

Constitución y economía

Justicia constitucional y derechos fundamentales

No 7

Víctor Bazán/Marie-Christine Fuchs
(Editores)

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA

© 2019 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (+49-30) 269 96 453

Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 90 núm. 19 C-74, piso 2

Bogotá

República de Colombia

Tel.: (+57 1) 743 09 47

Fax: (+57 1) 743 09 47-7

www.kas.de/iusla

iusla@kas.de

Twitter: @KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/kasiusla

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA

© Víctor Bazán, Jesús M. Casal H., Magdalena Correa Henao, Alfonso Herrera García, César Landa, Leonardo Martins, Claudio Nash, Aylín Ordóñez Reyna, Néstor Osuna Patiño, Martín Risso Ferrand.

Editores: Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs.

Coordinación editorial: Lorena Ávila.

ISBN 978-958-35-1220-9

3007 2019022410

© Fundación Konrad Adenauer, 2019.

Fecha: abril de 2019.

Impreso en Colombia por Editorial Nomos S. A.

Corrección de estilo: Editorial Temis.

Diagramación: Editorial Temis.

Maqueta y diseño de cubierta: Editorial Temis.

Esta publicación se distribuye de manera gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

PRESENTACIÓN

La intensidad de la regulación de la economía en el orden constitucional, en el marco del Estado de derecho, ha sido materia de debate por décadas. Mientras que la intervención de los jueces ordinarios al aplicar la ley en materia económica no parece provocar grandes interrogantes, específicamente en asuntos relacionados con comercio y libre competencia, el alcance de la supervisión de procesos económicos por el juez constitucional sigue siendo objeto de controversia.

El amplio espectro de opiniones sobre la función del Estado en el mundo económico se mueve principalmente entre dos polos. Uno de ellos defiende un modelo de abstención total de la mano ordenante del Estado en procesos económicos, con la convicción de la fuerza auto-regulativa del mercado libre. El otro, basado en el principio de la planificación estatal centralizada, sostiene que el Estado es el agente relevante del mercado, por lo que la producción de bienes y servicios es un monopolio público que suprime cada fuerza del libre mercado.

Buscando un camino intermedio entre aquellos dos extremos del liberalismo clásico, el neoliberalismo y la economía planificada, en la primera mitad del siglo pasado, emergieron investigaciones sobre las bases constitucionales que debía tener una economía libre para desarrollarse de manera sana en una sociedad democrática. Guiados por la idea de que la única manera de combinar el principio de libertad de mercado y un nivel justo de equidad social, estos estudios entendieron al Estado como un mediador, un proveedor de condiciones institucionales, éticas y sociales, para una operación eficiente y equitativa de la economía. Por otro lado, según la teoría de la economía social de mercado el orden jurídico de un Estado, encabezado por su Carta Magna, tiene una función compensatoria y equilibradora, capaz de corregir los posibles excesos y desbalances que puede presentar el sistema económico basado en mercados libres.

En América Latina, mientras algunas constituciones propugnan una concepción neoliberal o su implantación ha sido neoliberal, otras reflejan elementos más en la dirección de una economía planificada; buscando un camino más intermedio y balanceado, la idea de la economía social de mercado fue retomada en constituciones como la colombiana de 1991. Al respecto y para dar un ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que “la Carta (colombiana) adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general” (sent. C-228 de 2010, núm. 6).

Precisamente, para facilitar la reflexión sobre la regulación de la economía desde la perspectiva de la Constitución, existen algunas categorías de intervención estatal en la materia, que podrían encontrar concreción en el plano normativo más alto del Estado según el modelo económico. En primer lugar, tenemos el Estado regulador, el cual puede garantizar libertades y derechos económicos como la libertad de empresa y la propiedad privada, fomentando la iniciativa de las personas. Además, puede regular la acción económica libre de los particulares y encargarse de su vigilancia, en condiciones de igualdad, estableciendo, por ejemplo, reglas de libre competencia y prohibiendo monopolios. En segundo lugar, se encuentra el Estado como actor económico, empresario e industrial, propietario de bienes y derechos, que actúa como si fuera un actor privado o como prestador de bienes y proveedor de servicios públicos. Finalmente, se puede contar con el Estado redistributivo y fiscalizador, que se ocupa de la (re)-distribución de los recursos estatales a partir de la política tributaria, constituyéndose en el contribuyente más grande de la hacienda pública.

No obstante, añadiendo otra dimensión de debate a la cuestión ideológico-política de “cuánto Estado” necesita la economía, es preciso tener en cuenta otro aspecto central para el análisis: *la dimensión constitucional de la regulación de la economía*. En Latinoamérica, en reacción a problemas fundamentales del continente como la pobreza, la inseguridad social y la creciente brecha entre ricos y pobres, la discusión sobre la interdependencia entre Constitución y economía se ha traducido en una presión social por la introducción de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución. Este enfoque ha buscado establecer ciertos límites a las decisiones en el mundo económico y laboral “de arriba hacia abajo”.

El esfuerzo por la introducción de derechos económicos en las constituciones, como el derecho al trabajo, libertades sindicales, de negociación, de huelga, entre otros, se plantean como necesidades específicas ante acciones de gobiernos y legisladores inclinados a iniciar y aprobar reformas normativas que fortalecen la libre empresa, en beneficio de conglomerados poderosos, en detrimento de las pequeñas y medianas empresas, y del mismo Estado social. En cuanto a los derechos sociales como el derecho a la salud, educación, acceso al agua potable, entre otros, las reformas y políticas públicas para modificar radicalmente las realidades de exclusión y marginación de la región han sido insuficientes, y la garantía efectiva de estos derechos aún es un proceso en construcción.

Por esta y otras razones, algunos señalan que en varios países latinoamericanos hay una tendencia a la “hiperconstitucionalización”, como explicación para el proceso de previsión de más garantías económicas y sociales en el nivel normativo más alto del Estado. Precisamente, en respuesta a la “paralización política” de los órdenes legislativos, en los órdenes nacionales se ha tratado de fortalecer el establecimiento de una economía social mediante la “judicialización” de los DESC, usando la fuerza vinculante de las sentencias de las altas Cortes.

Estos procesos —algunas veces paralelos, otras veces diferenciados— suponen que el reconocimiento creciente de los derechos económicos, sociales y colectivos

en las constituciones latinoamericanas pueden influir “desde arriba” en las disposiciones económicas y laborales, en tanto prescriben un nivel mínimo de seguridad social del ciudadano, al que tal vez pueda corresponder un deber de protección por el Estado, o de los cuales se podrían interpretar una orden constitucional al poder legislativo de introducir mecanismos de control del Estado, en el ámbito de la ley ordinaria frente a la libre economía o a medidas de retribución financieras.

Sin embargo, parece que este efecto no es del todo cierto, teniendo en cuenta que las sentencias constitucionales más importantes son relevantes para casos concretos, los cuales, teóricamente, tienen un efecto solo *inter partes*. Por ello, se plantea la pregunta sobre el alcance del poder “cuasi-legislativo” del juez constitucional o de su posición deferente con el legislador o con el gobierno que muchas veces tiene la iniciativa legislativa en materia económica. ¿Determinaron la voluntad política del legislativo y del gobierno que el Estado social de derecho no dependa del juez constitucional que aplica “desesperadamente” consignas de cumplimiento en ausencia de políticas públicas consistentes y de presupuestos concretos? O ¿tienen las sentencias tal fuerza vinculante moral al punto de tener capacidad de involucrar a la política y a las empresas?

En contraposición a esta tendencia de “hiperconstitucionalización” de los DESC en Latinoamérica, en algunas constituciones europeas —el caso alemán es uno de ellos—, se reconocen pocos DESC de manera explícita. En lugar de esto, hay un conjunto de reglas jerárquicamente dependientes de la Constitución, que regulan gran parte de la vida económica en el plano de la ley ordinaria, que deben ser interpretadas a la luz de la Carta democrática. El Estado social de derecho es un Estado administrador, principalmente desarrolla y hace efectivos los mandatos de la ley. El papel del juez constitucional en este contexto, se limita a la aplicación del catálogo de derechos fundamentales clásicos y del principio del Estado social de derecho a la realidad económica, deduciendo de estos, derechos y principios. En Europa, tales derechos muchas veces parecen ser creaciones jurídicas, sin que se evidencie la tendencia de “constitucionalizarlos”.

Las reflexiones para conocer el estado actual de las relaciones y la interdependencia entre la Constitución y la economía en Latinoamérica tienen transcendental importancia. Con el propósito de que estas reflexiones puedan convertirse en materia de generación de propuestas sólidas para la transferencia efectiva de valores constitucionales, sobre todo de derechos humanos, a la ley, la política pública, los tratados económicos suscritos, y las sentencias judiciales, y esto sin inhibir el libre desarrollo de la economía en un mercado libre, invitamos a reflexionar sobre estos temas en sus respectivos países. Por esta razón, convencidos de que ellas pueden convertirse en contenido de propuestas sólidas para el fortalecimiento de las instituciones y el adecuado funcionamiento de los poderes del Estado, el *Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* trabajó estos ejes temáticos transversales durante el año 2017.

En este libro se resumen los debates de la reunión del Grupo que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires en septiembre de 2017 y de cuatro reuniones pre-

paratorias nacionales en Uruguay (también con representantes de Argentina), Colombia (también con representantes de Ecuador), Chile y Guatemala. Estas reuniones preparatorias nacionales se realizaron en colaboración estrecha con los representantes de los respectivos países que integran el Grupo. Para lograr un diálogo interdisciplinario, tanto a la reunión anual del Grupo como a los eventos preparatorios, asistieron varios economistas, sobre todo especialistas en materia de economía social del mercado, politólogos y sociólogos. De estos intercambios surgieron valiosos aportes al debate.

Agradecemos a los autores y comentaristas de los artículos de este libro por su invaluable apoyo, al igual que a los demás integrantes del Grupo, quienes en los debates críticos, han contribuido a los textos que contiene este libro. Un especial agradecimiento corresponde a VÍCTOR BAZÁN, editor académico de la obra, por su incansable labor de revisión y edición en esta como en las anteriores ocasiones, así como por su dedicación y vínculo profundo con este Grupo y con el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Esperamos que la obra logre inspirar los debates sobre la compleja relación entre la economía y el Estado constitucional, y que contribuya a encontrar un equilibrio justo y balanceado entre el principio del mercado libre y los derechos económicos y sociales.

Dra. Marie-Christine Fuchs
Directora Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

Lorena Ávila
Coordinadora de Proyectos
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

PRÓLOGO

I

El volumen que ofrecemos, séptimo de la serie, aglutina los trabajos elaborados en torno a una temática de palpitante interés y actualidad que exhibe aspectos tan importantes como complejos: “Derechos fundamentales, constituciones políticas y modelos económicos”.

Dichos tópicos fueron desarrollados en el marco del IX Encuentro del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (FKA), celebrado en Buenos Aires, Argentina.

II

El libro cuenta con una decena de contribuciones provenientes de los siguientes profesores y profesoras, que son presentados en orden alfabético según el país de pertenencia de cada uno de ellos.

1. “Constitución, economía y derechos fundamentales. El caso argentino”, por Víctor Bazán.

2. “Direito da Regulação econômica no Brasil”, por Leonardo Martins.

3. “Nueva constitución, modelo económico y derechos fundamentales. El debate inédito en Chile”, por Claudio Nash Rojas.

4. “La jurisprudencia constitucional colombiana reciente en torno a las libertades económicas”, por Magdalena Correa Henao.

5. “El modelo económico de la Constitución colombiana y su aplicación judicial”, por Néstor Osuna Patiño.

6. “Economía y Constitución en Guatemala”, por Aylín Ordóñez Reyna.

7. “El régimen económico en la Constitución mexicana: problemáticas frente a los derechos humanos y atisbos de judicialización”, por Alfonso Herrera García.

8. “Constitución y economía en el constitucionalismo peruano”, por César Landa.

9. “Constitución y economía en Uruguay”, por Martín Risso Ferrand.

10. “El orden económico en la Constitución venezolana y su desnaturalización”, por Jesús M. Casal.

III

Agradecemos profundamente a los profesores que forman parte del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales y, en este caso

particular, también a la colega colombiana Magdalena Correa Henao quien suma un ensayo que contribuye a enriquecer la obra.

Renovamos nuestro testimonio de gratitud a la Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la FKA, Dra. Marie-Christine Fuchs, por su importante y gentil predisposición para que el Grupo continúe trabajando en aras de desarrollar aportes que potencialmente puedan tener impacto y utilidad en el área geográfica latinoamericana, principalmente en el campo de la justicia constitucional y los derechos humanos. Igualmente, hacemos extensivo nuestro reconocimiento al equipo que acompaña a la Dra. Fuchs por la significativa labor que llevan adelante.

IV

El libro aborda temas trascendentes y conflictivos como el de la necesidad o no de consagrar expresamente un determinado modelo económico en la constitución; la relación entre economía, constitución y derechos fundamentales; la interacción de la constitución, la economía y la política; la prefiguración —en tónica consecuencialista— del impacto de las sentencias de los órganos máximos de justicia constitucional (Cortes Supremas de Justicia, Salas Constitucionales ubicadas en tales Cortes, Tribunales Constitucionales) en las realidades jurídicas, sociales, políticas, económicas y financieras de los Estados de la región; la inclusión constitucional o legal de cláusulas o pautas de estabilidad presupuestaria en ciertos ordenamientos jurídicos y el modo como ello incidiría en las políticas públicas y la protección de los derechos esenciales; la función que cumple el flagelo de la corrupción en el orden socioeconómico contenido en la Constitución Política de que se trate; el deber de cumplir los mandatos constitucionales en cuanto al papel del Estado en la realización de los derechos sociales, la preservación de la función social de la propiedad, la búsqueda orientada a calibrar el control de la transparencia del mercado, sin menoscabar la libertad de competencia; y varios etcéteras.

Evidentemente, se trata de importantes desafíos que interpelan al Estado constitucional y convencional; al sistema democrático; al ordenamiento político, social y económico; a la nutrida y compleja constelación de reglas, valores y principios constitucionales y de instrumentos internacionales e, *inter alia*, a los derechos fundamentales, que resultan ser expresión directa de la dignidad de la persona humana.

V

Anhelamos que el libro resulte provechoso tanto para académicos, científicos y estudiantes, como para jueces y magistrados, fiscales y defensores, *ombudsmen*, otras autoridades públicas, abogados postulantes, ONG de derechos humanos y demás operadores de los sistemas de justicia.

Aguardamos expectantes al veredicto de los lectores, en beneficio de quienes se piensan, proyectan y concretan publicaciones que, como la que aquí presentamos, demandan mucho tiempo y esfuerzo. Ojalá que esta nueva obra cumpla su cometido.

San Juan, Argentina, finales de 2018.

Víctor Bazán
Editor académico

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	V
Prólogo	IX

CONSTITUCIÓN, ECONOMÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CASO ARGENTINO

VÍCTOR BAZÁN

1. Introducción	1
A) Consideraciones liminares muy elementales	1
B) El camino por recorrer	2
2. Puntualizaciones generales	3
A) Período constituyente originario y demás modificaciones constitucionales	3
B) Algunas pinceladas descriptivas del federalismo argentino	5
C) Acerca de los techos ideológicos que alberga la Constitución Nacional	6
3. Consideraciones históricas, una referencia en torno al diseño económico en la constitución y la interacción trilateral de economía, política y constitución	7
A) Breve acercamiento histórico	7
B) La constitución y el diseño económico	9
C) Interacción de la economía con la constitución y la política	11
4. Impacto de la reforma constitucional en aspectos económicos, financieros, sociales, políticos e incluso vinculados a la integración regional o extra-regional	13
A) Preliminar	13
B) Importantes previsiones contenidas en la Ley Fundamental	14
5. Acercamiento a ciertos asuntos adicionales vinculados a la constitución, la economía y los derechos básicos	21
A) El criterio prestacional, ¿es dirimente para deslindar los derechos civiles y políticos de los derechos sociales?	21
B) Cese de la ley de emergencia pública	25
C) Nueva ley de defensa de la competencia	26
6. Efectos de los fallos de la Corte Suprema en los planos económico y financiero	27
A) Impacto económico y financiero	27
B) La Acordada N° 36/2009 de la Corte Suprema y el análisis económico del derecho	29
C) Apreciaciones finales sobre los tópicos abordados en este apartado	33

	PÁG.
7. La innovación constitucional de 1994 y un tema sustancial: el afianzamiento del federalismo	34
8. Algunas cuestiones relativas al federalismo fiscal	36
A) Advertencia previa	36
B) Causa “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ Amparo”	37
C) La sensible cuestión de las detracciones de impuestos coparticipables....	38
9. Consideraciones finales	43
Bibliografía	46

DIREITO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

LEONARDO MARTINS

1. Introdução	49
2. Marco constitucional do sistema econômico brasileiro	49
3. Modelo de regulação econômica	52
A) Orçamento e discricioniedades legislativa e governamental-administrativa em face da concretização de direitos fundamentais prestacionais	54
B) Orçamento e pacto federativo	57
4. Crítica e alternativa	57
A) Ecletismo nominalista e unilateralismo na interpretação do direito constitucional econômico brasileiro	58
B) Direito objetivo econômico e direitos fundamentais de liberdade negativa e prestacionais	62
a) Eficácia de direitos fundamentais sobre o sistema econômico	62
b) Força normativa dos direitos econômicos, sociais e culturais no mundo laboral	63
c) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de regulação econômica	64
d) Reflexos sobre os demais órgãos jurisdicionais	66
C) O modelo alternativo da autorregulação regulada	66
a) Principais ferramentas	67
b) Combinações e sistematização das ferramentas: consolidação de variantes do modelo	69
5. Conclusão	69
Bibliografia	70

NUEVA CONSTITUCIÓN, MODELO ECONÓMICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL DEBATE INÉDITO EN CHILE

CLAUDIO NASH

1. Antecedentes generales de la discusión constitucional en Chile	73
---	----

	PÁG.
2. Constitución y modelo económico y social en Chile	75
3. Un nuevo acuerdo constitución y modelo económico y social	84
4. Nuevas demandas y frenos en el modelo constitucional vigente	86
5. Conclusiones.....	87
Bibliografía	88

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA RECIENTE EN TORNO
A LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

MAGDALENA CORREA HENAO

1. Introducción.....	91
2. Reiteración del precedente.....	92
A) Jurisprudencia liberal	92
a) Principio de legalidad en la limitación de las libertades económicas....	92
b) La relativa neutralidad económica constitucional	96
B) Líneas jurisprudenciales desde el Estado social de derecho.....	101
a) Protección de los ámbitos iusfundamentales de las libertades económicas	101
b) Protección del derecho al trabajo	102
c) Limitación para acceder a los permisos de uso del espacio electromag- nético por condena privativa de la libertad.....	103
d) Participación ciudadana en los procesos de adjudicación minera.....	104
e) Protección a los consumidores	105
3. Jurisprudencia de búsqueda	106
A) Empresa y prestación de servicios públicos.....	106
B) Servicios públicos y ausencia de libertad económica	106
C) Prestación de servicios públicos en materia de salud	108
D) ¿Una jurisprudencia contradictoria?	110
E) Jurisprudencia poderosa, difícil y terrible.....	111
a) Ilustración a partir de la jurisprudencia expuesta	111
4. La Sentencia C-035/2016	113
A) La decisión de constitucionalidad condicionada parcial de la norma.....	113
B) La declaración de inconstitucionalidad parcial de la norma.....	114
C) Importancia de la sentencia.....	115
5. Conclusión	117
Bibliografía	118

EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN
COLOMBIANA Y SU APLICACIÓN JUDICIAL

NÉSTOR OSUNA PATIÑO

1. Introducción.....	121
2. Modelo constitucional económico colombiano.....	121

	PÁG.
3. Impacto económico de algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana.....	127
A) La adquisición de vivienda con crédito hipotecario. El caso de las “UPAC”	128
a) La corrección monetaria y los sistemas de financiamiento	131
b) La reliquidación de deudas hipotecarias.....	132
c) Imposición de límites a las tasas de interés.....	132
B) La sostenibilidad fiscal.....	133
C) El caso de las madres comunitarias	137
4. Conclusiones.....	140
Bibliografía	141

ECONOMÍA Y CONSTITUCIÓN EN GUATEMALA

AYLÍN ORDÓÑEZ REYNA

1. Introducción al tema	145
2. Normas en la Constitución Política de la República de Guatemala con contenido económico.....	147
3. Interpretación constitucional relacionada con cláusulas con contenido económico situadas dentro de los derechos individuales.....	151
A) Derecho de propiedad privada y la expropiación.....	151
B) Libertad de industria y comercio	153
C) Obligaciones del Estado: protección al consumidor.....	155
4. Interpretación de cláusulas referentes a derechos económicos, sociales y culturales.....	156
A) Protección al derecho a la salud.....	157
B) Reclamo por falta de accesibilidad para personas con discapacidad a las unidades de transporte urbano (Transmetro).....	158
C) Protección de derechos de pueblos indígenas.....	158
D) Derecho al trabajo.....	162
5. Reflexiones finales.....	165
Bibliografía	169

EL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: PROBLEMÁTICAS FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y ATISBOS DE JUDICIALIZACIÓN

ALFONSO HERRERA GARCÍA

1. Introducción.....	171
2. La Constitución mexicana de 1917 en 2017: ¿régimen económico vs. régimen de derechos humanos?.....	172
A) Constitucionalismo social y modelo económico.....	172
B) Constitucionalismo de los derechos y modelo económico	174

	PÁG.
3. Régimen de limitaciones a los agentes económicos frente al sistema de derechos	175
A) Límites genéricos en virtud de los principios constitucionales de rectoría y planificación económica del Estado	175
B) Límites derivados de derechos fundamentales específicos	178
a) Los derechos y libertades frente a las telecomunicaciones y radiodifusión	179
b) Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: aspectos generales.....	181
c) Derecho a la protección de la salud.....	182
d) Derecho a la educación pública superior gratuita.....	184
e) Derechos colectivos indígenas	185
4. Consideraciones finales: ¿Cuál es la relación entre los derechos humanos y el sistema económico en el constitucionalismo mexicano?.....	186
Bibliografía	188

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

CÉSAR LANDA

1. Introducción.....	191
2. Régimen económico en la Constitución de 1993	192
A) Economía social de mercado	193
B) Papel subsidiario del Estado	193
C) Libertad de empresa	195
D) Promoción de la libre competencia.....	195
E) Derecho de propiedad y derechos intelectuales	196
F) Protección de consumidores y usuarios	197
G) Servicios públicos y organismos reguladores	198
H) Inversión extranjera y libre comercio	198
3. Los derechos fundamentales en el sistema económico actual	199
A) Impacto en el derecho presupuestario.....	200
a) Principios del régimen presupuestario.....	200
B) Impacto en el derecho tributario	202
a) Principio de legalidad y reserva de ley tributaria	203
b) Principio de igualdad.....	204
c) Principio de interdicción de la confiscatoriedad.....	206
d) Principio de respeto a los derechos fundamentales	206
4. El papel de la constitución en la regulación económica	207
5. Conclusión	207
Bibliografía	208

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA EN URUGUAY

MARTÍN RISSO FERRAND

	PÁG.
1. Introducción.....	211
2. Perspectiva jurídica.....	212
3. La constitución económica.....	214
4. La evolución constitucional uruguaya.....	218
5. Cláusulas fiscales.....	221
6. Derechos humanos y recursos estatales.....	222
7. Reflexión final.....	223
Bibliografía.....	223

EL ORDEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y SU DESNATURALIZACIÓN

JESÚS M. CASAL H.

