio de la norma, sirvieron de justificación a su promulgación, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91º del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes criterios:

- a) a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).
- b) b) Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) d) Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.
- e) e) Conexidad: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal

comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él “cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada.

60. 61. La aplicación de estos criterios al caso del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, demuestra que éste es inconstitucional por los siguientes motivos:

- a) a) Aun cuando este Colegiado reconozca que la situación del transporte público nacional requiere de medidas orientadas a su formalización y a la mejora de la calidad y la seguridad del servicio brindado al usuario, ella, en el particular caso que nos ocupa, dista mucho de ser una que ostente las características de excepcionalidad, imprevisibilidad y urgencia a las que se ha hecho referencia.
- b) b) Ello, a su vez, supone la irrazonabilidad de afirmar que, en este caso, constituía un eventual peligro esperar la aplicación del procedimiento parlamentario para regular las medidas idóneas orientadas a revertir la situación.
- c) c) Y, principalmente, resulta constitucionalmente inadmisibles que el artículo 4º de la norma impugnada delegue en normas de inferior rango, como son los decretos supremos, la regulación de medidas extraordinarias, las cuales se encuentran constitucionalmente reservadas como contenido del propio decreto de urgencia, dada su calidad de “norma excepcional” con rango de ley.

61. 62. Esta sentencia no afecta las atribuciones que, de acuerdo a ley, le corresponden a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **FUNDADA** la presente demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional el Decreto de Urgencia N.º 140-2001. Exhorta al Poder Ejecutivo a proceder conforme a lo expresado en el Fundamento N.º 45., *supra*. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY

**AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

EXP.N.º 008-2003-AI/TC
LIMA
ROBERTO NESTA BRERO

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

Concordando con el FALLO o parte dispositiva de la Sentencia de autos, cúmpleme precisar, con el debido y recíproco respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, que mis fundamentos son, básica y principalmente, los que aparecen en sus FUNDAMENTOS N.ºs 55 (donde se resumen las consecuencias de la vulneración del principio de *proporcionalidad*) y 61, en sus apartados a), b) y c); dejando expresa constancia de que tales FUDAMENTOS recogen los homólogos de la demanda —que también hago míos— esto es, en síntesis, los corrientes en sus párrafos 5.1 y ss.(respecto de los llamados “presupuestos habilitantes” del Decreto de Urgencia impugnado); 5.2 y ss. y concordantes (respecto de las violaciones sustantivas de los artículos 58º, 59º, 62º y 70º de la Constitución); y 5.3 (respecto de la “delegación de facultades” constitucionalmente indelegables).

En lo que se refiere al extenso preámbulo filosófico-jurídico, que cubre 25 de las 31pp. de la Sentencia, no obstante simpatizar, a grandes rasgos, con su perspectiva y enfoque, me abstengo, ahora, de emitir opinión.

SR
AGUIRRE ROCA

EXP. N.º. 0008-2003-AI/TC
LIMA
MÁS DE 5000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN

Si bien concuerdo con el sentido del fallo, con el debido respeto a mis honorables colegas, debo precisar que, en mi concepto, las razones fundamentales por las que la demanda debe ser estimada, residen en el hecho de que el Decreto de Urgencia N.º 140-2001 ha sido expedido sin que exista circunstancia alguna de carácter extraordinario o excepcional que lo justifique, supuesto que se constituye en elemento *sine qua non* para la legitimidad de todo Decreto de Urgencia, tal como lo estipula el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución. Esta inconstitucionalidad se hace aún más evidente desde que la propia norma con rango de ley impugnada, delega en normas infralegales la adopción de las supuestas “medidas extraordinarias”, delegación que deviene en proscrita si nos atenemos a una adecuada interpretación de la disposición constitucional aludida.

S.
BARDELLI LARTIRIGOYEN