1. La constitución y el orden económico.....	225
2. Constitución, sistema económico y derechos fundamentales.....	230
3. El orden económico en la Constitución venezolana.....	232
4. Epílogo: la desnaturalización del orden constitucional económico venezola- no por las políticas y prácticas económicas de un régimen autoritario.....	235
Bibliografía.....	238

CONSTITUCIÓN, ECONOMÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CASO ARGENTINO

VÍCTOR BAZÁN*

1. INTRODUCCIÓN

A) *Consideraciones liminares muy elementales*

La trama de conexiones entre constitución y economía muestra una abigarrada gama de aristas. Desde luego, dados los límites de extensión de este trabajo sería imposible abordar todas ellas.

Por tanto, como objetivo menos ambicioso y como señalaremos en el subapartado siguiente, nos centraremos en algunas cuestiones de interés en la materia con relación a Argentina.

Evidentemente, cada Estado y, dentro de él, cada partido político o alianza electoral que llega al poder, tiene su propia visión del programa económico que considera útil, consistente y viable para operativizar durante el lapso de su gestión.

El resultado de un intento de relevamiento abarcativo de las diversas y múltiples opciones de sistemas económicos que los Estados pueden adoptar, sería una tarea fútil y que no nos conduciría a buen puerto porque de antemano estaría condenada a la incompletitud.

Siendo así, y en un ejercicio máximo de simplificación, en los extremos de un imaginario *continuum* se ubicarían, por un lado, el modelo abstencionista que parte del vigor pretendidamente autorregulativo del libre mercado (sistema capitalista o de economía de mercado); y por el otro, un modelo sustentado en la premisa de la planificación centralizada, cuyo protagonista principal es el propio Estado, que procura eliminar la fuerza del libre mercado (sistema socialista o de planificación central).

Frente a aquellos sistemas económicos puros, fueron desarrollándose fórmulas combinatorias que, aunque en proporciones dispares, conjugaron elementos de cada uno de aquellos para avanzar hacia un nuevo modelo: el de economía mixta.

En relación con esto último, y de acuerdo con la orientación que propone la economía social de mercado, el ordenamiento jurídico de un Estado, coman-

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Profesor Invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y otras universidades argentinas y extranjeras.

dado por la Constitución Nacional (CN), cumple un papel de compensación y equilibrio para corregir los potenciales excesos y desfases que pudiera presentar el sistema económico sustentado en la existencia de mercados libres¹.

En el plano de esta suerte de alternativa intermedia, aparecen propuestas enraizadas en las bases constitucionales de una economía libre para desplegarse en el escenario de una sociedad democrática y el Estado de Derecho, armonizando de manera plausible la libertad de mercado y un margen razonable de equidad social, el que por supuesto debe inevitablemente abastecer la protección de los derechos fundamentales.

B) *El camino por recorrer*

Un buen número de constituciones contemporáneas, además de su contenido político, cuentan con disposiciones en materia económica en aras de pautar la actividad que en ese campo desenvuelven el sector público y el privado. Al respecto, como se ha dicho, no se trata solo de regular los derechos económicos y sociales (agregamos: también culturales y ambientales) de los ciudadanos, sino además “de construir una orgánica genérica que regule la economía nacional, estableciendo sus bases y principios esenciales para su desarrollo”².

Se ha dicho también que las reflexiones para conocer el estado actual de las relaciones y la interdependencia entre la constitución y la economía en Latinoamérica tienen trascendental importancia. Y, en esa línea, se ha añadido que pueden convertirse en materia de generación de propuestas sólidas para la transferencia efectiva de valores constitucionales, sobre todo de derechos humanos, a la ley, la política pública, los tratados económicos suscritos y las sentencias judiciales³.

Tomando en cuenta esas y otras cuestiones, además de las apreciaciones introductorias de este apartado y del epílogo, el nudo del trabajo que proponemos incluirá los siguientes tópicos: *i*) Puntualizaciones generales sobre el período constituyente originario y demás modificaciones constitucionales, ciertas pinceladas descriptivas del federalismo argentino y una alusión a los techos ideológicos de la CN; *ii*) un acercamiento histórico, alguna referencia acerca del diseño económico en la constitución y la interacción del trinomio constitución, economía y política, visualizados como elementos en equilibrio; *iii*) un análisis del impacto de la innovación constitucional en aspectos económi-

¹ Cfr., *mutatis mutandis*, el documento conceptual: “Derechos fundamentales, constituciones políticas y modelos económicos”, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 6 de junio de 2017, pág. 2, sobre cuya base se desarrolló el debate que, entre académicos, economistas y representantes de ONG de Argentina y Uruguay, mantuviéramos en aquella ciudad.

² CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ, JAIME BASSA MERCADO y JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ, “Una aproximación a la idea de ‘Constitución económica’ y sus alcances en la Constitución chilena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, n.º 145, enero/abril de 2016; disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000100011#fn9.

³ Cfr. Documento citado en nota 1, pág. 2.

cos, financieros, sociales, políticos e incluso conectados con la integración regional o extra-regional; *iv*) una aproximación a determinados vínculos entre constitución, economía y derechos fundamentales, como la existencia de cláusulas o pautas de estabilidad presupuestaria en ciertos países, la supresión de la ley de emergencia económica en Argentina y la existencia de una nueva ley de defensa de la competencia que procura mejorar el régimen anteriormente vigente; *v*) determinadas impresiones sobre el impacto económico y financiero de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y la creación, por medio de la Acordada N° 36/2009, de la Unidad de Análisis Económico en tal Tribunal; *vi*) la innovación constitucional de 1994 frente a un tema relevante: la consolidación del federalismo, y *vii*) una reseña de ciertas cuestiones significativas conectadas con el denominado federalismo fiscal: un pronunciamiento de la Corte en torno a un evidente caso de omisión inconstitucional en perjuicio de la autonomía municipal, y, entre otras cosas, el álgido tema de las injustificadas detracciones de impuestos coparticipables por parte de la Nación en detrimento de las provincias, conjuradas en su momento por aquel Alto Tribunal.

2. PUNTUALIZACIONES GENERALES

A) *Período constituyente originario y demás modificaciones constitucionales*

El ciclo constituyente originario en nuestro país se extendió entre 1853-1860 con el ingreso de la Provincia de Buenos Aires. Aunque debe admitirse que, para algunos autores, la de 1860 fue una reforma constitucional, criterio del cual discrepamos.

El texto fundacional de 1853 proscribía expresamente su modificación hasta después de diez años de ser jurado, pero en 1860, esto es dentro del plazo de vigencia de la prohibición de reforma, y sobre la base del nuevo esquema de conformación política —ya con Buenos Aires incorporada a él—, se llevó a cabo una importante revisión y complementación del texto de 1853, por la que —entre otras cosas— se dispuso que se utilizara la denominación “Nación Argentina”, se suprimió el mecanismo de control político del Congreso sobre las provincias, al eliminarse el recaudo de aprobación de las constituciones locales por aquel, y se incorporó el importante artículo 33⁴ al texto constitucional relativo a los derechos implícitos.

Se ha acotado que la Constitución de 1853-1860 “se inscribe en la línea de las constituciones demoliberales, que proliferaron con la difusión del constitucionalismo entre las nuevas naciones independientes del siglo XIX y que siguieron la trayectoria marcada por el ideal de las dos grandes revoluciones: la francesa y la norteamericana”⁵.

⁴ Tal norma dispone: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁵ ALBERTO R. DALLA VIA, “La ideología de la Constitución económica”, *Doctrinas Esenciales*, Derecho Constitucional, t. III, Buenos Aires, La Ley, págs. 639 y ss.

Por su parte, también se efectuaron sendas modificaciones constitucionales en 1866 y 1898. En cuanto a la primera, se restablecieron los impuestos a las exportaciones (retenciones o derechos de exportación), que habían sido eliminados a partir de 1866 por la Constitución de 1860 (complementaria de la de 1853); se enmendaron los artículos 4, para dejar sin efecto el citado vencimiento de 1866, y el 67, inciso 1º, en orden a restituir la facultad del Congreso de la Nación para imponer aquellos impuestos. Ya en referencia a la de 1898, se cambió la base de elección de diputados, pasando de 1 cada 20.000 habitantes a 1 cada 33.000 habitantes, determinando que el Congreso podía elevar la base de elección de diputados para mantener su número en una cantidad razonable; asimismo, se produjo un aumento de los ministerios que pasaron de cinco a ocho, confiando a la legislación su deslinde.

A su tiempo, en 1949 se sancionó una nueva Constitución, no una mera reforma constitucional. Aquella tuvo vigencia hasta 1956, momento en que fue derogada por medio de una “proclama revolucionaria” del gobierno *de facto* que había llegado al poder en 1955, o sea, la “Revolución Libertadora”. Es importante tener en cuenta que la Ley fundamental de 1949, cuya perspectiva ideológica era diferente de la correspondiente a la Constitución de 1853-1860, introdujo los conceptos de justicia social, función social de la propiedad, derechos sociales, e impuso un fuerte intervencionismo del Estado en la economía, frente al liberalismo individualista hasta entonces reinante.

En 1957 se convocó de manera irregular a una nueva Convención constituyente que evidentemente no pudo prescindir de los derechos sociales incorporados en la Constitución de 1949 y, por tanto, al respecto instrumentó dos normas en la materia: *i*) el artículo 14 bis⁶; y *ii*) el entonces artículo 67, inciso 11⁷ (hoy artículo 75, inciso 12).

⁶ Dicha norma establece: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

”Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

”El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

⁷ La disposición adjudica competencia al Congreso de la Nación para dictar el Código del Trabajo y Seguridad Social.

Ya en 1972 (durante un gobierno *de facto*), se realizó una modificación constitucional parcial referida al mandato presidencial, la cantidad de senadores y el sistema electoral. Tales cambios fueron dejados sin vigor mediante el gobierno *de iure* que sucedió a aquel gobierno *de facto*.

Finalmente llegamos a la reforma de 1994, a la que nos referiremos más adelante, aunque desde ya advertimos que se trata de una innovación constitucional cuantitativa y cualitativamente relevante, que aporta vigor —al menos normativo— al constitucionalismo democrático y social.

B) *Algunas pinceladas descriptivas del federalismo argentino*

A modo de contextualización consignamos que Argentina es un *Estado federal*, en el que coexisten la Nación, las provincias (dentro de estas, los municipios) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que es la capital del país.

Ello supone que conviven la CN con las constituciones de cada uno de los veintitrés Estados provinciales⁸ (artículo 123 constitucional⁹) e incluso con la CABA, la que pese a no ser una provincia (tampoco un municipio), cuenta con un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y con un jefe de gobierno y legisladores elegidos directamente por el pueblo de la ciudad (artículo 129¹⁰, *ibid.*). Lo puntualizado implica que las provincias se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligiendo a sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno federal (artículo 122, *ibid.*).

En tal sentido, si bien la sanción de los códigos de fondo en las distintas materias (civil, comercial, penal, etc.) corresponde al Congreso argentino, lo que significa que existe un solo cuerpo normativo sustantivo de cada temática para toda la Nación (el ya citado artículo 75, inciso 12, *ibid.*), las provincias están facultadas para dictar sus códigos procesales o adjetivos (v. gr., procesal

⁸ El artículo 5° de la CN dispone: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

⁹ Esta norma establece: “Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

¹⁰ Cabe aclarar que el artículo 129 *in fine* de la CN, al referirse a la CABA, no alude al dictado de una “Constitución” para regirse, sino al de un “estatuto organizativo de sus instituciones”. Sin embargo, se ha implementado una verdadera Constitución de la CABA.

civil, procesal penal, procesal laboral) en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, los que cohabitan con los códigos procedimentales existentes en el contexto federal que es uno para cada espacio temático, por ejemplo, un Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y un Código Procesal Penal de la Nación, aplicables en todo el país para la justicia federal.

Dicha realidad marca la existencia de un universo plural de instrumentos jurídicos, jurisdicciones y competencias que deben interactuar en la tipología de estructuración federal que da forma y textura al Estado argentino. Así, se genera una compleja urdimbre de relaciones entre las distintas instancias políticas del sistema institucional, que por lo demás y en lo que tiene que ver con la integración del gobierno, muestra un intenso tinte presidencialista, pretendidamente matizado por el Jefe de Gabinete de Ministros (artículos 100 y 101, *ibid.*), figura incorporada por la modificación constitucional de 1994 con la un tanto cándida idea de atenuar el poder presidencial.

C) *Acerca de los techos ideológicos que alberga la Constitución Nacional*

La Ley fundamental no tiene un techo ideológico único y lineal, sino que, por el contrario, coexisten en su texto institutos, principios, normas y valores con distinta textura política y axiológica.

Hija de su tiempo, la Constitución de 1853-1860 tiene un fuerte sesgo *liberal individualista*, plasmándose una importante variedad de derechos personales (por ejemplo, en los artículos 14¹¹ y 18¹²).

Asimismo, para SAGÜES, la carta básica presenta aspectos que se vinculan al *tradicionalismo hispano de base teísta y aristotélico-tomista*. En ese sentido,

¹¹ Tal disposición constitucional prescribe: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

¹² La norma en cuestión marca: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

no puede soslayarse que el Preámbulo propone, *inter alia*, “afianzar la justicia” y “promover el bienestar general”. Por su parte, Dios es mencionado en dicho segmento preambular como “fuente de toda razón y justicia” y en el artículo 19¹³, en el que se alude a los valores “moral” y “orden público”, alineados al pensamiento *neotomista*¹⁴.

La reforma constitucional de 1957 introdujo algunos aspectos del *constitucionalismo democrático y social*, que —como más adelante veremos— luego se vieron enriquecidos con la reforma constitucional de 1994, que afirmó el principio de justicia social, la igualdad real de oportunidades y de trato, el fomento de políticas de generación de puestos de trabajo y la formación y capacitación de trabajadores, entre otras pautas.

3. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS, UNA REFERENCIA EN TORNO AL DISEÑO ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN Y LA INTERACCIÓN TRILATERAL DE ECONOMÍA, POLÍTICA Y CONSTITUCIÓN

A) Breve acercamiento histórico

En la temática que abordamos es necesario hacer aunque más no sea una mínima referencia a la importancia que tuvo la obra de JUAN BAUTISTA ALBERDI¹⁵ escrita en 1852 y titulada *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, uno de los principales documentos de trabajo que tuvieron a mano los constituyentes de 1853.

Evidentemente, los trabajos de ALBERDI fueron muy importantes. Sin embargo, no sería justo omitir el aporte de MARIANO FRAGUEIRO¹⁶ (quien recibió varias críticas alberdianas) y de otras figuras¹⁷.

¹³ Según ese precepto constitucional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁴ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 156.

¹⁵ Nació el 29 de agosto de 1810 en Tucumán, Argentina. Fue abogado, escritor, político, diplomático, economista y periodista.

¹⁶ Nació el 20 de junio de 1795, en Córdoba, Argentina. Fue comerciante, político y economista.

¹⁷ Entre otros, BENJAMÍN GOROSTIAGA y JUAN MARÍA GUTIÉRREZ realizaron grandes aportes para la edificación de la Constitución de 1853.

La importancia que para la Constitución tuvo GOROSTIAGA es ostensible actuando como convencional constituyente, redactor y miembro informante de la misma, defensor del proyecto en el debate y posteriormente como “intérprete auténtico” y como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo por el que renunció a su postulación como senador y como

De hecho, y como se ha puntualizado, en los debates iniciales entre ambos personajes (ALBERDI y FRAGUEIRO), es interesante ver que “si bien los valores eran compartidos, la técnica de manipulación económica que el Estado debía llevar adelante para implementar cláusulas como la formación del tesoro nacional, no eran entendidas de la misma manera. ALBERDI tenía una posición, diríamos, más fiel y ortodoxa con respecto a la escuela a la que él había adherido, mientras que FRAGUEIRO protegía más los intereses del interior y estaba más poroso o permeable a las posibilidades del proteccionismo”¹⁸.

Como puede intuirse, ALBERDI era liberal tanto en lo político como en lo económico. Prolífico en sus trabajos sobre esta última materia, desplegó abundantemente su visión del problema de la relación entre economía, Estado y constitución en la obra publicada en 1854, titulada *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*.

Sin embargo, como se ha advertido, “el perfil liberal de ALBERDI no debe ser interpretado mal, ni mucho menos, ser utilizado al servicio de ideologías mercantilistas deshumanizadas. No hay ninguna duda de que ALBERDI amaba la libertad y la iniciativa individual; consta en sus obras el rechazo a los regímenes socialistas europeos; pero no deben confundirse las cosas, el autor de las *Bases* no relegaba los objetivos económicos a un simple problema de mercado ni pregonaba un Estado meramente gendarme, antes bien, orientó su proyecto constitucional a ciertos fines que el Estado debía realizar, adoptando la forma republicana de la Constitución de los Estados Unidos”¹⁹.

Como señalábamos, se torna evidente que la impronta alberdiana no fue la única que logró permear en la construcción léxico-normativa de la Constitución en el campo económico. Así, el ya mencionado FRAGUEIRO tuvo ascendencia por medio de obras como *Cuestiones argentinas y Organización del crédito*, expresando en esta última “un fuerte sentido nacional; se puede definir como proteccionista, estatista e industrialista e inspirado en el socialismo utópico, especialmente de SAINT-SIMON y de LEROUX, sin por ello dejar de ser demócrata en política”²⁰.

Presidente de la Nación (cfr. JORGE R. VANOSI, “La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y en su jurisprudencia”, Buenos Aires, Ed. Pannedille, 1970).

Por su parte, GUTIÉRREZ fue uno de los redactores de la Constitución, además de Ministro de Relaciones Exteriores de la Confederación Argentina, Rector de la Universidad de Buenos Aires, poeta, historiador, crítico literario, periodista, etc.

¹⁸ JORGE R. VANOSI, “La reforma constitucional y la economía”, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1996, pág. 14.

¹⁹ ALBERTO R. DALLA VIA, “La ideología de la Constitución económica”, ob. cit., ídem.

²⁰ Ídem. Ver también, GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La Constitución de frente a su reforma*, Buenos Aires, Ediar, 1987.

B) *La constitución y el diseño económico*

En el marco de la relación constitución y economía en nuestro país, debe advertirse desde ahora que, con mayor o menor grado de detalle, la Ley fundamental siempre ha contado con “un diseño económico suficientemente perceptible”²¹.

Sin embargo, la constitución no dedica en su articulado un sector específico que de una manera sistemática y taxativa prefigure las normas económicas, punto en el que se diferencia de otras constituciones como por ejemplo la peruana actualmente en vigor²² o la española²³.

No obstante, en su actual configuración a partir de la reforma de 1994, la carta básica argentina deja entrever a lo largo y ancho de su texto algunas líneas que permiten reconstruir un perfil de modelo económico con impronta social.

Así, la constitución “no representa un modelo cerrado para la aplicación de política económica alguna; por el contrario, representa un ‘modelo abierto’ para que cada gobierno surgido del voto popular aplique su propio programa. Las únicas vallas son las que surgen de los grandes principios constitucionales; así, por ejemplo, no sería admisible un régimen que vulnerara la propiedad privada”. Sí es preciso advertir, que si bien existen en la Ley fundamental numerosos principios y orientaciones en la materia económica, no se cuenta con normas de contenido instrumental que encierren el actuar de los gobernadores de las provincias argentinas²⁴.

En definitiva, y como se ha señalado, una inevitable realidad del constitucionalismo contemporáneo “muestra el hecho de que en las constituciones, consideradas como normas supremas del ordenamiento jurídico directamente aplicables a los sujetos de derecho, además de los contenidos orgánico (derivado del régimen de distribución del poder público), y dogmático (caracterizado por la enumeración y garantía de los derechos individuales, económicos, sociales

²¹ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Economía, constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pág. 176.

²² Nos referimos a la Constitución de 1993, que sustituyó a la de 1979. La normativa constitucional hoy en vigor establece en su 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” —énfasis agregado—.

²³ El Capítulo tercero, dentro del Título I, de la Constitución española se denomina “De los principios rectores de la política social y económica”, y discurre entre los artículos 39 a 52; por su parte, el Capítulo segundo del mismo Título muestra disposiciones afines a dicha área, *inter alia*, el derecho de propiedad y herencia, la función social de esos derechos y la economía de mercado; y por último, el Título VII aborda la temática individualizada como “Economía y hacienda”, que se despliega entre los artículos 128 a 136.

²⁴ ALBERTO R. DALLA VIA, “La ideología de la Constitución económica”, ob. cit., ídem.

y políticos), regulan adicionalmente, como lo ha advertido el Tribunal Constitucional español, «el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica» (STC 1/1992, de 28 de enero)²⁵.

O sea que “las constituciones contemporáneas además de su contenido político, formulan, jurídicamente, una constitución económica para ordenar la totalidad de la actividad económica sea que esta corresponda ser desarrollada por el sector público, sea por los particulares”²⁶.

Particularmente en Argentina, no se está en presencia de una economía planificada o dirigida, pero sí ante un modelo constitucional de planificación económica (o planeamiento), que puede encuadrarse en la línea de una *economía social de mercado* propia de un *Estado social y democrático de derecho*, fundamentalmente a partir de la innovación constitucional de 1994²⁷.

Según la visión de BIDART CAMPOS, “no puede tener cabida una autorregulación del mercado autosuficiente en su libre competencia irrestricta por el juego espontáneo de la oferta y la demanda, aunque solo sea en razón de que la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales no son objetos que entren ni deban entrar al mercado. La presencia activa del Estado es indispensable para intervenir —sin detrimento de la libertad— a favor de la persona, de sus derechos, de la igualdad de oportunidades y de trato, del desarrollo, de la solidaridad, y del sistema axiológico de la constitución”²⁸.

Por lo demás, se observa que la introducción al texto constitucional del principio de *justicia social*, con motivo de la innovación constitucional de 1994, desnuda la voluntad política de generar una evolución cualitativa y axiológica en la tipología de *modelo estatal*, que ha sido resumida afirmando que se pretende ir más allá del abstencionismo estatal pero sin caer en el intervencionismo. En esa línea, la idea es tener una mirada “del mercado como elemento natural de la interrelación limitado por los presupuestos que hacen a la conservación de ciertas condiciones de desarrollo humano”²⁹.

²⁵ ALLAN R. BREWER CARÍAS, “Reflexiones sobre la Constitución económica”, en SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo V, Madrid, Civitas, 1991, pág. 3840

²⁶ Ídem.

²⁷ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, “La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, *Cuestiones constitucionales*, enero-junio 2002, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pág. 6; disponible en: <http://www.redalyc.org/html/885/88500601/>.

²⁸ Ídem.

²⁹ ALBERTO R. DALLA VIA, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pág. 367.

C) *Interacción de la economía con la constitución y la política*

Es evidente que la *economía* ejerce una fuerte influencia sobre la *constitución y la política*.

Se ha explicado de qué manera, al indagarse sobre las relaciones de poder en los sistemas jurídicos —caracterizados en general por *modelos de economía de mercado*—, al escenario jurídico constitucional tipificado por la clásica bilateralidad (derecho-política), se le ha sumado un nuevo factor de poder para pasar a una relación *trilateral*: “*derecho* (o el ordenamiento jurídico), *política* (o la búsqueda del poder político) y *economía* (o la búsqueda de la acumulación material). Consecuentemente las constituciones contemporáneas serán constituciones políticas y socioeconómicas ya que comprenden también aspectos económicos (que dan lugar a la constitución económica) y sociales (constitución social o socioeconómica)”³⁰ —cursivas agregadas—.

La recepción de la regulación de un *orden socioeconómico* se observa y resulta indiscutida en la gran mayoría de los textos constitucionales, ya que el constitucionalismo contemporáneo se ocupa y se preocupa por todo lo atinente a los condicionamientos económicos-sociales y financieros del Estado. En ese sentido, se ha indicado que las pautas limitadoras del endeudamiento público adoptadas en Europa (por caso, Alemania en 2009 y España en 2011) generan las complejidades que se avizoran respecto a la garantía y eficacia de los derechos económicos y sociales, preponderantemente de prestación³¹.

En la percepción de CAO, la denominación *constitución socioeconómica* se refiere al “bloque de normas y principios interrelacionados de jerarquía suprema que incluye el reconocimiento de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales y las garantías para su efectivo cumplimiento; el poder estatal de intervención en la economía (técnicas e instrumentos articulados por los órganos competentes) y el subsistema recaudatorio y financiero de generación de recursos, el cual a su vez fija un orden socioeconómico determinado orientado a satisfacer las necesidades de la sociedad o bien la satisfacción del espectro de derechos antes señalados (orientación del gasto público)”³².

La definición de Estado social de derecho, se ha dicho, no resulta directamente de los textos constitucionales, sino que debe ser extraída de la inteligencia de sus normas. Tampoco supone eliminar algo de la conceptualización clásica de Estado de derecho (como plexo de mecanismos de garantía efectiva de la libertad y los derechos) sino añadirle algo más, es decir, *conferirle no*

³⁰ CHRISTIAN A. CAO, “Constitución socioeconómica y derechos fundamentales: estudio comparado entre los casos de España y Argentina”, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2013, pág. 369 (trabajo disponible en: <https://eprints.ucm.es/22813/1/T34725.pdf>).

³¹ *Ibid.*, p. 372.

³² *Ibid.*, p. 374.

*solamente un contenido formal, sino también material o sustancial. En otras palabras, preservar la dignidad humana, y su desarrollo, o sea, la búsqueda del orden social justo*³³.

Y ello nos tiende el puente para focalizar la noción de *dignidad humana*. Al respecto, vale mencionar —con GARZÓN VALDÉS— que puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad³⁴. Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y psíquicas se lo permitan, agente de deberes³⁵.

Pero también, siempre en tónica *garzoniana*, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no solo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”³⁶ —remarcado agregado—.

Al leer, estudiar, interpretar y analizar con detenimiento el articulado de nuestra constitución, puede captarse la presencia del paradigma constitucional del orden socioeconómico, verificándose que tanto en las disposiciones del sector dogmático como en las del segmento orgánico, y aun cuando el constituyente no haya empleado expresamente términos como “valores” y “principios”, todos ellos surgen y se acumulan en un engranaje común con los derechos, especial aunque no exclusivamente, *sociales*³⁷.

Se ha explicado también que “el campo de la economía y de la libertad económica con sus derechos conexos (por ejemplo: libertad de comercio e industria, autonomía de la voluntad contractual, propiedad, etcétera) no puede quedar totalmente a merced del mercado irrestricto y de la competencia absoluta e irrefrenable, porque hay facetas de la libertad, de la igualdad y de los derechos que no tienen cabida, ni deben tenerla, en el mercado. Las necesidades elementales y las privaciones injustas de toda persona exigen ser satisfechas y remediadas, y cuando el mercado no las abastece ni subsana *la presencia*

³³ Cfr., *mutatis mutandis*, ROBERTO M. MORDEGLIA, “Elementos de derecho constitucional económico”, *Lecciones y ensayos*, Universidad de Buenos Aires, pág. 267; disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/elementos-de-derecho-constitucional-economico.pdf>.

³⁴ ERNESTO GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, pág. 100.

³⁵ *Ibid.*, pág. 101.

³⁶ *Ibid.*, págs. 101-102.

³⁷ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, “La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, *ob. cit.*, pág. 11.

razonable del Estado en la economía viene demandada por el conjunto de valores de la constitución”³⁸ —cursivas del original—.

Se hace patente la necesidad de buscar vías procesales constitucionales para convertir la *letra* de las normas internacionales, constitucionales o infraconstitucionales, en *acciones concretas* para dar cobertura tutelar a derechos fundamentales que se entrelazan para dar vida a un haz de facultades que reclama operativización pragmática y no resiste la recreación de frustraciones o mediatizaciones atrapadas en una retórica vacía.

Queda al descubierto la obligación estatal de garantizar la progresividad de los derechos (primordialmente sociales), deber que es preciso articular sincrónicamente con la prohibición de retrogradarlos injustificadamente. Además, es ostensible la necesidad de que exista una sólida defensa de los contenidos esenciales de aquellos derechos, ya que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en ese campo no son derogables e incluso su cumplimiento deviene aún más relevante en períodos de emergencias o crisis, para amortiguar el rigor del nocivo impacto que estas contingencias pueden provocar en los sectores poblacionales más vulnerables y excluidos.

En el Estado constitucional y convencional deviene imprescindible garantizar, por medio de *acciones positivas* y de *políticas públicas*, la *igualdad real de oportunidades* y de *trato*, y el *pleno goce y ejercicio de los derechos*. Todo ello surge no solo de la constitución y las leyes, sino también de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en nuestro país, tengan o no jerarquía constitucional, ya que como hipótesis de mínima aquellos tendrán magnitud supralegal pero infraconstitucional.

4. IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ASPECTOS ECONÓMICOS, FINANCIEROS, SOCIALES, POLÍTICOS E INCLUSO VINCULADOS A LA INTEGRACIÓN REGIONAL O EXTRA-REGIONAL

A) Preliminar

Como se anticipaba, ya antes de la innovación de 1994 el texto constitucional contenía cláusulas con impronta axiológica referidas al orden socioeconómico.

Por citar algunos ejemplos, el tramo preambular alude como propósito el de afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad. Asimismo, el artículo 4 se refiere al tesoro nacional, con cuyos fondos el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación. Y, entre otras referencias que podrían realizarse, el importante (aunque en algunos casos lamentablemente solo programático) artículo 14 bis, en sus tres párrafos, se refiere respectivamente al derecho del trabajo individual y colectivo y a la seguridad social.

³⁸ *Ibid.*, pág. 15.

B) *Importantes previsiones contenidas en la Ley Fundamental*

Dicho lo anterior, y como anunciábamos, la reforma constitucional de 1994 produjo —al menos en la dimensión normativa— algunas modificaciones importantes vinculadas a aspectos económicos, financieros, sociales, políticos, etc., que exigen una plasmación y operativización práctica en el Estado constitucional y convencional e impelen a las autoridades competentes a cumplir con semejantes mandatos constitucionales.

Ello, para que las cláusulas introducidas al texto constitucional o *aggiornadas* por vía de aquella innovación reciban, más allá de lo normológico, encarnadura en el plano fáctico. No se puede dejar de lado que la constitución posee vocación de operatividad.

En esa línea, enunciativamente pueden mencionarse los siguientes factores, cuestiones y elementos de análisis:

a) El *artículo 41*, respecto del derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, *apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras*.

Concretamente, la norma dispone que “las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”, para pasar a señalar que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección³⁹, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Con relación al concepto de desarrollo humano, tanto respecto del artículo 41 como de las demás normas a las que aquí se aludirá, vale traer a colación que conforme al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), debe entenderse al *desarrollo humano* como un proceso de expansión de las capacidades de las personas y de las libertades efectivas en sus trayectorias de vida. Ello supone ubicar el bienestar de las personas en el centro de la reflexión y concebir el enriquecimiento de las posibilidades humanas como el objetivo clave del desarrollo⁴⁰.

Concretamente, en nuestro país el PNUD diseña e implementa sus iniciativas en cuatro áreas temáticas: gobernabilidad democrática, desarrollo social,

³⁹ Por medio de la Ley Nacional n.º 25.675 (Boletín Oficial —B. O.— de 28 de noviembre de 2002), conocida como Ley General del Ambiente, se han establecido los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

⁴⁰ Ver <http://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/operations/projects/overview.html>.

desarrollo productivo y ambiente para el desarrollo sostenible, a las que, de modo transversal, se suma el área de género⁴¹.

b) El *artículo 42* comprende varios aspectos.

Por una parte, los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo, a la *protección de su salud, seguridad e intereses económicos*; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Asimismo, la obligación de las autoridades consistentes en proveer a la protección de aquellos derechos, a la educación para el consumo, *a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales*, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

Finalmente, la legislación debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y *los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional*, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Este último punto de la citada norma, tiende un puente conectivo con lo estatuido en el *artículo 43, párrafo 2º*, de la CN, habilitando la interposición del *amparo colectivo* contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, *la competencia* (tema sobre el que volveremos dado que recientemente se ha dictado una nueva ley de defensa de la competencia), el usuario y el consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley. Es evidente la impronta que la reforma procuró inocular a la CN, con relación a una intensa protección de los *derechos de incidencia colectiva*.

c) El *artículo 75, inciso 8º*, enfoca un tema de suma importancia en las materias que aquí abordamos.

Se trata, ni más ni menos, que de la competencia del Congreso para fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el inciso 2º, párrafo 3º, del artículo 75, el *presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas* y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

En esa línea, e involucrando otros aspectos ya enunciados en este apartado, GARAT propone que lo que denomina *programa constitucional para el desarrollo federal de la Nación Argentina* supone que *gobernar es poblar, creando empleo, con arraigo de la población, crecimiento regional en equilibrio y equidad, igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional para el*

⁴¹ Ídem.

*desarrollo humano y el progreso económico con justicia social y ambientalmente sustentable para las futuras generaciones*⁴².

En suma se trata del *desarrollo federal* que, a juicio del autor citado en el párrafo anterior, *es el verdadero programa de la CN en materia socioeconómica y cultural*⁴³.

d) Por su parte, el *artículo 75, inciso 17*, se refiere a los derechos de los pueblos indígenas argentinos, cuya preexistencia étnica y cultural ha sido expresamente reconocida en dicha norma⁴⁴.

Se garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; se reconoce la personería jurídica de sus comunidades, y *la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan*; y se regula la entrega de otras aptas y suficientes para el *desarrollo humano*, determinando que ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Asimismo, se asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

Finalmente, puntualiza que las provincias pueden ejercer concurrentemente las atribuciones contenidas en la disposición constitucional en comentario.

e) El *artículo 75, inciso 19*, que puede ser interpretado como continente de una abarcadora cláusula de “desarrollo humano” o “nueva cláusula del progreso” que complementa a la no menos generosa “cláusula del progreso” original, cobijada ahora en el inciso 18 de tal norma constitucional.

En un marco de gran amplitud, aquel inciso impone al Congreso “proveer lo conducente al *desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, [...]*”; y “proveer al *crecimiento armónico de la Nación [...]*; [y] *promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones [...]*” —en todos los casos las cursivas han sido añadidas—.

⁴² PABLO M. GARAT, “Aportes desde el derecho constitucional al debate sobre la relación fiscal federal”, en MIGUEL A. ASENSIO, LUCIANO DI GRESIA y PABLO M. GARAT, *Aportes al debate sobre la relación fiscal federal*, Buenos Aires, Fundación Civilidad, 2016, págs. 11 y ss.

⁴³ PABLO M. GARAT, “Coparticipación, presupuesto y desarrollo federal”, pág. 3; disponible en: <http://www.observatoriosfiscal.org.ar/pdf/OFIF-Coparticipaci%C3%B3n,%20presupuesto%20y%20desarrollo%20federal.pdf>.

⁴⁴ Entre otros trabajos de VÍCTOR BAZÁN, puede verse “El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas en la Argentina”, en SABRINA LANNI (coord.), *I Diritti dei Popoli Indigeni in America Latina*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, págs. 121-168; y “Los derechos de los pueblos indígenas en clave de derecho interno e internacional”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 2, n.º 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2004, págs. 37-98.

Acerca del desarrollo humano, y más allá del resto de las disposiciones ya mencionadas: artículos 41 y 75, incisos 17 y 19, la normativa implantada por la innovación constitucional hace relevantes alusiones al *artículo 75, inciso 2º*, en materia de coparticipación federal, con referencia al *desarrollo* (sin adjetivaciones); al *desarrollo económico y social* en el *artículo 124*; y al *desarrollo humano y el progreso económico* en el *artículo 125, 2º párrafo*.

f) El *artículo 75, inciso 22*, puede ser considerado como la principal clave de bóveda para comprender la lógica, el espíritu y la dinámica de la renovación constitucional de 1994.

Procurando sintetizar al máximo la cuestión, se establece la competencia del Congreso para aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, disponiendo que *los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*, esto es, que ostentan valor supralegal pero infraconstitucional.

Por su parte, se ha adjudicado jerarquía constitucional *originaria* a once instrumentos internacionales (luego se agregarían tres más) en materia de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, párrafo 2º), que hacen que la antigua figura de la “pirámide”, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de “trapecio”, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la Ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Cabe recordar que los instrumentos internacionales recipiendarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la acordada directamente por la Convención constituyente de 1994, son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A esa nómina primigenia de documentos internacionales con jerarquía constitucional originaria, se han añadido con idéntica alcurnia, aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación contenida en el artículo 75, inciso 22, párrafo 3º), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley Nacional n.º 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; la Convención sobre

la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la Ley Nacional n.º 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003, y más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), a la que se ha otorgado semejante magnitud por la Ley Nacional n.º 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

g) El artículo 75, inciso 23, es —siempre desde el plano normológico y potencialmente— una disposición muy importante y útil.

En su párrafo inicial insta al Congreso de la Nación a *legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*. En particular, diagrama una nítida y más densa capa protectora en favor de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Obviamente, en punto a los individuos con capacidades diferentes ese plus tuitivo ha quedado más reforzado todavía con la jerarquización constitucional de la CDPD.

A su vez, el párrafo 2º de la disposición que reseñamos compele a aquel cuerpo legisferante a *dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*.

h) Finalmente, no cabría soslayar el artículo 75, inciso 24, en cuyo párrafo 1º se autoriza al Congreso de la Nación a aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, estableciendo además que *las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes*.

La disposición en cuestión habilita a que dichos tratados puedan ser suscritos *con Estados de Latinoamérica*, lo que requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso; y *con otros Estados*, para lo cual, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la *conveniencia* de la aprobación del tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo⁴⁵.

La suscripción de tales instrumentos internacionales en materia de integración puede —al menos en teoría— provocar repercusiones tanto en materia de *derechos económicos, sociales y culturales (también ambientales)*, como en *los principios y directrices de la política económica, sin olvidar su impacto en la estructura federal del Estado*.

⁴⁵ Para la denuncia de los tratados referidos en dicho inciso 24 del artículo 75, se exige la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Si bien por el momento (finales de 2018) no ha existido un fuerte movimiento integracionista, salvo cierto nivel de desarrollo en determinados aspectos del Mercosur, creado por medio del Tratado de Asunción⁴⁶ y compuesto por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay⁴⁷, el esquema mercosureño se encuentra estancado por diversas razones. Entre ellas, la falta de voluntad política para darle definitivamente un enérgico impulso a esa estructura integrativa; las fuertes asimetrías entre los países que lo integran y, entre otros motivos, por los cambios políticos, institucionales e ideológicos que han experimentado últimamente los gobiernos de los cuatro países.

Por lo demás, mensajes discursivos oficiales como los que pontifican que el progreso económico debe alcanzarse con justicia social, que es preciso avanzar en la construcción de una democracia inclusiva, o que deben combatirse flagelos como el trabajo infantil, la trata de personas, la desigualdad, la marginalidad y la precarización laboral, no pasarán del umbral de las palabras si el Estado no actúa vigorosamente y con el acompañamiento activo de la sociedad civil, que —empoderamiento mediante— puede aportar una mayor dosis de representatividad democrática y, por ende, una más fuerte legitimidad a los intentos por satisfacer aquellos propósitos.

Aunque tal vez obvio, es del caso recordar que la cohesión social es un elemento clave para la generación y el desarrollo de mecanismos para atenuar las desigualdades estructurales.

Como se ha afirmado, los pilares económico, estatal y social, “complementados con políticas públicas destinadas a generar empleo con modelos de producción sostenibles, formarían una buena base para conseguir un proyecto de integración dinamizador del desarrollo en el Cono Sur”⁴⁸.

Ya la cronológicamente lejana, pero vigente, Declaración Sociolaboral del Mercosur⁴⁹, firmada en Brasilia el 10 de diciembre de 1998 por los presiden-

⁴⁶ Firmado el 26 de marzo de 1991 por los cuatro países citados en el texto.

⁴⁷ Debe hacerse notar que si bien la República Bolivariana de Venezuela también es Estado Parte del Mercosur, se encuentra *suspendida* en todos los derechos y obligaciones inherentes a tal condición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 2º, del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur.

^A su turno, el Estado Plurinacional de Bolivia se encuentra en proceso de adhesión. Por su parte, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam son Estados Asociados.

⁴⁸ NURIA DÍAZ SACRISTÁN y CRISTINA FERNÁNDEZ TESORO, *La construcción del Mercosur social: estructura y ámbitos de actuación*, Madrid, Dykinson, 2011, pág. 14.

⁴⁹ La Declaración Sociolaboral del Mercosur ha sido citada por la CSJN (en criterios mayoritarios o en votos particulares), por ejemplo, *in re*: “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ Sumarísimo”, *Fallos*: 332:2715, de 9 de diciembre de 2009; “Pérez Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/ Despido”, *Fallos*: 332:2043, de 1 de septiembre de 2009; “Torrillo Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S. A. y otro s/ Daños y Perjuicios”, *Fallos*: 332:709, de 31 de marzo de 2009; “Aerolíneas Argentinas S. A. c/ Ministerio de Trabajo s/ Otros reclamos”,

tes de los países componentes de tal entidad integrativa, prefiguró algunos insumos argumentales importantes como pautas interpretativas y premisas de orientación en el diseño de la normativa y las políticas sociales de dichos Estados Parte y del propio modelo integrativo⁵⁰.

Basta recordar, por ejemplo, la consideración en torno a que estos últimos reconocieron, en los términos del Tratado de Asunción, “que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, por medio de la integración, *constituyó condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social*” —énfasis agregado—. Además, en ese entonces ya se verificaba como una realidad la necesidad de instituir mecanismos de seguimiento y evaluación de los *componentes sociales de la mundialización de la economía, a fin de asegurar la armonía entre el progreso económico y bienestar social*; al tiempo de considerar que la *integración involucra aspectos y efectos sociales cuyo reconocimiento implica la necesidad de prever, analizar y solucionar los diferentes problemas generados*, en este ámbito, por esa misma integración.

Asimismo, no es un dato menor que ya en aquel momento se subrayara la importancia de que los Estados Parte, además de miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hubieran ratificado *las principales convenciones que garantizan los derechos esenciales de los trabajadores*, y adoptaran en larga medida las recomendaciones orientadas a la *promoción del empleo calificado, las condiciones saludables del trabajo, el diálogo social y el bienestar de los trabajadores*.

Se tuvo también en cuenta que los Estados Parte están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la Humanidad, entre ellos la DUDH (1948), el PIDCP (1966), el PIDESC (1966), la DADDH (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948) y la Carta de la OEA (1948).

De su lado, no les era desconocido que la integración regional *no puede circunscribirse a la esfera comercial y económica, y debe abarcar la temática social*, tanto en lo que respecta a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración y por el proceso de globalización de la economía, en lo atinente al reconocimiento de una plataforma mínima de derechos de los trabajadores en el ámbito del Mercosur, correspondiente a las convenciones fundamentales de la OIT.

Fallos: 332:170, de 24 de febrero de 2009; y “Silva Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A. y Otro s/ Enfermedad Accidente”, *Fallos*: 330:5435, de 18 de diciembre de 2007.

⁵⁰ Ver VÍCTOR BAZÁN, “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, en ARMIN VON BOGDANDY, FLAVIA PIOVESAN y MARIELA MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Direitos humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, Rio de Janeiro, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Lumen Juris, 2011, págs. 473-529.

A ello se suma que los Estados Parte del Mercosur han ratificado el Protocolo de San Salvador Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)⁵¹, además de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha admitido casos vinculados con la protección de derechos ambientales, lo que en su hora trajera consigo la denominación DESCA (que obviamente engloba a estos últimos). Asimismo, es preciso añadir que aquel Tribunal ha expedido una opinión consultiva específica (la OC-23/17) sobre “Medio ambiente y derechos humanos”, lo cual no es un dato precisamente menor⁵². Siendo así, y tal como reiteradamente planteáramos, se ha abierto una muy provechosa vía para reclamar violaciones a los DESCA directamente por medio del artículo 26 de la CADH, lo que constituye un relevante logro jurisprudencial⁵³.

En suma, no pareciera quedar espacio para excusas frente a la obligación de abastecer los estándares normativos de protección y aseguramiento de tales derechos en el seno de aquellos Estados y en el ámbito de la propia estructura integrativa. Por cierto, existe un elevado nivel de exigencia que se satisfaría con acciones y políticas concertadas que van mucho más allá que las palabras y que reclaman conductas consistentes pues precisamente *la dignidad del ser humano —fin último de los procesos de integración— está en juego*.

5. ACERCAMIENTO A CIERTOS ASUNTOS ADICIONALES VINCULADOS A LA CONSTITUCIÓN, LA ECONOMÍA Y LOS DERECHOS BÁSICOS

A) *El criterio prestacional, ¿es dirimente para deslindar los derechos civiles y políticos de los derechos sociales?*

Razona FERRAJOLI que “los derechos de libertad [...] son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones

⁵¹ En orden cronológico, Uruguay lo hizo el 2 de abril de 1996, Brasil el 21 de agosto de 1996, Paraguay el 3 de junio de 1997 y Argentina el 23 de octubre de 2003.

⁵² Corte IDH, “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2017, Serie C, N° 340; “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2017, Serie C, N° 344; “Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”, fondo, reparaciones y costas, 8 de febrero de 2018, Serie C, N° 348; Opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A, N° 23, “Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH); “Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile”, fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018, Serie C, N° 349; y “Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 23 de agosto de 2018, Serie C, N° 359.

⁵³ Entre otros trabajos de VÍCTOR BAZÁN sobre el particular, ver el libro de VÍCTOR BAZÁN y LUIS JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 179-180, *inter alia*.

positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. *Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información*⁵⁴ —re-marcado agregado—.

A su tiempo, NINO señala que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”⁵⁵.

Coincidimos con PRIETO SANCHÍS en tanto refuta la pretendida consistencia de la llamada *teoría de los “dos mundos”* con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir⁵⁶.

Agrega que no es justamente esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que *la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social⁵⁷.

Desde nuestro punto de vista, el criterio *prestacional* en modo alguno resulta dirimente como punto válido de deslinde de los derechos civiles y políticos, que para algunos no serían prestacionales, y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales —DESCA—, que para aquellos sí lo serían.

⁵⁴ LUIGI FERRAJOLI, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29, trad. de Alí Lozada, Universidad de Alicante, 2006, pág. 19.

⁵⁵ CARLOS S. NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 301.

⁵⁶ LUIS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en MIGUEL CARBONELL, JUAN A. CRUZ PARCERO y RODOLFO VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., México, Porrúa y UNAM, 2001, págs. 66-67.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 67.

Con relación al debate sobre las implicancias económicas de los derechos fundamentales, corresponde preguntarse: ¿existen verdaderamente derechos gratuitos o de costo cero para el Estado? La respuesta no puede ser sino negativa.

Es claro que los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones. Imaginemos por ejemplo, respecto de los civiles, la necesidad de implantar (y mantener) una estructura policial para la seguridad ciudadana o un sistema de administración de justicia; o, ya acerca de los políticos, en la muy onerosa infraestructura electoral necesaria para canalizar el derecho al sufragio⁵⁸.

Según SUNSTEIN y HOLMES, “el costo de los derechos no solo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”⁵⁹.

En síntesis, siguiendo a HIERRO, *la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa*⁶⁰. El sostenimiento y el desiderátum de fortalecimiento cualitativo de la democracia y la institucionalidad del Estado constitucional, también lo son.

Y en esta dinámica de costos y prestaciones participan —en mayor o menor medida y tenor de exigencia— todos los derechos, con independencia de si son civiles y políticos o económicos, sociales, culturales y ambientales.

A propósito de tal cuadro relacional entre democracia y derechos humanos básicos, remitimos a COMANDUCCI quien explica que en la versión de democracia de BOBBIO (la democracia no solo como método, sino también como ideal igualitario), de FERRAJOLI y otros autores, “la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales [...]: lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en

⁵⁸ Al referirse a lo que denomina “derechos a prestaciones (en sentido amplio)”, ALEXY identifica tres grupos: *i*) derechos a protección; *ii*) derechos a organización y procedimiento, y *iii*) derechos a prestaciones en sentido estricto (ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, 2001, págs. 430 y ss.).

Respecto de los “derechos a prestaciones en sentido estricto”, a los que llama derechos sociales fundamentales, los distingue entre “derechos a prestaciones explícitamente estatuidos” y “derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente” (*ibid.*, págs. 482 y ss.).

⁵⁹ STEPHEN HOLMES y CASS R. SUNSTEIN, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pág. 246.

⁶⁰ LIBORIO L. HIERRO, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 30, 2007, Universidad de Alicante, pág. 252, nota 5.

los derechos es [...] también un presupuesto de esta versión de la democracia”⁶¹ —cursivas del original—.

En definitiva, entre los derechos sociales, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana existe un nexo muy intenso. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho social no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

Y en semejante marco la tarea jurisdiccional debe, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como —solo por citar un ejemplo— el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreductible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

Como se sabe, en diversos Estados europeos y latinoamericanos progresivamente se han activado cláusulas de estabilidad presupuestaria, por ejemplo, en 2009 la Constitución alemana y en 2011 la española. Mientras que en tierras americanas uno de los casos salientes es el de Colombia que, por conducto del Acto Legislativo 3 de 2011, modificó el artículo 334 de la Constitución Política instaurando el marco de sostenibilidad fiscal e implementando un *incidente de impacto fiscal* que, de acuerdo, por ejemplo, con la sentencia C-288 de 2012, la Corte Constitucional ha manifestado que se trata de una herramienta necesaria para que los Estados mantengan una disciplina económica que evite la configuración o extensión en el tiempo de hipótesis de déficit fiscal, que pongan en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas, tratándose de un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos, cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la constitución.

Sin perjuicio de que se trata de un asunto muy sensible, al menos en el ámbito de Latinoamérica, no puede ni debe soslayarse que las obligaciones asumidas internacionalmente por los Estados en el área de los derechos fundamentales (al igual que las tomadas en el contexto interno) *no son derogables*. Además, en épocas de crisis financieras o económicas es cuando deviene más nítida e imperiosa la necesidad de incrementar la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*. Las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deben tener siempre como límites infranqueables al *contenido esencial* de cada uno de los derechos en juego (y

⁶¹ PAOLO COMANDUCCI, “Democracia y derechos fundamentales”, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC, 2010, pág. 40.

en riesgo) y, por supuesto, la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías.

B) *Cese de la ley de emergencia pública*

Ante una situación social, institucional, económica y financiera muy crítica, en enero de 2002 el Poder Legislativo de Argentina sancionó la Ley Nacional n.º 25.561⁶² (“Ley de emergencia pública”), mediante la cual se declaró, precisamente, la emergencia en materia social (“emergencia social”), económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Supuestamente, dicha normativa regiría solo por dos años, o sea hasta el 10 de diciembre de 2003, aunque finalmente se mantuvo en vigor durante dieciséis años dadas las sucesivas prórrogas que solicitaron los mandatarios de turno. La última extensión se produjo en los meses finales de 2015, al cierre del gobierno de CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, por conducto de la Ley Nacional n.º 27.200⁶³, que prolongaba los efectos de la normativa hasta el 31 de diciembre de 2017.

A fines de 2017, el Congreso de la Nación dispuso solamente la extensión del plazo de la *emergencia social* hasta el 31 de diciembre de 2019, mediante la Ley Nacional n.º 27.345⁶⁴, con lo que de tal manera el gobierno de MAURICIO MACRI dio por concluida la emergencia que rigió hasta diciembre de 2017.

La norma abrogada (n.º 25.561) fue dictada en los albores del gobierno interino de EDUARDO DUHALDE (a quien sucedió una seguidilla de gobernantes interinos que ocuparon la primera magistratura en un lapso temporal de un poco más de dos semanas), en el marco de una complicadísima situación económica y social, en la cual se adoptaron distintas medidas para atenuar la crisis suscitada por el fin de la Ley de Convertibilidad y la salida anticipada (a finales de diciembre de 2001) del gobierno encabezado por el presidente FERNANDO DE LA RÚA.

Todo ello, en medio del denominado “corralito” bancario, que restringía la libre disposición de dinero en efectivo de plazos fijos, cuentas corrientes y cajas de ahorro depositado en las entidades bancarias; además de impedir movimientos como las transferencias al exterior. La enorme crisis de deuda se generó a raíz de una política de sobreendeudamiento, que desembocó en una falta de liquidez y en una masiva fuga de capitales.

La crisis económica y social sin precedentes⁶⁵, las protestas y las represiones policiales lamentablemente dejaron un saldo de aproximadamente treinta y cinco personas muertas.

⁶² B. O. de 7 de enero de 2002.

⁶³ B. O. de 4 de noviembre de 2015.

⁶⁴ B. O. de 23 de diciembre de 2016.

⁶⁵ Según datos periodísticos, la pobreza había aumentado del 35.4 al 49.7 por ciento y la indigencia pasó del 12.2 en 2001 al 22.7 por ciento en 2002. De acuerdo con el Instituto

C) Nueva ley de defensa de la competencia

En fecha cronológicamente cercana, se ha producido una innovación normativa importante por medio de la sanción de la Ley Nacional n.º 27.442⁶⁶ (Ley de Defensa de la Competencia —LDC—), que en su artículo 80 deroga las leyes nacionales n.ºs 22.262⁶⁷ y 25.156⁶⁸ y los artículos 65 a 69 del Título IV de la Ley Nacional n.º 26.993⁶⁹.

Por intermedio de la reciente normativa, se diseñó un nuevo modelo regulatorio para la defensa de la competencia, reglamentando el principio rector de la política económica establecido en el artículo 42 de la CN, norma que en general se refiere a los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios.

La LDC crea un nuevo organismo descentralizado y autárquico en el marco del Poder Ejecutivo Nacional (PEN): la Autoridad Nacional de la Competencia. Dentro de este organismo funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas.

Como se anticipara, el artículo 43, párrafo 2º, de la CN, habilita la interposición del *amparo colectivo* contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, *a la competencia*, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

En lo particularmente referido al tema del epígrafe, el citado artículo 42 de la CN se refiere a la “*la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados*” y al “*control de los monopolios naturales y legales*” —cursivas añadidas—, como directriz destinada a las autoridades públicas.

En líneas generales, la normativa en cuestión prohíbe los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Nacional de Estadística y Censos (INDEC), el desempleo había trepado al 40.2 por ciento (cfr. JOSÉ DEL RÍO, “La ley de emergencia económica dejó de tener vigencia después de 16 años”, *La Nación*, Buenos Aires, 7 de enero de 2018; disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/2098510-la-ley-de-emergencia-economica-dejo-de-tener-vigencia-despues-de-16-anos>).

⁶⁶ B. O., de 15 de mayo de 2018.

⁶⁷ B. O. de 6 de agosto de 1980.

⁶⁸ B. O. de 20 de septiembre de 1999.

⁶⁹ B. O. de 19 de septiembre de 2014.

Por su parte, el plexo legal nombrado determina que a quienes realicen dichos actos o incurran en tales conductas contrarias a sus disposiciones y principios, se les aplicarán las sanciones que ella estipula, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos.

Asimismo, queda comprendida entre las conductas proscritas la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas.

Básicamente, se busca evitar que se ocasione un perjuicio al *interés económico general*.

En síntesis, las prohibiciones involucran a: *i)* los acuerdos y prácticas prohibidos; *ii)* los abusos en la posición dominante, y *iii)* la configuración de una concentración económica que restrinja o distorsione la competencia.

Desde el ángulo procesal, el artículo 28 establece la composición, funciones y facultades del TDC, que es un tribunal especializado en la materia.

Por su parte, entre los artículos 34 a 54 discurre el continuo de normas que pautan el procedimiento aplicable.

La ley también introduce un *programa de clemencia* para facilitar la investigación de los carteles. Existen distintas posibilidades establecidas en el artículo 60: *i)* exención de penas; *ii)* reducción de penas; *iii)* beneficio complementario, y *iv)* confidencialidad y límites de exhibición de pruebas.

El TDC recepta competencia para emitir resoluciones vinculadas con las sanciones establecidas en los artículos 55 a 59 de la ley. Aquellas son apelables ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal (cfr. artículos 66 a 71 y Anexo I) que la normativa establece, o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país.

La Sala en cuestión actuará como instancia judicial revisora de las decisiones dictadas por el TDC, lo que está en línea con la tendencia que exhibe el derecho comparado en punto a la revisión jurisdiccional por tribunales especializados en el campo de la protección de la competencia, o por profesionales capacitados de tribunales generales, según corresponda.

Finalmente, y mediando resolución del TDC firme y consentida, el afectado podrá deducir la pertinente acción de reparación de daños y perjuicios.

6. EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA EN LOS PLANOS ECONÓMICO Y FINANCIERO

A) *Impacto económico y financiero*

En cuanto al tema que anuncia el epígrafe, y solo por dar algunos ejemplos, hubo cuestionamientos por las resoluciones de la CSJN recaídas⁷⁰ en “Vizzoti,

⁷⁰ Acerca de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en materia de derechos humanos, ver VÍCTOR BAZÁN, por ejemplo, en “Sobre ciertas facetas de la protección de los

Carlos Alberto c. AMSA S.A. s/ Despido”⁷¹, por parte de las PyMEs, y en “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/ Reajustes varios I⁷² y II⁷³”, provenientes del propio Estado.

En “Vizzoti”, de 14 de septiembre de 2004, se invalidó constitucionalmente —por irrazonable— el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2º y 3º del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según Ley Nacional n.º 24.013⁷⁴), para calcular la indemnización por despido incausado. Concretamente, y con un dejo adicional de activismo, al tiempo de desactivar por inconstitucional aquel límite, moduló un criterio normativo operable en la causa al determinar *per se* que correspondía aplicar tal limitación solo hasta el 33 por ciento de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable⁷⁵.

Mientras que en “Badaro I”, de 8 de agosto de 2006, el Tribunal por unanimidad⁷⁶ detectó la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna; se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión; difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes, y dispuso comunicar al PEN y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un *plazo razonable*, adoptasen las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

Ya en “Badaro II”, de 26 de noviembre de 2007, y al haber transcurrido más de quince meses sin haber recibido una respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado, en forma unánime⁷⁷ declaró la inconstitucionalidad

derechos humanos desde la mirada de la Corte Suprema de Justicia argentina”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 25, enero-junio de 2016, México, IIDPC y Porrúa, 2016, págs. 29-45; y “La Corte Suprema de Justicia argentina y la protección de los derechos fundamentales”, en FERNANDO REY (coord.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales recientes*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid - FIIAPP, 2011, págs. 21-56.

⁷¹ Fallos, 327:3677.

⁷² Fallos, 329:3089.

⁷³ Fallos, 330:4866.

⁷⁴ B. O. de 17 de diciembre de 1991.

⁷⁵ Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

⁷⁶ Se pronunciaron coincidentemente los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

⁷⁷ Se expidieron de modo conteste los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

del artículo 7, inciso 2º, de la Ley Nacional n.º 24.463⁷⁸ (de “Solidaridad previsional”), en el caso, y determinó el mecanismo de ajuste que debía aplicarse a la prestación del accionante.

Enlazando con lo que anticipábamos en cuanto a los reproches por parte de los sectores que se consideraron perjudicados con los fallos, desde otro perfil se ha deslizado alguna crítica doctrinaria por falta de utilización del criterio *consecuencialista* en aquel fallo “Vizzoti” y en “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Art. 39 Ley 24.557⁷⁹”, de 21 de septiembre de 2004⁸⁰.

En el sentido expuesto, se ha sostenido que en “Vizzoti” y en la mayoría de fundamentos en “Aquino”, “se desestimó expresamente el análisis de los efectos de las sentencias en casos futuros, más allá de las decisiones concretas. En ambas sentencias [...], se arribó a una solución justa para los actores cuyas indemnizaciones se habían distorsionado por la aplicación de las respectivas leyes vigentes. Pero los ministros del Tribunal abundaron en consideraciones acerca del *mercado* y parecieron querer vedar sus leyes. No obstante, la consideración de la realidad en punto a las decisiones a las que se arriba, es tan importante como la decisión misma. Acotar los fundamentos a la controversia específica puede facilitar decisiones legislativas que corrijan los efectos que distorsionan y desnaturalizan los derechos —reglamentando y adjudicando deberes— sin afectar, por ello, la previsibilidad y los mecanismos —el *mercado*, por caso— también constitucionales”⁸¹ —bastardillas del original—.

B) *La Acordada N° 36/2009 de la Corte Suprema y el análisis económico del derecho*

a) En respuesta a los datos fácticos copiados (v. gr., los ecos de los fallos mencionados anteriormente), la CSJN dictó la Acordada N° 36/2009⁸², de 9 de septiembre, por la que dispuso crear la “Unidad de Análisis Económico”⁸³, para actuar en la órbita de la Secretaría General de Administración.

⁷⁸ B. O. de 30 de marzo de 1995.

⁷⁹ Se trata de la Ley de Riesgos del Trabajo (B. O. de 4 de octubre de 1995).

⁸⁰ *Fallos*, 327:3753. La sentencia se conformó de la siguiente manera: la posición triunfante fue sustentada por los ministros Petracchi y Zaffaroni; a su turno, por su voto se pronunciaron los jueces Belluscio y Maqueda, en concurrencia conjunta, y Highton de Nolasco y Boggiano, en mociones individuales.

⁸¹ MARÍA ANGÉLICA GELLI, “Los casos ‘Vizzoti’ y ‘Aquino’ y el examen de los efectos de las sentencias”, *La Ley*, t. 2005-A, Buenos Aires, págs. 922 y ss.

⁸² Firmada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Fayt, Petracchi y Argibay.

⁸³ Vale mencionar que, según una información de 23 octubre de 2017, la Procuración del Tesoro de la Nación ha creado una nueva Unidad de Análisis Económico, cuya función será analizar el impacto de los asuntos de relevancia económica en los cuales la Procuración tiene

Se trata de una unidad técnica a la cual se le puede solicitar una opinión fundada acerca de los efectos macroeconómicos de las sentencias de la Corte. Sus funciones son: *i*) realizar los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante la Corte; *ii*) suministrar los informes derivados de los estudios y evaluaciones respecto de cuestiones económicas; *iii*) solicitar a los organismos competentes en la materia los informes que se estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y *iv*) asistir, en la órbita de estas, al Secretario General de Administración en las solicitudes que dicho funcionario le formule.

La Acordada en cuestión ha advertido que al precisar en los casos concretos *los alcances jurídicos de normas constitucionales con contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica*, las resoluciones que emite “constituyen también un dato relevante para quienes actúan en la producción, intercambio y consumo de bienes y en la prestación de servicios y para quienes, en función del bienestar general y la equidad, regulan y controlan la realización de esas actividades”.

En concreto, en el considerando 2º ha inventariado un importante cúmulo de normas constitucionales que presentan connotaciones económicas y financieras, identificando a las que aluden a: “contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General” (artículo 4); “retribución justa”, “salario mínimo vital móvil”, “participación en las ganancias de las empresas”, “jubilaciones y pensiones móviles”, “compensación económica familiar” (artículo 14 bis); “desarrollo humano”, “actividades productivas” (artículo 41); “intereses económicos”, “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”, “control de los monopolios naturales y legales”, “calidad y eficiencia de los servicios públicos” (artículo 42); “criterios objetivos de reparto”, “grado equitativo de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” (artículo 75, inciso 2º); “prosperidad del país”, “adelanto y bienestar de todas las provincias” (artículo 75, inciso 18); “progreso económico con justicia social”, “productividad de la economía nacional”, “generación de empleo”, “defensa del valor de la moneda”, “crecimiento armónico de la Nación”, y “políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (artículo 75, inciso 19).

intervención. Dicha Unidad proporcionará apoyo directo a todas las Direcciones de la Procuración, especialmente a la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales, la Dirección Nacional de Dictámenes, la Dirección Nacional de Asuntos Judiciales, la Dirección Nacional de Auditoría y otras áreas internas que lo soliciten (disponible en: <https://www.ptn.gob.ar/blog/2017/10/23/unidad-analisis-economico/>).

Desde nuestro punto de vista, nada hace pensar que las cuestiones indicadas por la Acordada constituyan un elenco hermético o una especie de *numerus clausus*.

b) Con una mirada en tono *consecuencialista* o, en cierto sentido, acudiendo a la *interpretación previsor*a, la Corte ha verbalizado que la importancia de las cuestiones enumeradas en el citado considerando 2° de la Acordada justifica que sobre ellas se efectúe un *razonable juicio de ponderación* en el cual “[...] no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma”. La cita que realiza el Tribunal corresponde al caso “Saguir y Dib, Claudia Graciela”⁸⁴, de 6 de noviembre de 1980.

Sin embargo, con anterioridad a tal fallo, en idénticos términos se había pronunciado el Procurador General de la Nación, Dr. Sebastián Soler, *in re* “Grisolía, Francisco M.”⁸⁵, de 23 de abril de 1956, opinión a la que la Corte adhirió.

Tal criterio fue luego reiterado —en algunas ocasiones con ciertos matices terminológicos y conceptuales— en numerosos pronunciamientos del Tribunal, por ejemplo: “Baliarda, José Luis”⁸⁶, de 2 de julio de 1981, en el considerando 3° de la mayoría⁸⁷; “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Dto. 1.570/01 y otro s/ Amparo Ley 16.986”⁸⁸⁸⁹ (considerandos 21 de la mayoría⁹⁰ y 24 de la ampliación de fundamentos del ministro Lorenzetti), *inter alia*.

En torno al “paradigma consecuencialista”, ya en posición doctrinaria LORENZETTI acota que la “decisión obtenida en base a reglas y principios debe

⁸⁴ *Fallos*, 302:1284. Tal afirmación aparece en el considerando 2° del voto que encabeza el fallo (de los ministros Gabrielli y Rossi) y en el considerando 4° del voto concurrente conjunto de los jueces Frías y Guastavino.

⁸⁵ *Fallos*, 234:482. Intervinieron los ministros Orgaz, Argañarás, Galli, Herrera y Vallejo.

⁸⁶ *Fallos*, 301:917.

⁸⁷ Compuesta por los jueces Gabrielli, Rossi, Guastavino y Black. En disidencia, se pronunció el ministro Frías.

⁸⁸ B. O. de 20 de octubre de 1966.

⁸⁹ *Fallos*, 329:5913.

⁹⁰ Los alineamientos en el Tribunal fueron los siguientes: el voto que encabeza el fallo correspondió a los ministros Highton de Nolasco y Zaffaroni; concurrentemente, con ampliación de fundamentos, se expidió el juez Lorenzetti; por su parte, el ministro Fayt también votó de manera coincidente; y, finalmente, la jueza Argibay, si bien concordó con la parte resolutive propuesta por la mayoría, arribó a ella por camino diverso al propugnar la inconstitucionalidad del Decreto Nac. n.º 214/02 (B. O. de 4 de febrero de 2002).

ser controlada mediante el examen de sus consecuencias, que incluyen los aspectos económicos y los sociales”⁹¹.

A riesgo de ser reiterativos, vemos que la CSJN utiliza —entre otras herramientas— la interpretación consecuencialista y el juicio de ponderación, dado que las sentencias sustentadas en valores, principios y reglas deben ser inspeccionadas por medio del análisis de los efectos que pueden provocar en sus facetas jurídicas, económicas, políticas y sociales. De su lado, la argumentación y el principio de razonabilidad desempeñan importante papel en la cuestión que abordamos.

c) SOLA puntualiza que al referirse al Análisis Económico del Derecho (AED) no se alude a estudios contables o de administración sino a la *utilización de la teoría económica para entender mejor las consecuencias del derecho*⁹². Añade que el AED, como todo análisis de ese tipo, posee un elemento *positivo* y un elemento *normativo*: el elemento *positivo* se da cuando se utiliza el análisis económico para conocer mejor las consecuencias de las normas jurídicas, ya sean leyes, reglamentos o sentencias; y el análisis *normativo* tiene lugar cuando el economista analiza alternativas y propone una concretamente, sin expresar las consecuencias de las otras posibles, perspectiva habitual en macroeconomía y particularmente en la llamada economía de bienestar⁹³.

Observada en términos cognoscitivos, la relación costo-beneficio como una manera de evitar problemas predecibles en el momento de la decisión individual o social⁹⁴ constituye una útil herramienta para el juez. Agregamos, por nuestra parte, que es justamente un instrumento que le permite contar con mayor cantidad (y calidad) de elementos idóneos para dictar una resolución; pero es uno más, no el único ni necesariamente el mejor.

Para prevenir la disfuncionalidad del sistema, *debe evitarse que el Análisis Económico del Derecho irrumpa en el criterio del juez con mucho de económico y poco de derecho*. Su utilización racional impone dar la importancia que cada ingrediente debe tener en el proceso sentencial, esto es, dosis proporcionales de lo jurídico y lo económico, para que la economía no termine fagocitando al derecho y menos a la justicia, de la cual aquel es un instrumento.

Parece conveniente pensar el AED como medio y no como un fin en sí mismo, para permitir a la magistratura constitucional un apropiado contralor de los actos públicos y una mayor posibilidad de resolver adecuadamente los conflictos entre particulares⁹⁵.

⁹¹ RICARDO L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 465.

⁹² JUAN V. SOLA, “La Corte Suprema y el análisis económico del derecho”, *La Ley*, t. 2009-E, Buenos Aires, pág. 1225.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 1228.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 1232.

Desde ese punto de vista, al menos *a priori*, será posible lograr un mayor grado de *eficacia* en la resolución judicial, entendiendo a aquella como la “capacidad para obrar o para conseguir un resultado determinado”, lo que debe vincularse con la *eficiencia*, concebida como la “capacidad para lograr un fin empleando los mejores medios posibles”, y con la *efectividad*, que en una de sus acepciones supone validez o autenticidad⁹⁶.

C) *Apreciaciones finales sobre los tópicos abordados en este apartado*

En suma, y utilizando con cautela y en su justa medida la metodología del AED —con la marca consecuencialista que le es inherente—, puede resultar importante y útil para medir la potencial incidencia económica de las sentencias jurisdiccionales, aunque el juez siempre debe mantener una equilibrada actitud que armonice el principio de razonabilidad, las características del escenario valorativo en el que deba moverse al resolver y el mandato que sobre él recae en punto a la adopción de decisiones justas y equitativas.

Sea como fuere, un balance actual de la utilización práctica de la Acordada examinada arroja un resultado modesto. Es decir que, pese a haber sido creada —en teoría— para cumplir propósitos relevantes y con significación práctica, al menos hasta donde alcanza nuestra información, no ha cumplido una función determinante sino solo una discreta *performance* y con casi nula utilización expresa y efectiva en la jurisprudencia de la CSJN.

Nadie podría *a priori* ser refractario a que se pondere el impacto económico y financiero que producen o podrían provocar las decisiones de los jueces en general y la Corte Suprema en particular, esta última como órgano máximo de la justicia constitucional. La importancia del tema es fundamental, como lo es la interdisciplinariedad científica entre derecho y economía.

Ahora bien, si —como se ha dicho— los jueces se valen de un informe técnico que no es puesto a disposición de las partes en ningún momento, sino que es secreto, y después sobre la base de ese trabajo se toman decisiones, en el marco de un remedio procesal tan particular como es el recurso extraordinario federal, tal proceder no parece correcto sino que más bien conduce inevitablemente a una violación de las garantías de defensa y legalidad. Entonces, ¿por qué no poner dicho informe a disposición de las partes para que lo controvertan o digan lo que consideren pertinente a su respecto?⁹⁷.

La CSJN y los magistrados inferiores deben proceder con suma prudencia cuando estén en juego derechos fundamentales, civiles, políticos, económicos,

⁹⁶ Los conceptos de “eficacia”, “eficiencia” y “efectividad” han sido tomados del *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a ed., Real Academia Española (Fuente: <http://lema.rae.es/drae>).

⁹⁷ Cfr. ALEJANDRA CORDONE, en una opinión que nos remitió a los fines específicos de este trabajo.

sociales, culturales o ambientales, para sortear el riesgo de que la aplicación rígida de las técnicas de la economía o del AED obture el avance progresivo o produzca una involución en la protección de derechos básicos consustanciales a la dignidad de la persona.

Para cerrar estas líneas, vale evocar a VANOSI quien alerta contra la propensión a caer en el “relativismo”, generalizado y complaciente, por un lado, y al acentuado “amoralismo” que intenta desconectar las conductas de la brújula espiritual que suministran los valores, por el otro. Para tal autor, “no cabe concebir ni economía ni derecho (ni ciencia alguna) que puedan propender al desarrollo de la persona humana basándose únicamente en el *homo economicus* [sic], en el insolidario utilitarismo, o en el simplista cálculo del costo-beneficio”⁹⁸.

7. LA INNOVACIÓN CONSTITUCIONAL DE 1994 Y UN TEMA SUSTANCIAL: EL AFIANZAMIENTO DEL FEDERALISMO

Dos de los puntos más fuertes del por entonces proyecto de modificación constitucional de 1994 residían en el *fortalecimiento del federalismo* y la atenuación del poder presidencial.

Lamentablemente, no ocurrió lo uno ni lo otro. Como siempre, los hechos son más elocuentes y poderosos que las palabras.

En particular respecto del *federalismo*, si bien desde el plano normativo la citada reforma ha intentado generar un avance en la materia, el obstáculo enraíza en la *falta de correspondencia entre los postulados de la letra constitucional y las realizaciones fácticas*.

Por mencionar solamente un ejemplo, por cierto bastante ilustrativo, según la disposición transitoria sexta de la Constitución, la ley convenio a la que hace referencia el artículo 75, inciso 2º, párrafo 2º, en materia de coparticipación federal de impuestos y la reglamentación del organismo fiscal federal, deberían haber sido establecidas *antes de la finalización del año 1996*. Tal mandato constitucional no se ha cumplido, e incluso al presente (finales de 2018) semejante ley convenio no ha sido aún sancionada y nada hace presagiar que pudiera serlo en un futuro próximo⁹⁹. Converge aquí una clara omisión inconstitucional.

⁹⁸ JORGE R. VANOSI, “La aplicación constitucional de ‘El análisis económico del derecho (AED)’: ¿Nada menos y nada más que un ‘enfoque’?”, *Teoría Constitucional*, t. III, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, pág. 2254.

⁹⁹ Continúa rigiendo en la materia la Ley Nacional N° 23.548, publicada el 26 de enero de 1988, que establecía a partir del 1º de enero de 1988 el “Régimen *Transitorio* de Distribución de Recursos Fiscales entre la nación y las provincias” —cursivas agregadas—. Por la fecha de su sanción, no incluyó en su texto primigenio a la CABA ni a la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (último territorio nacional en ser provincializado). De hecho,

Es decir que, más allá de la impronta *aspiracional* del constituyente en pro de vigorizar las estructuras provinciales, empíricamente ello no ha acaecido. Antes bien, ha aumentado el centralismo (algún autor habla de la macrocefalia del “puerto”, o sea, de Buenos Aires¹⁰⁰) y, sobre todo, ha aumentado la subordinación financiera y económica de la gran mayoría de las provincias a la Nación.

Tampoco ha menguado el poder presidencial como se alegaba en su momento, y la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, que supuestamente cumpliría una labor esencial en ese sentido, en la realidad —como anunciáramos— se ha mostrado impotente para cumplir sustentablemente tamaña tarea.

En síntesis, al desfigurarse fácticamente algunas de las metas perseguidas por el constituyente para reforzar la solidez de la estructura federal, paralelamente crece el déficit democrático.

Es que, como advierte FERNÁNDEZ SEGADO¹⁰¹, si la estructura federal se encuentra en íntima conexión con la democracia, “que en el Estado federal no se proyecta sobre una única organización, sino sobre una pluralidad de centros de decisión”, se comprende que el déficit democrático esté “estrechamente unido a la desnaturalización del sistema federal, no pudiendo, a la inversa, operar el sistema federal como instrumento democratizador del poder, contribuyendo de este modo a la vivificación de la democracia, una de las más caracterizadas funciones del federalismo, como bien advierte SCHAMBECK”¹⁰².

el artículo 8 de la ley se refiere a “la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio nacional de Tierra del Fuego”. Ya por medio del artículo 1 del Decr. N.º 705/2003 (B. O. de 27 de marzo de 2003), se establece desde el 1º de enero de 2003, la participación correspondiente a la CABA en el monto total recaudado.

Por su parte, el artículo 1 del Decr. N.º 2.456/90 (B. O. de 29 de noviembre de 1990), texto según el artículo 2 del Decr. N.º 702/99 (B. O. de 7 de julio de 1999), fija la participación que le corresponde a la *Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur* en el monto total de la masa de fondos a distribuir.

¹⁰⁰ Al respecto se ha dicho: “El federalismo argentino es el resultado de un proceso histórico particular de formación de una alianza entre la *macrocefálica Buenos Aires* y un cuerpo que no ha guardado proporción. Desde la constitución del Virreinato del Río de la Plata, en 1778, el puerto y su ciudad se tomaron revancha de Lima y del privilegio que el interior mantuvo durante casi todo el siglo XVIII, con el comercio de la plata. A partir de entonces, Buenos Aires ha sido el centro neurálgico del país,...” —énfasis agregado— (DANIEL MUCHNIK, “El ilusorio federalismo argentino”, *Le Monde Diplomatique*; disponible en: <http://www.insumisos.com/diplo/NODE/3413.HTM>).

¹⁰¹ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina”, en JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, pág. 111.

¹⁰² HERBERT SCHAMBECK, “Posibilidades y límites del federalismo”, en *Revista de Documentación Administrativa*, n.º 193, enero-marzo de 1982, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, pág. 87.

Hemos consultado la fuente original y en el párrafo al que alude FERNÁNDEZ SEGADO (*vid. nota anterior*), SCHAMBECK afirma: “El federalismo puede contribuir a la *vivificación de la*

La protección y realización de los derechos básicos en el contexto de nuestro federalismo debería asegurar un umbral o piso isonómico. El Congreso de la Nación cuenta con competencias suficientes para dictar *medidas de acción positiva que tiendan a lograr la igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos*, reduzcan las desventajas estructurales, brinden cobertura tuitiva a los grupos más marginados y vulnerables, cancelen algunas deudas de la democracia y permitan una adecuada participación ciudadana en la toma de las decisiones más relevantes.

Solo por citar una faceta del tema, introduciéndonos en el “federalismo sanitario” y tomando a modo de ejemplo lo que sucede respecto de las personas con discapacidad, materia que si bien cuenta con un fuerte reconocimiento normativo (CN y constituciones provinciales, instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹⁰³, leyes, etc.), como ha sostenido CLÉRICO, “el *acceso real al ejercicio de este derecho es dispar*. Afecta aún con mayor intensidad a aquellas personas con discapacidad pertenecientes a algunos de los otros grupos desaventajados identificados en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional. [...] *Esta conjetura se condice con el diagnóstico que habla de la ‘gran heterogeneidad’ que presenta el llamado federalismo sanitario, lo que lleva a una gran desigualdad en el acceso a una salud de calidad entre las diversas jurisdicciones locales*”¹⁰⁴ —énfasis agregado—.

Nuestro sistema federal no debería ser un obstáculo sino más bien un facilitador para el disfrute de los derechos fundamentales consagrados o implícitos en el bloque de constitucionalidad, ya que en los discursos previos a la modificación constitucional de 1994 resonaba la imperiosa necesidad de *fortalecer el federalismo para alcanzar una sociedad más abierta y participativa* y, añadimos por nuestra parte, *más igualitaria*.

Lo dicho en este apartado nos tiende el puente para conectar con lo que manifestaremos en torno a diversas vicisitudes del *federalismo fiscal* en nuestro país.

8. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL FEDERALISMO FISCAL

A) Advertencia previa

Obviamente, intentar abordar de modo exhaustivo los precedentes sobre temas de federalismo fiscal que exhibe el acervo jurisprudencial de la Corte Suprema, además de exceder el objetivo de este trabajo, sería una tarea utópica.

democracia, puesto que con la construcción federal del Estado se problematizan los sectores más cercanos de la vida pública, con lo que la formación de la opinión y de la voluntad políticas se sitúa sobre una base más amplia” —énfasis del original—.

¹⁰³ Como se anticipara, la CDPD cuenta con *jerarquía constitucional derivada*.

¹⁰⁴ MARÍA LAURA CLÉRICO, “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?”, *La Ley*, 2009-D-902.

Por tanto, con un objetivo más modesto, solo presentaremos: *i*) un pronunciamiento relativo a un caso evidente de omisión inconstitucional¹⁰⁵ en el dictado de una ley de coparticipación municipal en La Rioja, luego salvado —al menos normativamente— por la CSJN; *ii*) una aproximación al álgido asunto de las sistemáticas detracciones —por el Estado Nacional— de impuestos coparticipables de las provincias y las demandas deducidas originariamente por Santa Fe, San Luis y Córdoba para superar tal anómala problemática, y *iii*) ciertas acciones y reacciones que, como consecuencia de las sentencias emitidas al respecto por la Corte, se canalizaron a través de decretos de necesidad y urgencia (DNU) —u otro tipo de decretos— dictados por la presidenta saliente (CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER) y el primer mandatario entrante (MAURICIO MACRI) a finales de 2015 y, ya en 2016, de otras disposiciones que circundan a tal tópico.

B) *Causa “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ Amparo”*

En un fallo dictado el 11 de noviembre de 2014¹⁰⁶, respecto de una causa *muy importante para el sistema federal argentino*, la CSJN¹⁰⁷ admitió el recurso de hecho deducido por el Intendente de la Ciudad de La Rioja en orden a que el Superior Tribunal de Justicia local se pronunciara sobre la *omisión* de aquella provincia en dictar una ley de coparticipación municipal.

Como sustento de la decisión, y entre otras consideraciones, el Alto Tribunal sostuvo que:

- la reforma de la CN en 1994 introdujo el mandato de autonomía municipal en el artículo 123, según el cual *cada provincia debe diseñar su modelo de coparticipación con los municipios*;

- al momento de dictar el fallo, *solo criterios discrecionales gobernaban la distribución de fondos a los municipios por parte de la provincia, y la Municipalidad de la Capital había sido particularmente discriminada en el reparto*. En ese sentido, puntualizó que a la luz del principio constitucional de autonomía municipal en los órdenes *institucional, político, administrativo, económico y financiero*, *no podía haber real autonomía municipal si se privaba a los municipios del sustento económico-financiero indispensable para que prestaran aquellos servicios públicos inherentes a su autonomía institucional*;

- aunque la Constitución provincial ya desde 1998 establecía en dos artículos —168 y 173— las características del modelo de coparticipación municipal

¹⁰⁵ Sobre el tema puede verse el libro de VÍCTOR BAZÁN, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2017, *passim*.

¹⁰⁶ *Fallos*, 337:1263.

¹⁰⁷ Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton, Fayt y Maqueda.

que debía implantarse en la provincia, el poder legislativo *nunca dictó la ley necesaria para precisar su contenido*;

- la CSJN *desestimó en particular el argumento del Superior Tribunal provincial según el cual la omisión del Poder Legislativo de La Rioja no podía ser objeto de una acción judicial por constituir una “cuestión política no justiciable”*; y que a más de dieciséis años de la vigencia de la Constitución provincial —por ese entonces—, no resultaba posible sostener que el dictado de la ley de coparticipación municipal —es decir, *el acatamiento de la Constitución*— quedara condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en todo ese tiempo no habían sido logrados. Tales mandatos no podían quedar subordinados a la posibilidad o no de obtener aquellos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, siendo que por voluntad popular ya consensuada por el pueblo de La Rioja en su Constitución, *la provincia debía sancionar una ley de coparticipación municipal*;

- el Gobernador y la Legislatura debían realizar todos los esfuerzos necesarios para *asegurar el cumplimiento de la Constitución*, proveyendo los recursos financieros a sus municipios de acuerdo con criterios preestablecidos; y

- la Corte Suprema subrayó la gravedad que ostentaba la ausencia de esta ley, al recordar que durante la Convención constituyente nacional de 1994 se señaló que correspondía la intervención federal de la Provincia “*si no se asegura el régimen cualificado de la autonomía municipal en las provincias*” —énfasis nuestro—.

En definitiva, la CSJN hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto, dejó sin efecto la sentencia apelada, y ordenó que los autos volvieran al tribunal de origen a sus efectos.

Finalmente, y ante el impulso inicial de la Corte Nacional en el citado fallo y logrados los consensos pertinentes en el ámbito local, se aprobó la Ley Provincial N° 9.782 que regula el Régimen de Coparticipación de Impuestos entre la Provincia de La Rioja y sus Municipalidades. Fue sancionada por la Cámara de Diputados el 19 de noviembre de 2015 y entró en vigor el 1° de enero de 2016.

La ley en cuestión es producto de una lucha federal para fortalecer las autonomías municipales. Su buen funcionamiento ya depende de otros factores, primordialmente de la voluntad política de las autoridades competentes.

C) *La sensible cuestión de las detracciones de impuestos coparticipables*

a) Fue un tanto extraño e inoportuno el momento en que la CSJN decidió fallar casos de [justos] reclamos que llevaban años en *modo espera* por detracciones de impuestos coparticipables, de conformidad con el “Acuerdo

entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales”, de 12 de agosto de 1992, ratificado por la Ley Nacional n.º 24.130¹⁰⁸.

b) Nos referimos a las siguientes causas: CSJ 538/2009 (45-S) CS1, Orig., “Santa Fe, Provincia de c/ Estado nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”; CSJ 191/2009 (45-S) CS1, Orig., “San Luis, Provincia de c/ Estado nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”; CSJ 539/2009 (45-S) CS1, Orig., “Santa Fe c/ Estado nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”; CSJ 1039/2008 (44-S) CS1, Orig., “San Luis, Provincia de c/ Estado nacional y otra s/ Cobro de pesos”, y CSJ 786/2013 (49-C) CS1, Orig., “Córdoba, Provincia de c/ Estado nacional y otros/ Medida cautelar”.

Todas ellas fueron resueltas el 24 de noviembre de 2015 por los mismos integrantes del Tribunal: los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

c) Reseñaremos brevemente las partes más significativas de los respectivos contenidos resolutivos de los citados pronunciamientos, que pueden agruparse como sigue.

c.1. En los casos CSJ 538/2009 (Provincia de Santa Fe) y CSJ 191/2009 (Provincia de San Luis), la CSJN resolvió:

- *Declarar la inconstitucionalidad del artículo 76 de la Ley Nacional n.º 26.078*¹⁰⁹, en lo atinente a la detracción del 15 por ciento de la masa de impuestos coparticipables pactada en la cláusula primera del citado “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales”.

- *Disponer el cese de la detracción* en la proporción que le corresponde a la Provincia de Santa Fe/Provincia de San Luis [según proceda], de acuerdo con la distribución y los índices fijados en la Ley convenio N° 23.548 (ya individualizada a pie de página), bajo apercibimiento de ordenar al presidente del Banco de la Nación Argentina (BNA) que cumpla con la manda en el término de diez días.

- *Condenar al Estado nacional a pagar a la Provincia de Santa Fe/Provincia de San Luis*, con los alcances establecidos en el pronunciamiento, *la suma que resulte del cálculo de las cantidades detráidas en virtud de la norma impugnada, con más los intereses según la legislación que resulte aplicable*. A fin de hacer efectiva la condena, una vez determinado el monto, se fijaría un lapso de ciento veinte días para que las partes acordaran la forma y plazos en que se reintegrarían las sumas debidas, bajo apercibimiento de determinarlo la Corte en la etapa de ejecución de la sentencia.

- *Exhortar a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento a la disposición transitoria sexta de la CN, e instituir el*

¹⁰⁸ B. O. de 22 de septiembre de 1992.

¹⁰⁹ B. O. de 12 de enero de 2006.

nuevo régimen de coparticipación federal, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, y a dictar la consecuente ley convenio, en orden al mandato contenido en el inciso 2º del artículo 75.

En relación con el último tópico (omisión de sanción de la ley convenio a que alude el artículo 75, inciso 2º, párrafo 2º, CN), la CSJN se explayó formulando, a nuestro criterio, *un reclamo por lo que todavía no es y una exhortación para que efectivamente sea*. En resumen, manifestó que:

- si bien no desconoce la complejidad de la cuestión, atento a la pluralidad de jurisdicciones comprometidas en su definición así como los múltiples aspectos económicos, políticos y culturales que involucra —que necesariamente demandan un amplio y profundo ámbito de negociación, debate y consensos—, estas circunstancias no pueden resultar un justificativo para un inmovilismo que ya supera ampliamente los tres lustros [a la fecha del pronunciamiento] y que *conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994;*

- ese incumplimiento exige de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, debe *poner de manifiesto la imperiosa necesidad de sancionar la ley convenio en los términos del artículo 75, inciso 2º, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias*, que instituya regímenes de coparticipación de las contribuciones directas e indirectas, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos y una distribución que contemple criterios objetivos de reparto; que sea equitativa, solidaria y que dé prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional;

- en palabras del miembro informante del dictamen de la mayoría de la Comisión de Redacción ante el plenario de la Convención constituyente de 1994, la incorporación al texto constitucional de esos principios generales, lejos de ser meras expresiones de voluntarismo o de ingenuidad política, *configuran criterios o postulados a los que el legislador, así como la Nación y las provincias, deben ajustarse imperativamente;*

- *a través de la cláusula transitoria sexta el legislador constituyente ha definido un mandato explícito e inderogable por la voluntad política de sus partes*, es decir, la sanción de un nuevo régimen de coparticipación y la reglamentación del organismo fiscal federal de fiscalización y control *antes de la finalización de 1996;*

- con esa norma reafirmó la inquebrantable decisión de salir de un régimen de distribución de recursos que llevaba entonces más de veinticinco años, y de ingresar definitivamente en un *nuevo mapa de relacionales financieras y fiscales entre el gobierno federal y los estados provinciales;*

- utilizando una imagen kantiana, rememora que el imperativo categórico —que no puede ser soslayado apelando a ningún subterfugio legal— exige que las partes emprendan cuanto antes el *diálogo institucional que desemboque en el nuevo Pacto Federal Fiscal*, que sentará las bases de la futura ley convenio, “y sería altamente positivo que el clima de respeto y la vocación de consenso que se ha gestado en el ámbito de esa Convención se sostenga para dar lugar a un sistema superador que contemple las exigencias de equidad y solidaridad que allí se postularon” (cfr. *Diario de Sesiones* de la Convención constituyente);

- el conflicto que el Tribunal resuelve, y tantos otros análogos sometidos a su decisión, *se hubieran evitado si se hubiese cumplido con esa manda constitucional*;

- la exhortación a los órganos superiores de nuestra organización constitucional se impone, a fin de consolidar el proyecto federal de nuestra Constitución primigenia, reivindicado por los convencionales constituyentes de 1994, en cumplimiento del *fortalecimiento del régimen federal* que les fue encomendado (artículo 3, apartado ‘A’, Ley Nacional n.º 24.309¹¹⁰), y

- por último, indica que sin que ello implique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales, *corresponde que los poderes federales (PEN y Congreso Nacional) asuman el rol institucional que les compete como coordinadores del sistema federal de concertación implementado con rango constitucional en 1994*, y formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación.

En definitiva, sostenemos que se trata de una tan ostensible como inconcebible omisión inconstitucional que se mantiene inalterada desde hace veintidós años (a finales de 2018), en relación con la sanción de la ley convenio a la que se refieren el artículo 75, inciso 2º, párrafo 2º, y la cláusula transitoria sexta, que aluden tanto al régimen coparticipativo como a la reglamentación del organismo fiscal federal. En teoría, todo ello debió haber sido establecido *antes de la finalización del año 1996*, como varias veces se mencionó aquí.

Sobran las palabras y escasea la voluntad política, que es indispensable para la construcción de consensos que permitan superar el *statu quo* y dar cumplimiento a lo establecido mandatoriamente en la Ley fundamental.

c.2. En los casos CSJ 539/2009 (Provincia de Santa Fe) y CSJ 1039/2008 (Provincia de San Luis), la CSJN resolvió:

- *Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1, inciso ‘a’, y 4 del Decreto Nacional n.º 1.399/2001¹¹¹ del PEN.*

¹¹⁰ B. O. de 31 de diciembre de 1993.

¹¹¹ B. O. de 5 de noviembre de 2001.

- *Disponer que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) se abstenga de retener a partir de la notificación de la sentencia, de la cuenta recaudadora del impuesto de la Ley Nacional n.º 23.349¹¹², el porcentual resultante de la aplicación del Decreto Nacional n.º 1.399/2001 que a la Provincia de Santa Fe/Provincia de San Luis [según corresponda] le asigna la Ley Nacional n.º 23.548, bajo apercibimiento de ordenar al presidente del BNA que cumpla con la manda en el término de diez días.*

- *Condenar al Estado nacional a pagar a la Provincia de Santa Fe/Provincia de San Luis [según corresponda], con los alcances establecidos en el pronunciamiento, la suma que resulte del cálculo de las cantidades detraídas en virtud del Decreto Nacional n.º 1.399/2001, con más los intereses según la legislación que resulte aplicable. A fin de hacer efectiva la condena, una vez determinado el monto, se fijaría un plazo de ciento veinte días para que las partes convinieran la forma y plazos en que se reintegrarían las sumas debidas, bajo apercibimiento de determinarlo la Corte en la etapa de ejecución de la sentencia.*

c.3. Finalmente, en el caso CSJ 786/2013 (Provincia de Córdoba), la CSJN ordenó con carácter de medida cautelar al Estado nacional que suspendiera de manera inmediata los descuentos que se le efectuaban a dicha provincia sobre fondos de la coparticipación federal de impuestos en virtud de la aplicación del artículo 76 de la Ley Nacional n.º 26.078, con relación a lo que era materia del juicio.

Antes de pasar a las observaciones conclusivas de este trabajo, vale traer a colación que tiempo más tarde, el 6 de noviembre de 2018, y con el voto coincidente de los ministros Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, el Alto Tribunal resolvió el caso CSJ 933/2007 (43-L)/CS1, Orig., “La Pampa, Provincia de c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de inconstitucionalidad”. Allí, *declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, inciso ‘a’, y 4 del Decreto Nacional n.º 1.399/2001; dispuso que la AFIP se abstuviera de retener a partir de la notificación de la sentencia, de la cuenta recaudadora del impuesto de la Ley Nacional n.º 23.349, el porcentual resultante de la aplicación del citado Decreto que a la Provincia de La Pampa le asigna la Ley Nacional n.º 23.548, bajo apercibimiento de ordenar al presidente del BNA que cumpliera con la manda en el término de diez días. Asimismo, admitió la excepción de prescripción deducida con respecto a las detracciones efectuadas entre los días 1º y 29 de marzo de 2002; condenó al Estado Nacional a pagar a la actora la suma que resultara del cálculo de las cantidades detraídas en virtud del ya aludido Decreto, con más los intereses según la legislación que fuera aplicable; y a fin de hacer efectiva la condena fijó un plazo de ciento veinte días para que las partes acordaran la forma y plazos*

¹¹² B. O. de 25 de agosto de 1986.

en que se restituirían las sumas debidas, bajo apercibimiento de determinarlo la Corte en la etapa de ejecución de la sentencia.

9. CONSIDERACIONES FINALES

1. Con mayor o menor nivel de detalle la Constitución argentina ha contado (y cuenta) con un *diseño económico* inteligible, pese a que su texto no dedica un espacio específico y concentrado que sistemática y taxativamente puntualice y defina las normas y los principios económicos. Sin embargo, es posible reconocer un perfil de modelo económico de tinte social. Paralelamente, la Ley fundamental no propone un sistema cerrado para la aplicación de una política económica determinada, sino uno abierto para que cada gobierno aplique su propio programa, el que naturalmente tendrá como límite los principios y valores constitucionales y los derechos fundamentales.

2. Primordialmente a partir de la última reforma constitucional (1994), el esquema económico podría catalogarse como una economía social de mercado propia de un Estado social y democrático de derecho. En ese contexto, el ingreso explícito a la Carta fundamental del principio de *justicia social* (en cierto punto anticipado por la inclusión del artículo 14 bis por conducto de la innovación constitucional de 1957), desnuda la voluntad estatal de generar una evolución cualitativa y axiológica en la tipología del modelo económico, que procura ir más allá del abstencionismo estatal aunque sin deslizarse hacia un intervencionismo absoluto.

3. Como es innegable, a lo largo de la historia nacional han existido distintas recetas y políticas económicas, impulsadas por los diferentes partidos políticos o alianzas electorales (incluso gobiernos *de facto*) que en sus respectivos momentos condujeron los destinos del país, imprimiéndoles los ritmos y matices ideológicamente acordes con sus pertinentes adscripciones partidarias y económicas.

4. Parece evidente que la economía ejerce una intensa influencia sobre la constitución y la política. La regulación de un orden socioeconómico se visibiliza en la mayoría de los textos constitucionales por cuanto el constitucionalismo del Estado constitucional y convencional de derecho sigue muy de cerca a las cuestiones que giran en torno a los condicionamientos económicos-sociales y financieros. Se visualiza así una relación trinomial entre *derecho (constitución)*, *política y economía* como elementos que se mueven e interactúan en busca de un equilibrio sustentable que no siempre es sencillo de lograr.

5. En cuanto a ciertas novedades, puede contabilizarse que durante el mandato presidencial actualmente en el poder (a finales de 2018) y concretamente en diciembre de 2017, quedó sin efecto la Ley de emergencia pública N° 25.561 que fuera dictada en 2002 en plena crisis surgida durante el gobierno de FERNANDO DE LA RÚA. Solamente, se prorrogó la vigencia de la *emergencia social* hasta el 31 de diciembre de 2019.

Por su parte, en mayo de 2018 se sancionó la Ley Nacional n.º 27.442, nueva Ley de defensa de la competencia pensada para mejorar el régimen anteriormente vigente. Habrá que aguardar los resultados que arroje la praxis surgente de la utilización práctica de tal normativa por los operadores jurídicos, para verificar si logra cumplir los propósitos que motivaron su implementación.

6. En el Estado constitucional y convencional debe asegurarse, mediante *acciones positivas y políticas públicas*, la *igualdad real de oportunidades y de trato*, y el *pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales*. Esa perentoria obligación emerge tanto de la constitución como de la preceptiva legal, y por supuesto también de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional o sin ella.

7. Con particular referencia al tópico del impacto de las decisiones judiciales de la Corte Suprema sobre la realidad económica y financiera, entre otras herramientas el Tribunal ha utilizado la interpretación consecuencialista y el juicio de ponderación, dado que las sentencias sustentadas en valores, principios y reglas deben ser controladas por medio del análisis de sus efectos en los aspectos jurídicos, económicos, políticos y sociales. Como la propia CSJN ha determinado, no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo porque constituyen uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma.

8. Conectado con lo anterior, la Corte dictó la Acordada N° 36/2009 y creó la “Unidad de Análisis Económico”. Un balance del uso práctico de tal Acordada, en cuya matriz subyace la corriente del Análisis Económico del Derecho, brinda un resultado modesto porque a pesar de haber sido sancionada para abastecer un rol importante, la praxis muestra una *performance* discreta. En este punto, la Corte y los magistrados inferiores deben actuar cautelosamente cuando estén en juego derechos fundamentales, para eludir el peligro de que la aplicación rígida de las reglas y principios económicos ralentice el avance progresivo o genere una involución protectiva en la materia. Para prevenir la disfuncionalidad del sistema, *debe evitarse que el AED inunde el criterio del juez con mucho de económico y poco de derecho*. Su utilización racional impone utilizar dosis proporcionales de lo jurídico y lo económico, para que la economía no termine fagocitando al derecho y menos a la justicia, de la cual aquel es un instrumento.

9. Existe un cuantioso elenco de normas constitucionales que exhiben aristas y connotaciones económicas y financieras, algunas de las cuales no han tenido aún efectiva plasmación en el orden fáctico: “contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General” (artículo 4); “retribución justa”, “salario mínimo vital móvil”, “participación en las ganancias de las empresas”, “jubilaciones y pensiones móviles”, “seguro social obligatorio”, “compensación económica familiar” (artículo 14 bis);

“desarrollo humano”, “actividades productivas” (artículo 41); “intereses económicos”, “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”, “control de los monopolios naturales y legales”, “calidad y eficiencia de los servicios públicos” (artículo 42); “criterios objetivos de reparto”, “grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” (artículo 75, inciso 2°); “asignaciones específicas de recursos coparticipables” (artículo 75, inciso 3°); “presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas” (artículo 75, inciso 8°); “prosperidad del país”, “adelanto y bienestar de todas las provincias” (artículo 75, inciso 18); “progreso económico con justicia social”, “productividad de la economía nacional”, “generación de empleo”, “defensa del valor de la moneda”, “crecimiento armónico de la Nación”, y “políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (artículo 75, inciso 19).

10. En línea con lo mencionado en el punto inmediatamente anterior, desafíos perentorios se entrecruzan en relación con mandatos constitucionales incumplidos en el marco del régimen federal. Tales retos deberían tener como plataforma legitimante un *federalismo de concertación, participativo y solidario*, que permita una relación equilibrada de las instancias que componen la estructura federativa. Concorre un cúmulo importante de promesas pendientes o dignas de reajustes, por ejemplo: en materia de autonomía municipal, existen provincias aún refractarias a modificar sus constituciones para adaptarlas a los requerimientos de la CN; es notoria la ausencia de la multinombrada ley convenio en materia de coparticipación federal (artículo 75, inciso 2°); y median disfuncionalidades y agravios constitucionales de las leyes que establecen o modifican asignaciones específicas de recursos coparticipables (artículo 75, inciso 3°).

11. El objetivo consistente en la profundización del modelo de descentralización política, funcional y territorial prohiado por la última reforma constitucional, no ha sido abastecido. Para que ello suceda, entre otros factores, es indispensable que converja una genuina *voluntad política* para superar o cuando menos reducir las fuertes asimetrías e intensos desequilibrios regionales reinantes entre los diversos componentes del entramado federal.

12. A partir de la intervención de la Corte Suprema, estimulada por las acciones judiciales (o la interposición de alguna medida cautelar) deducidas por las provincias de Santa Fe, San Luis, Córdoba y La Pampa, se hizo justicia al emitir sendos fallos que detuvieron las injustificadas detracciones de impuestos coparticipables a manos de la Nación y en detrimento de tales entidades subnacionales. Los respectivos decisorios trajeron una ráfaga de aire fresco para el alicaído sistema de federalismo fiscal.

13. Es imprescindible que existan acciones coordinadas y políticas diferenciadas que procuren equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, ya que —más allá de los discursos— continúa creciendo marcadamente la dependencia económico-financiera de las provincias (y, por extensión, de municipios) al régimen nacional central.

14. En definitiva, una de las ideas centrales que procuramos transmitir en este trabajo anida en la preservación de la dignidad humana y su desenvolvimiento, teniendo en mira un orden constitucional, social y económico justo, que asegure la protección de los derechos fundamentales de acuerdo con las exigencias del Estado constitucional y convencional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXU, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., Madrid, CEPC, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 2001.
- BAZÁN, VÍCTOR: *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2017.
- “Sobre ciertas facetas de la protección de los derechos humanos desde la mirada de la Corte Suprema de Justicia argentina”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 25, enero-junio de 2016, México, IIDPC y Porrúa, 2016.
- “La Corte Suprema de Justicia argentina y la protección de los derechos fundamentales”, en REY, FERNANDO (coord.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales recientes*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid - FIIAPP, 2011.
- “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, en VON BOGDANDY, ARMIN; PIOVESAN, FLAVIA y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (eds.), *Direitos humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, Rio de Janeiro, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Lumen Juris, 2011.
- “El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas en la Argentina”, en LANNI, SABRINA (coord.), *I Diritti dei Popoli Indigeni in America Latina*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- “Los derechos de los pueblos indígenas en clave de derecho interno e internacional”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 2, n.º 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2004.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: “La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, *Cuestiones constitucionales*, enero-junio 2002, México, UNAM. Disponible en: <http://www.redalyc.org/html/885/88500601/>.

- *Economía, constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997.
- *La constitución de frente a su reforma*, Buenos Aires, Ediar, 1987.
- BREWER CARÍAS, ALLAN R.: “Reflexiones sobre la Constitución económica”, en MARTÍN RETORTILLO, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. V, Madrid, Civitas, 1991.
- CAO, CHRISTIAN A.: “Constitución socioeconómica y derechos fundamentales: estudio comparado entre los casos de España y Argentina”, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2013. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/22813/1/T34725.pdf>.
- CLÉRICO, MARÍA LAURA: “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?”, *La Ley*, 2009-D-902.
- COMANDUCCI, PAOLO: “Democracia y derechos fundamentales”, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC, 2010.
- DEL RÍO, JOSÉ, “La ley de emergencia económica dejó de tener vigencia después de 16 años”, *La Nación*, Buenos Aires, 7 de enero de 2018, Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/2098510-la-ley-de-emergencia-economica-dejo-de-tener-vigencia-despues-de-16-anos>.
- DALLA VIA, ALBERTO R.: “La ideología de la Constitución económica”, *Doctrinas Esenciales*, Derecho Constitucional, t. III, La Ley.
- *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.
- DÍAZ SACRISTÁN, NURIA y FERNÁNDEZ TESORO, CRISTINA: *La construcción del Mercosur Social: estructura y ámbitos de actuación*, Madrid, Dykinson, 2011.
- DOCUMENTO CONCEPTUAL: “Derechos fundamentales, constituciones políticas y modelos económicos”, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 6 de junio de 2017.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: “Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina”, en SERNA DE LA GARZA, JOSÉ MARÍA (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.
- FERRAJOLI, LUIGI: “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29, trad. de Alí Lozada, Universidad de Alicante, 2006.
- GARAT, PABLO M.: “Aportes desde el derecho constitucional al debate sobre la relación fiscal federal”, en ASENSIO, MIGUEL A.; DI GRESIA, LUCIANO y GARAT, PABLO M., *Aportes al debate sobre la relación fiscal federal*, Buenos Aires, Fundación Civildad, 2016.
- “Coparticipación, presupuesto y desarrollo federal”. Disponible en: <http://www.observatoriosfiscal.org.ar/pdf/OFIF-Coparticipaci%C3%B3n,%20presupuesto%20y%20desarrollo%20federal.pdf>.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.

- GELLI, MARÍA ANGÉLICA: “Los casos ‘Vizzoti’ y ‘Aquino’ y el examen de los efectos de las sentencias”, *La Ley*, t. 2005-A, Buenos Aires.
- HIERRO, LIBORIO L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 30, 2007, Universidad de Alicante.
- HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS R.: *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, 2011.
- LORENZETTI, RICARDO L.: *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe (Arg.), Rubinzal-Culzoni, 2006.
- MORDEGLIA, ROBERTO M., “Elementos de Derecho Constitucional Económico”, *Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/elementos-de-derecho-constitucional-economico.pdf>.
- MUCHNIK, DANIEL: “El ilusorio federalismo argentino”, *Le Monde Diplomatique*. Disponible en: <http://www.insumisos.com/diplo/NODE/3413.HTM>.
- NINO, CARLOS S.: *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, MIGUEL; CRUZ PARCERO, JUAN A. y VÁZQUEZ, RODOLFO (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., México, Porrúa y UNAM, 2001.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P.: *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 156.
- SCHAMBECK, HERBERT: “Posibilidades y límites del federalismo”, *Revista de Documentación Administrativa*, n.º 193, enero-marzo de 1982, trad. de Joaquín Abellán, Madrid.
- SOLA, JUAN V.: “La Corte Suprema y el análisis económico del derecho”, *La Ley*, t. 2009-E, Buenos Aires.
- VANOSSI, JORGE R.: “La aplicación constitucional de ‘El análisis económico del derecho (AED)’: ¿Nada menos y nada más que un ‘enfoque’?”, *Teoría Constitucional*, t. III, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot (1ª ed.), 2013.
- “La reforma constitucional y la economía”, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1996.
- “La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y en su jurisprudencia”, Buenos Aires, Ed. Pannedille, 1970.
- VIERA ÁLVAREZ, CHRISTIAN; BASSA MERCADO, JAIME y FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS: “Una aproximación a la idea de ‘Constitución económica’ y sus alcances en la Constitución chilena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, n.º 145, enero/abril de 2016. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000100011#fn9.

DIREITO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

LEONARDO MARTINS*

1. INTRODUÇÃO

A relação entre Economia Popular e Direito no Brasil é intensamente marcada por sua Constituição Federal (a seguir: CF). Para a regulação da primeira pelo Direito, notadamente pelo direito constitucional, a CF reservou todo um título, o Título VII, intitulado: “Da Ordem Econômica e Financeira”. Isso revela que a CF filia-se àquela categoria de Constituições contemporâneas que criam, para além de um estatuto do Estado de direito, uma bastante detalhada parte programática.

A seguir, primeiro, apresentar-se-á o esboço geral da CF em face de suas pretensões de regulação da Economia Popular (2.), seguida por uma definição do modelo de regulação econômico-constitucional adotado no Brasil (3.). Segue-se, por fim, um debate crítico com esse modelo com vistas à apreciação de possíveis alternativas que sejam compatíveis com o marco constitucional brasileiro (4.).

2. MARCO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ECONÔMICO BRASILEIRO

Como aludido, a CF compõe-se, por um lado, de uma Constituição do Estado em sentido estrito, incluindo a outorga de direitos e garantias fundamentais (Título II), em seus cinco primeiros títulos. Por outro lado, a essa Constituição do Estado foi acrescentada uma parte programática que tem a pretensão de ser uma Constituição *da* —e *para a*— sociedade, no sentido de nela ter sido fixado um norte para o desenvolvimento da própria sociedade.¹ Tal desenvolvimento deve ser marcado por valores predeterminados pelo constituinte.

* Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M) e doutor (Doctor iuris - Dr. iur.) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha; pós-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universidade de Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Universidade de Potsdam (fellow da Fundação Alexander von Humboldt). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin (2001 a 2012) e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC). Professor da UFRN.

¹ A respeito, v. ANSCHÜTZ (1923: 26). No mais, cf. KINGREEN e POSCHER (2017: 11-13).

Isso não é propriamente uma novidade na história constitucional brasileira que, com o texto promulgado em 05 de outubro de 1988, já conta com seu sétimo período constitucional.²

A parte programática não é composta apenas de um título, principal subdivisão do texto constitucional, o referido Título VII. Ela compõe-se, principalmente, desse título e do Título VIII, intitulado “Da Ordem Social”. Na conturbada história constitucional brasileira, tal pretensão programática sempre foi marcante. Principalmente a partir da primeira Constituição republicana de 1891, o constituinte aprovou várias normas constitucionais tanto em Constituições promulgadas, de perfil democrático (mais ou menos simbólico),³ quanto em Constituições outorgadas, de perfil autoritário.⁴

A constitucionalização dos direitos econômicos, sociais e culturais (a seguir: DESC), como direitos subjetivos jurisdicionáveis, de um lado, e o estabelecimento de diretrizes e princípios jurídico-objetivos, de outro, representa uma das principais características do sistema constitucional brasileiro. Nele, contudo, adotou-se o regime de governo presidencialista, acompanhado de uma democracia representativa com os déficits históricos de representatividade, sempre ressaltados na literatura especializada.⁵ Por isso, desconfiando-se da conveniência político-constitucional de deixar uma margem de discricionariedade e autodeterminação às instâncias representativas, a despeito de lastros formais democráticos, uma vez que os membros do legislativo federal são escolhidos diretamente pelo povo em eleições diretas, secretas, universais e periódicas,⁶ tendeu-se a constitucionalizar direitos sociais em excesso. Isso

² Iniciado com a Constituição Imperial outorgada por D. Pedro I, em 1824, passando pela primeira Constituição Republicana, de 1891, e mais cinco Constituições no séc. XX. Elas dividiram períodos de tentativas democráticas e regimes autoritários: Constituição promulgada de 1934; Constituição outorgada de 1937 (“Estado Novo”); Constituição promulgada de 1946; Constituição outorgada de 1967 (Ditadura Militar) e vigente Constituição Federal (CF), promulgada em 05 de outubro de 1988.

³ Cf. especialmente as Constituições de 1934, de 1946 e a vigente CF. Sobre o conceito de constitucionalismo simbólico, caracterizado por ausência de força normativa de uma formalmente vigente ordem constitucional, v. NEVES (1994: 83-86).

⁴ Cf. as referidas Constituições dos dois períodos declaradamente ditatoriais do Estado Novo (1937-45) e da Ditadura Militar (1967-85).

⁵ Da tão vasta literatura especializada, cf. apenas a abordagem com vistas à declarada necessidade de mudança de paradigma no direito administrativo: BINENBOJM (2006). As acusações genéricas, quase nunca devidamente acompanhadas de documentação comprobatória, funcionam no Brasil como justificativa para se propugnar por um Estado jurisdicional marcado não apenas por ativismo judicial um ainda constitucionalmente compatível, mas por decisionismos judiciais.

⁶ Garantidas, inclusive, contra Propostas de Emenda Constitucional no Art. 60, §4º, II CF.

ocorreu a despeito do necessário prévio exame das reais possibilidades de desenvolvimento de sua força normativa.

Essa tendência é sem dúvida decorrente da crise do Estado liberal surgida, precipuamente, na década de trinta do século passado. A liberdade jurídico-formal e a teoria civilista-liberal dos direitos fundamentais nela fundada revelaram-se insuficientes por aparentemente ignorarem os pressupostos da liberdade real.⁷ Não obstante, uma fundamentação justeórica e jurídico-dogmática de tais pressupostos da liberdade positiva ou real ainda não se logrou apresentar satisfatoriamente.⁸ Ao invés disso, a pesquisa e a literatura específica opera, na maioria das vezes, com figuras argumentativas inadequadamente importadas da discussão germânica. Entre as principais, encontram-se os conceitos de “dignidade humana” e “mínimo existencial” ou “mínimo vital”, de um lado, mas “reserva de possível”, de outro. Essa (aparente) normativa jusfundamental autorizaria, segundo difundido entendimento, um sopesamento de interesses, valores ou princípios constitucionais. Contudo, a seu respeito não se podem depreender do sistema constitucional positivo critérios racional-jurídicos que estejam disponíveis para o operador do direito, notadamente para os órgãos jurisdicionais responsáveis pela defesa difusa da ordem constitucional vigente, seja em sede recursal extraordinária, seja em sede abstrata.⁹

Para esse sentido convergiram as reiteradas expressões do poder constituinte brasileiro. Configurou-se uma política constitucional oposta à experiência europeia, notadamente à experiência germânica, na *Grundgesetz*, em cujo texto, consistente e conscientemente, desistiu-se da outorga detalhada dos DESC.¹⁰ Limitou-se, no sistema constitucional alemão, com base não

⁷ Cf. com mais referências juscomparativas: MARTINS (2012: 10-12) especialmente à conhecida sistematização das teorias jusfundamentais por BÖCKENFÖRDE (1976: 238 s.). Cf. criticamente e com clara tendência a “objetivar” (em detalhes a respeito adiante, sob 3.1) as liberdades econômicas com a consequência de proceder a uma prevalência do princípio constitucional do valor social do trabalho (art. 1º, *caput*, IV c.c. art. 170 *caput* CF) sobre o princípio jurídico-objetivo e os direitos fundamentais econômicos individuais: GRAU (2018: 1884 ss.). De outro lado, SCHLINK (2017: 295) demonstra que partir do parâmetro da liberdade formal, jurídica, negativa e individual não obsta a justificação final da imposição dos pressupostos da liberdade real. Cf. adiante no texto.

⁸ Cf. MARTINS, *ibid.*

⁹ Cf., contudo, os expressivos esforços jurídico-dogmáticos e proposta original de vigência de um princípio da “proibição de retrocesso” de SARLET (2018: 293-300; 359-383 e 452-477).

¹⁰ Uma exceção consta no Art. 6 IV GG: pretensão de toda mãe à proteção e assistência da comunidade. Mesmo nesse caso tal pretensão é normalmente ligada à pretensão da mãe a não ser desfavorecida em relação às mulheres que não sejam mães. Nesse sentido, cf. por todos, com referências à jurisprudência, mais especificamente a duas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, respectivamente de 1995 e 2005, que reconheceram como exceção ao princípio geral da não discriminação (negativa e positiva) as prerrogativas de mães no ambiente de prisional à especial visita de cônjuges e filhos e ao adiamento de audiência judicial em processo penal de grávidas: KINGREEN e POSCHER (2017: 212 s.).

por acaso nas más experiências contabilizadas sob a égide da Constituição da República de Weimar, a se positivar o princípio do Estado social (Art. 20 I GG). Contudo, esse princípio implica ordens de fazer direcionadas a todos os titulares de função pública em sentido amplo, a começar pelos órgãos do assim chamado Primeiro Poder.¹¹

Portanto, independentemente da questão sobre a conveniência da consagração também no texto constitucional brasileiro da CF, que está prestes a completar seu 30º aniversário, da outorga direta de amplos direitos fundamentais prestacionais, difusos e coletivos, tais normas são vigentes e dotadas de supremacia normativa, tais quais os direitos fundamentais individuais de liberdade negativa. Não se trata, portanto, de se propugnar ou se defender sua legitimidade material, uma vez que sua normatividade já deriva de sua fundamentalidade formal.¹²

Não obstante, o estudo de sua historiografia (interpretação pela via de fontes normativas não mais vigentes) e gênese (materiais da constituinte e sua conjuntura política) pode ser útil, mesmo que não determinante, à densificação de critérios para aferição de seu cumprimento.¹³ De outro modo, a percepção da normatividade de tais pretensões jurídico-individuais (*status positivus*) marca sobremaneira a ordem constitucional econômica brasileira. A garantia de uma convivência social minimamente próspera e de acesso universal a ela corresponde indubitavelmente à vontade do constituinte. Desse reconhecimento não se pode afastar com levianas e ideologicamente orientadas menções ao *custo* de tais direitos, mesmo que isso não tenha o condão de impugnar eventuais objeções *de constitutione ferenda* relativas à (in)conveniência da opção por tais programas, promessas do constituinte, tendo em vista a experiência germânica exitosa.¹⁴

3. MODELO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

Apesar da vontade constitucional reconhecível em vários *loci* da CF — especialmente nos seus títulos finais retro referidos em prol da construção paulatina de um Estado social —, do sistema normativo constitucional não se deriva

¹¹ Cf. por todos: MICHAEL e MORLOK (2017: 38 s.).

¹² Cf. com referência e debate com a opinião contrária: DIMOULIS e MARTINS (2018: 53).

¹³ Nesse sentido, cf. *

¹⁴ A concretização do princípio do Estado social, tal qual fixado no Art. 20 I GG ao lado dos demais princípios definidores — “A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social” (grifo nosso) — foi possível graças à atuação consistente do legislador formal ordinário que o configurou jurídico-material (Lei Federal Social) e orgânico-processualmente com o estabelecimento e organização da jurisdição especial social-administrativa (ao lado da administrativa geral e financeira).

nenhuma determinação de modelo econômico específico a ser cogentemente adotado.¹⁵ Contudo, os extremos da pura autorregulação pelos agentes de mercado e da regulação imperativa estatal podem ser de plano considerados incompatíveis com a ordem econômica prescrita pelo constituinte brasileiro.

De fato, a CF visa a contemporizar os conflitos macroeconômicos, notadamente entre o capital e o trabalho (art. 170 CF). Mas ela o faz não apenas de maneira tão fundamental. Outorgou os dois direitos fundamentais de *status libertatis* da liberdade profissional-empresarial, no art. 5º, XIII c.c. art. 170, § único CF e da propriedade, no art. 5º, *caput* c.c. art. 5º, XXII CF, com limites muito bem definidos.

Assim, à liberdade profissional-empresarial do art. 5º, XIII c.c. art. 170, § único CF¹⁶ foi acoplada uma reserva legal simples, isto é, que pode ser concretizada pelo legislador ordinário para as mais diversas finalidades lícitas.¹⁷ Em se tratando de reserva legal simples, há uma maior margem de discricionariedade quanto aos meios interventivos a serem utilizados em razão dos propósitos determinados pela instância legislativa ordinária. Esta é democraticamente legitimada a perseguir sua política econômica de longo prazo (política de Estado), em concorrência com a política econômica governamental que, por sua vez, em geral, é de curto prazo e definida pela (passageira) chefia de governo. Para viabilizar a última, a CF previu a espécie normativa *sui generis* da medida provisória (art. 62) que, em suma, é aprovada pelo chefe do Executivo, mas que depende, decorrido um determinado prazo, de anuência do Legislativo. A aludida concorrência ocorre, para além das citadas medidas provisórias, sem embargo das generosas competências constitucionais de iniciativa legislativa e de participação do Executivo no processo legislativo ordinário (arts. 61; 64-68 CF).¹⁸

No caso da limitação ao direito fundamental de propriedade, o sistema normativo constitucional estabeleceu —embora não tenha procedido à escolha por um modelo macroeconômico específico e ao contrário do ocorrido com o direito fundamental à livre iniciativa e profissional— um limite bastante qualificado. Segundo o art. 5º, XXIII CF, a propriedade “atenderá sua função

¹⁵ Cf. da doutrina brasileira nesse sentido: *

¹⁶ Com o seguinte teor: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (art. 5º, XIII CF) e “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, *salvo nos casos previstos em lei*” (art. 170, § único CF). Os destaques não constam nos originais e referem-se à identificação da reserva legal na combinação dos dispositivos.

¹⁷ Sobre o conceito como uma das espécies de limites constitucionais a direitos fundamentais: DIMOULIS e MARTINS (2018: 180) e KINGREEN e POSCHER (2017: 85 ss., 263 ss.).

¹⁸ Cf. DIMOULIS, *.

social”. Como a propriedade é um instituto de direito privado, como tal um direito abstrato (não se confundido com posse ou domínio), a eloquente frase escolhida pelo constituinte somente pode ser, do ponto de vista normativo, traduzida por uma sentença com aproximadamente o seguinte teor: a definição legislativa do conteúdo e das limitações do instituto da propriedade privada deve atender a interesses sociais contrapostos ao caráter, em princípio, exclusivista da propriedade, implicando, desse modo, o cumprimento de sua função social. Trata-se, por essa interpretação, não apenas de um limite constitucional ao direito fundamental de propriedade, como também de uma ordem constitucional ao legislador ordinário de configuração de limites à propriedade individual (posições jurídico-subjetivas a ela subsumíveis) que sejam necessários ao cumprimento da função social. Ocorre que “função social” é um conceito jurídico indeterminado apto a albergar os mais diversos interesses e bens jurídico-constitucionais contrapostos ao tradicional significado civilista —exclusivista— da propriedade privada.¹⁹

Até aqui, o reconhecimento da ausência de um modelo econômico prescrito pela CF desautoriza interpretações que hierarquizem, já abstratamente, liberdades econômicas individuais tuteladas especialmente pelo direito fundamental à liberdade profissional em sentido amplo. Este abrange a livre iniciativa empresarial (tutela do processo de aquisição de bens) e o direito fundamental de propriedade (tutela do resultado do referido processo).+ A seguir, princípios jurídico-objetivos e determinação de objetivos estatais que podem servir de limites aos direitos fundamentais econômicos devem ser interpretados como tais, com consequências jurídico-dogmáticas e metodológicas para o controle de constitucionalidade de atos do poder público em sentido lato neles baseados. Positivamente, limita-se a discricionariedade legislativa e dos órgãos das demais funções estatais na esteira de suas respectivas competências quanto à vedação de omissões junto aos objetivos estatais constitucionalmente prescritos (dimensão jurídico-subjetiva dos DESC) e a direitos fundamentais prestacionais (dimensão jurídico-subjetiva dos DESC); e, negativamente, com vedação de intervenções desproporcionais.

A) *Orçamento e discricionariedades legislativa e governamental-administrativa em face da concretização de direitos fundamentais prestacionais*

De modo bastante detalhado, os art. 165-169 CF normatizam os orçamentos da União. Do ponto de vista da evolução histórica, destacou-se, com propriedade, em comentários ao art. 165 CF, que se trata, em geral, de um “incremento

¹⁹ Cf. MARTINS (2012: 180 e 197-201) e MARTINS (2016). De resto, v. divergência entre coautores e seus argumentos em: DIMOULIS e MARTINS (2018: 79).

da busca da responsabilidade fiscal”.²⁰ O orçamento deixa de ser restrito ao balanço e à organização de receitas e despesas para ser o marco normativo de um “plano de governo”, especialmente tendo em vista a promoção do equilíbrio fiscal imprescindível ao desenvolvimento do Estado social. A essa nova orientação atribui-se a alcunha “princípio de orçamento”.²¹

O programa orçamentário de responsabilidade de cada governo federal eleito em princípio para um interregno de quatro anos compõe-se de três leis orçamentárias: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, mencionadas na literatura jurídica especializada e no debate público com suas respectivas iniciais: PPA, LDO e LOA.

As três leis em pauta devem ser entendidas como um todo integrado: “o orçamento é uno, e, apesar [de] ser apresentando em documentos distintos [...], possui coerência e unidade”.²² Embora exista “na doutrina um acalorado debate” a respeito, um rápido olhar sobre o direito comparado revela tratar-se, no caso de leis orçamentárias, sempre de lei exclusivamente em sentido formal.²³ Diferentemente, não óbvio no direito comparado, mas aceito no direito brasileiro, pelo menos aparentemente sem maiores contestações, é a possibilidade de se controlar —mais precisamente— de o STF controlar a constitucionalidade de tais leis.²⁴

O PPA é lei referente a círculo temporal maior com vistas a “pugnar pela responsabilidade fiscal no uso dos recursos públicos de longo prazo”. Incluídos em tais programas de despesas de longo prazo encontram-se não apenas as tradicionais despesas com capitais, mas especialmente aos programas de duração continuada, como são os programas atinentes, por exemplo, ao fomento da educação e saúde, dois dos principais direitos sociais protegidos pelo art. 6º CF a todo indivíduo que se encontre no território nacional, incluindo estrangeiros nele residentes ou não.²⁵

²⁰ CALIENDO (2018: 1862).

²¹ Cf. *ibid.*, 1863 s.

²² *Ibid.*, p. 1864.

²³ Cf. por muitos: *

²⁴ Cf. as referências a dois julgados do STF por CALIENDO, *ibid.* Na discussão germânica a respeito, v. por todos: *.

²⁵ Se tamanha “generosidade” do constituinte brasileiro ao estender, formalmente, pelo teor do art. 6º CF, a todo estrangeiro, inclusive os não residentes —em trânsito ou turistas— a tutela mais ampla dos direitos sociais, os quais segundo o entendimento aqui defendido são direitos público-subjetivos, individualmente oponíveis judicialmente, foi consciente ou resultado de uma leviandade implícita na não-discussão suficiente das consequências das promessas constitucionais, isso pode ser deixado em aberto. Não deixa de surpreender, entretanto, não o dispositivo individualmente considerado, mas quando contraposto ao teor do art. 5º, *caput* CF que tutelou os direitos fundamentais de liberdade negativa de modo exacerbadamente restritivo: nele tão somente brasileiros e estrangeiros residentes no país são titulares dos direitos funda-

A LDO tem como principal função orientar a elaboração do orçamento anual, fixando metas fiscais, definidas em seu anexo. Por fim, o orçamento para o exercício fiscal (anual) é objeto da LOA que compreende o orçamento fiscal, de investimento das empresas da União e da seguridade social segundo o art. 165, §5º CF.²⁶

Todas essas três leis são de iniciativa do Poder Executivo, nomeadamente do seu chefe, o Presidente da República (art. 165 CF). Isso é plenamente compatível com o regime de governo presidencialista que outorga àquele órgão constitucional da Presidência da República a competência para perseguir com fulcro em seu mandato popular direto de quatro anos, nesse período, uma determinada política condizente com seu plano de governo. Assim, variarão os acentos mais ou menos dirigentes ou liberais de acordo com o mandato popular. Por sua vez, esse poder é sensivelmente contrabalanceado pela competência fixada no art. 166 CF de “apreciação” dos projetos de lei relativos às três leis confiadas às “duas casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum”. Tem-se aqui fixado um modelo coparticipativo em si salutar.²⁷ Por fim, tem vigência também sob a égide da CF, a exemplo do que ocorre com outras constituições, o princípio da soberania do processo legislativo²⁸ para elaboração das leis orçamentárias. Cabe tanto ao Congresso Nacional quanto ao Poder Executivo que daquele participa com sua competência de iniciativa uma ilimitada margem discricionária material. Os titulares da função jurisdicional constitucional —nomeadamente, o STF— podem proceder no máximo ao controle de sua constitucionalidade formal.

Em face da concretização dos direitos fundamentais prestacionais, dos DESC, que como visto também correspondem a objetivos estatais constitucionalmente prescritos, apenas uma sistemática omissão, na prática não observável, levaria a uma censura a partir de ação de inconstitucionalidade por omissão que tivesse por objeto específico uma das espécies de leis orçamentárias. Tais ações podem ser judicializadas apenas junto às abstenções inconstitucionais

mentais, por exemplo, de status *negativus* e de garantias constitucionais processuais. O dado normativo é que todos os direitos fundamentais sociais elencados no art. 6º CF à *educação, saúde, alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, lazer, à segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados* foram outorgados universalmente. Em que pese a óbvia limitação de recursos, toda pessoa em trânsito pelo território nacional é titular desses direitos. Cf. discussão em DIMOULIS e MARTINS (2018: 93 ss.).

²⁶ Cf. CALIENDO (2018: 1866).

²⁷ Que, todavia, como muito bem observado por CALIENDO (2018: 1870) por ocasião do uso do instrumento das “emendas às leis orçamentárias”, propostas por parlamentares (de bancadas pertinentes à base aliada do governo federal), no contexto do presidencialismo de coalizão brasileiro, por vezes jocosamente chamado de presidencialismo de cooptação, “foi traído por interesses inconfessáveis e contrários ao texto constitucional”.

²⁸ Cf. *.

relativas à falta de organização e procedimento²⁹ para a concretização dos DESC, mas não para a definição das prioridades orçamentárias. Estas caem na absoluta margem discricionária do Legislativo Federal. Por isso, eventuais proposições de controle abstrato nesse sentido deveriam ser, de plano, descartadas pelo STF, ou seja, já na fase do seu juízo de admissibilidade.³⁰

B) *Orçamento e pacto federativo*

O federalismo brasileiro é reconhecidamente muito fraco. As principais competências legislativas, por exemplo, são da competência da União, restando aos Estados-membros e aos municípios —também muito sem precedentes nos Estados federados contemporâneos— competências legislativas concorrentes e/ou subsidiárias.

Faz parte desse reconhecimento da fraqueza do federalismo, como forma de organização do Estado oposta ao Estado unitário, o chamado “princípio da simetria”, defendido pela quase unanimidade dos autores.³¹ À luz de tal princípio, busca-se repercutir, nas constituições e leis estaduais e nas leis orgânicas municipais, a mesma dinâmica da organização da União, especialmente no que tange ao funcionalismo público. De um lado, inconvenientemente ao ideal de soberania —ou pelo menos de autonomia— relativa dos entes federados, esse princípio pode ser aplicado com o escopo de manter prerrogativas e privilégios de órgãos federais ao nível estadual e municipal em sintomática deferência ao patrimonialismo brasileiro, historicamente atrelado ao poder central.

Porém, de outro lado, ele pode ser aplicado em plena consonância com uma interpretação mais democrática e republicana da CF, desde que com o seguinte foco: para o cumprimento de objetivos e metas constitucionalmente prescritos (*Staatszielbestimmungen*), tais como especialmente aqueles definidos no art. 3º, II e III CF. Com efeito, a simetria propugnada para a elaboração das leis orçamentárias entre os entes federativos União, Estados-membros e Municípios poderá contribuir para a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II CF) e para erradicar a pobreza e a marginalização e para “reduzir as desigualdades sociais e *regionais*” (art. 3º, III CF, grifo nosso).

4. CRÍTICA E ALTERNATIVA

Dados a não fixação de um modelo econômico pela CF e o necessário exame da constitucionalidade da política legislativa e das políticas públicas perpetradas

²⁹ Ou seja, junto à sua estruturação normativa. cf. a respeito, a impressionantemente exhaustiva elaboração justeórica de ALEXY (1994: 179-182; 402 ss., 428 ss. e, no que tange aos direitos prestacionais em sentido estrito ou “direitos fundamentais sociais”: p. 454 ss.).

³⁰ Cf. *

³¹ Por exemplo, v. *

pelo Executivo —as quais, idealmente, deveriam ter como lastro diretrizes previamente determinadas pelo legislador ordinário (política de Estado e não políticas públicas sazonais dependentes de acentos e vontades governamentais)—, a análise deve recair, primeiro, sobre o estado da arte da discussão. Na sequência, contrapõe-se àquele uma correta classificação dogmática da relação entre direito objetivo constitucional econômico e direitos fundamentais para, ao final, apresentar-se uma alternativa.

A) *Eclétismo nominalista e unilateralismo na interpretação do direito constitucional econômico brasileiro*

Já se verificou anteriormente que a CF não adotou um determinado modelo econômico entre as normas que compõem sua ordem objetiva. Muito menos sistemicamente pode-se depreender uma correspondente decisão. Isso que já é comum até mesmo em constituições contemporâneas de perfil mais sintético, é muito menos estranho a constituições dirigentes como a CF.

Sem embargo, destacam-se duas tendências hermenêuticas na interpretação da ordem econômica fixada pela CF. Primeiro, há uma tendência, não obstante o necessário registro de salutares exceções, aqui denominada eclétismo nominalista: abordagens retóricas, descomprometidas com o enfrentamento dos reais problemas constitucionais, sobretudo dos dilemas normativos que marcam a ordem constitucional econômica. Tais abordagens agarram-se nos mais variados fundamentos teóricos, expressando um eclétismo metodológico que com propriedade já foi severamente atacado.³²

Uma segunda tendência relaciona-se a um unilateralismo que poderia ser observável em constituições ideologicamente ortodoxas. Sua característica central é a desistência de elaboração, demonstração e aplicação de método racional-jurídico e um patente comprometimento ideológico. Certamente, há abordagens liberal-ortodoxas, igualmente comprometidas ideologicamente, mas, desde a redemocratização brasileira, o engajamento pelas ideias da Constituição “dirigente” tem dominado os debates.

É certo que o adjetivo “dirigente”, marcado originalmente pelo constitucionalista lusitano J. J. Gomes CANOTILHO,³³ pode ser aproveitado em uma acepção não comprometida ideologicamente. De fato, como já retro assentado, a Constituição brasileira é analítica, “dirigente” no sentido de determinar uma Constituição também da —e para a— sociedade, especialmente com suas detalhadas diretrizes positivadas no título da ordem social.

Contudo, essa característica da CF não chancela a conclusão de que a interpretação da livre iniciativa leve à sua compreensão como sendo exclusivamente

³² Cf. *

³³ Cf. CANOTILHO (2001).

um princípio jurídico-objetivo equiparado ou, melhor, como subcategoria do princípio jurídico-objetivo representado pelo “valor social do trabalho”.

O art. 1º, IV CF estabelece como fundamentos da RFB “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Por sua vez, no art. 170, *caput* CF que abre o título VII da ordem econômica e financeira sob a epígrafe do capítulo I, “dos princípios gerais da atividade econômica”, determina que ela é “fundada *na* valorização do trabalho *e na* livre iniciativa” (grifo nosso).

Uma leitura ideologicamente ortodoxa que se faz desse microsistema normativo constitucional, contemporaneamente reiterada em comentários ao art. 170, *caput* CF, dá-se no sentido de não reconhecer a aparente relação de oposição e tensão, notadamente entre capital/livre iniciativa e trabalho, mas de sujeição dos primeiros ao último. Nesse sentido, GRAU sustenta que:³⁴

Não é isso [leitura supostamente equivocada de opor os “valores sociais do trabalho” à “livre iniciativa”], no entanto, o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o *valor social* da livre-iniciativa. Isso significa que a livre-iniciativa não é tomada [...] como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso (grifo nosso).

O primeiro problema aqui —implícito, sobretudo, na passagem grifada— é a extração de um sentido que o teor do art. 170, *caput* em si —e tendo em vista os elementos linguísticos antes destacados (preposição “em”; conjunção “e”)— não permite. Os fundamentos são, primeiro e, sim, *de um lado*, a valorização do trabalho, como meta constitucionalmente prescrita ao Estado, não o valor em si (ontológico) e, *de outro*, a livre iniciativa em sua qualidade de princípio jurídico-objetivo, mas não sua suposta acepção de valor social. A interpretação *funcionalista*³⁵ do último princípio resta patente na conclusão pela restrição do bem jurídico-constitucional ao “quantum” que ela expressaria em termos de “socialmente valioso”.

Em decorrência dessa leitura que nega uma relação de tensão (*Spannungsverhältnis*) tão recorrentemente reconhecida em ordenamentos jurídico-constitucionais de perfil democrático e social-democrático,³⁶ o autor sustenta que a livre iniciativa, por ser “termo de conceito extremamente amplo”, implicaria o seu não esgotamento “na liberdade econômica ou de iniciativa econômica”.³⁷

Isso está correto. Não fosse assim, haveria *bis in idem* no texto constitucional, pois as liberdades econômicas individuais exercíveis por pessoas físicas

³⁴ GRAU (2018: 1884).

³⁵ Cf. sobre essa teoria dos direitos fundamentais alcunhada de “funcional-democrática”, com amplas referências à conhecida sistematização de BÖCKENFÖRDE (1976) e à respectiva crítica: MARTINS (2012: 25-27).

³⁶ Cf., por exemplo: *

³⁷ GRAU (2018: 1884).

ou jurídicas encontram-se todas implícitas na tutela no art. 5º, XIII CF e no § único do art. 170. O último contém uma outorga de direito fundamental individual fora do catálogo dos direitos fundamentais individuais do art. 5º CF.

Na sequência, contudo, ao discorrer sobre sensibilidade e acessibilidade, em alusão à importância da presença dos pressupostos e condições para o exercício das liberdades individuais, com vistas à concretização da chamada “liberdade real”,³⁸ o autor mistura inadvertidamente dois ou até três problemas jurídico-constitucionais, que são teórica e dogmaticamente distintos entre si. Primeiro, mistura a dogmática das metas ou objetivos prescritos ao Estado social a partir de princípios jurídico-objetivos, tais quais previstos em dispositivos como a norma em tela do art. 170 CF. Em segundo lugar, mistura teoria ou fundamentos jusfilosóficos dos direitos fundamentais com a dimensão jurídico-objetiva e com a dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais, jurídico-dogmaticamente construídas.³⁹

Isso porque, se é certo que o constituinte ao lado da liberdade jurídica (formal, negativa) contemplou, em vários *loci* do texto constitucional, a liberdade real por intermédio de determinações de princípios, metas e objetivos, não é menos certo que não deixou de tutelar também a liberdade econômica negativa. É o que fez não apenas na qualidade de princípio jurídico-objetivo (livre iniciativa), mas também como direito fundamental do art. 5º, XIII. Do mesmo modo, procedeu com o valor social do trabalho ao garantir o direito ao trabalho como direito fundamental social, individualmente reivindicável diretamente apenas contra os poderes constituídos.

Prossegue o autor afirmando —e, nesse ponto, com propriedade— que “o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica”, para, todavia, adiante cravar que a “liberdade, amplamente considerada, [...] liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem”.⁴⁰ Trata-se de um notório flerte com a tese do direito natural, aplicável para ele somente à liberdade real que, no seu entendimento, é objetiva, independente de relações jurídico-subjetivas concretas, individuais, mas não às liberdades de *status negativus*. Aliás, a própria liberdade de iniciativa é para ele liberdade objetiva, não indo além do princípio do valor —ou a ser mais precisamente identificável, da meta da valorização— social do trabalho.⁴¹

“A liberdade de iniciativa [...] é um dos desdobramentos da liberdade. E, porque assim é [...] não está ela unguida à propriedade. Nem a toma, a

³⁸ Ao que, aqui, não se opõe nenhuma objeção. Mas ela não autoriza por si uma objetivação da liberdade. Cf. MARTINS (2012: 10-12).

³⁹ *

⁴⁰ GRAU (2018: 1885).

⁴¹ *Ibid.* Trata-se, certamente, na passagem junto à qual se inseriu o “sic”, de um erro material, pois é o Título II da CF —não o III— que contém o rol de direitos e garantias fundamentais.

Constituição, já observei, como direito fundamental, entre aqueles inscritos no seu Título III [sic]. Não se trata, pois, no texto constitucional, de atributo conferido ao capital ou ao capitalista, porém à empresa. De resto, repita-se, não é ela atributo conferido exclusivamente à empresa”.

Nessa passagem, há generalizações, misturas e equívocos conceituais que não têm como serem todos ora individualmente impugnados. Apenas: é óbvio que a liberdade de iniciativa não é de titularidade do “capital ou do capitalista”, como é óbvio que ela caiba também —e precipuamente— à pessoa física; não apenas à empresa.

Para entender essa conclusão que dificilmente poderia ser mais genérica e vaga e a defesa da ortodoxia ideológica de político-econômica por ela buscada, deve-se citar outra passagem que lhe antecede: “a livre-iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho”. Quem contestaria essa procedente tese? Mas, na sequência, discorre:⁴²

“Daí por que o art. 1º, IV [CF] —de um lado— enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre-iniciativa e —de outro— o seu art. 170, *caput* coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado”.

Faltou apenas *a contrario sensu* completar com algo como “... enquanto o segundo não”; ou, como já citado, apenas na medida da total absorção da livre-iniciativa pelo trabalho.

Ao mencionar os art. 1º, IV e 170, mas deixar de lado o direito fundamental à liberdade profissional individual, cuja titularidade cabe a pessoas físicas e jurídicas, especialmente na combinação do art. 5º, XIII com o § único do art. 170 CF, o autor ignora solenemente a não menos normativa dimensão jurídico-subjetiva do direito fundamental. A mistura entre direitos fundamentais, suas dimensões objetivas, de um lado, e princípios jurídico-subjetivos, de outro, persiste em toda a redundante argumentação.

O constituinte determinou a *valorização* do trabalho, mas não da livre-iniciativa, justamente por conta de ser o primeiro um princípio jurídico-objetivo que implica o imperativo deontológico “fazer”, ao passo que o princípio da livre iniciativa serve de contraponto negativo na sua aplicação conjunta com o direito fundamental do art. 5º, XIII CF, direito subjetivo de resistência à —ou à abstenção de— intervenção estatal desproporcional.

Não se deriva desse microssistema normativo constitucional *nenhuma restrição ao poder discricionário* das instâncias políticas, que é comum em constituições ortodoxas. Não há uma opção implícita por um modelo econômico presente nas economias nacionais planejadas. Em tais manifestações, aflora a aversão ao sempre tão hostilizado mercado. O mercado é, porém,

⁴² *Ibid.*

“no mundo do ser”,⁴³ inexorável, até mesmo em economias planificadas. Relevante é investigar se o grau de intervenção e dirigismo estatal na economia de mercado ainda ocorre dentro de uma margem discricionária que observe o direito de resistência jusfundamentalmente tutelado da liberdade de iniciativa, comercial, industrial, enfim empresarial (liberdade profissional), de cada pessoa física e jurídica individual, titulares do direito fundamental decorrente do art. 5º, XIII c.c. art. 170 § único CF. Nesse contexto, há uma margem discricionária ao legislador para que ele persiga o cumprimento dos objetivos estatais constitucionalmente prescritos ao mesmo tempo em que observe a proporcionalidade de suas intervenções nos direitos fundamentais econômicos individuais dos agentes econômicos. Dentro dessa margem, poderá ser implementada uma política mais ou menos intervencionista, mais ou menos à esquerda ou à direita do espectro político-partidário ideológico que se enquadre no programa normativo do Estado constitucional de direito sem a pretensão de conquista de hegemonia permanente, mas, ao contrário, em observância ao princípio do pluralismo político com sua implícita possibilidade e conveniência de alternância no poder.

B) *Direito objetivo econômico e direitos fundamentais de liberdade negativa e prestacionais*

Não havendo aqui espaço para um tratamento exaustivo da relação entre direito constitucional econômico objetivo e direitos fundamentais, ainda não devidamente identificada na discussão brasileira, a abordagem restringe-se às linhas gerais de tal relação, tendo em vista a força normativa dos direitos de liberdade negativa, dos DESC e seu enfrentamento pela jurisdição constitucional.

a) *Eficácia de direitos fundamentais sobre o sistema econômico.* Sobre a implicação de alguns direitos fundamentais no sistema econômico, tem-se, em apertada síntese:

A liberdade profissional-empresarial deve ser sempre observada por legislações interventivas e interpretações de leis ordinárias pelo Executivo e Judiciário que, igualmente, signifiquem intervenções nesse direito fundamental.⁴⁴ Qualquer legislação que busque perseguir os propósitos predeterminados pela parte programática da CF, protetora de vários valores constitucionais, deve poder ser testada, em qualquer tempo, como potencialmente violadora do direito fundamental decorrente do art. 5º, XIII c.c. art. 170, § único CF. No caso extremo, tal exame pode levar à declaração de nulidade de uma lei que tenha por finalidade configurar os discutidos objetivos constitucionais.

⁴³ Como GRAU, *ibid.*, p. 1880, tanto preza afirmar, em oposição ao mundo do dever ser: os comezinhos *sein* e *sollen* kelsenianos.

⁴⁴ Cf. em geral: MARTINS (2012: 159-179).

O mesmo vale para o direito fundamental de propriedade com a peculiaridade já aventada de que a configuração de sua função social não se encontra, ao contrário da reserva legal à liberdade profissional-empresarial, à livre disposição do legislador. Ele não está apenas cerceado do ponto de vista do suporte fático do direito fundamental à propriedade privada, como também em relação ao seu limite constitucional, no qual está implícito um dever de prestação legislativa.⁴⁵

No mais, ao lado de leis gerais que busquem impor à propriedade privada obrigações relativas aos bens jurídicos com ela conflitantes em prol da concretização da sua função social (art. 5º, XXIII CF), há também, como instrumentos constitucionais de limitação, a desapropriação (art. 5º, XXIV CF) e a chamada requisição de uso (art. 5º, XXV CF).

Os direitos fundamentais à saúde, à previdência social, à proteção do consumidor e do meio ambiente ecologicamente equilibrado no mundo empresarial e laboral funcionam, a par de sua óbvia função jusfundamental de determinar prestações legislativas e materiais a todos os órgãos estatais, começando pela instância legislativa, como limites dos direitos fundamentais de liberdade individuais. Eles têm, portanto, o condão, presentes determinadas condições, de justificar intervenções mais ou menos intensas a depender do traçado — a ser sempre verificado — do critério da necessidade e da com ele aqui identificada proibição de excesso.⁴⁶

A liberdade de comunicação social em relação ao dever de o Estado promover o pluralismo e a diversidade dos meios de comunicação social é, igualmente, parâmetro jusfundamental de dimensão jurídico-subjetiva capaz de opor resistência, *não peremptória*, a intervenções estatais legislativas (porque podem ser justificadas, desde que proporcionais) que tenham o escopo de configurar, por exemplo, o Capítulo 3 da Ordem Social, intitulado “Da Comunicação Social”.⁴⁷

b) *Força normativa dos direitos econômicos, sociais e culturais no mundo laboral*. Relativamente à força normativa dos DESC no mundo econômico-laboral, a CF fixou os art. 7º - 11. O art. 7º é composto por 34 incisos, nos quais se encontram elencados os direitos fundamentais dos trabalhadores, que

⁴⁵ Cf. MARTINS (2016).

⁴⁶ Cf. DIMOULIS e MARTINS (2018: 245-255). A opinião majoritária ainda identifica a proibição de excesso com a aplicação do exame de proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, v. MICHAEL e MORLOK (2017: 303-314).

⁴⁷ V., por exemplo, dentre as várias normas que compõem o capítulo, os art. 220-224 CF, a determinação, no art. 221, dos princípios que devem nortear a “produção e a programação das emissoras de rádio e televisão” (art. 221, *caput*), dentre os quais: “[...] III. regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei” (art. 221, III CF).

são oponíveis, pelo menos aparentemente segundo seu teor, diretamente aos empregadores. Haveria —graças à referida impressão suscitada pelo teor dos dispositivos constitucionais ora considerados— uma eficácia horizontal direta que, por definição, dispensaria, em larga medida, uma legislação trabalhista ordinária.⁴⁸

A constitucionalização de direitos subjetivos outrora não dotados de fundamentalidade formal, no sentido de se trazer ao texto constitucional —como ocorre no caso que aqui interessa— boa parte dos direitos trabalhistas, é comumente festejada como um avanço por representar uma característica reconhecidamente “progressista” do mesmo texto constitucional. Mas, como toda constitucionalização, também essa tem o condão de engessar o diuturno debate político, torna relativamente incerto o papel do direito trabalhista como ramo do direito ordinário e inibe o avanço periódico da legislação.⁴⁹

A consequência pode ser a geração de efeitos colaterais indesejados como o —agora, como recorrentemente, em debate— desestímulo à abertura de vagas formais de trabalho por empresas de pequeno porte (*startups*), por exemplo, as quais são tratadas da mesma forma como as grandes empresas. O resultado concreto é o avanço, por vezes verificado, das atividades econômicas informais e, assim, não cobertas pelas generosas garantias constitucionais.⁵⁰ A força normativa de tais direitos trabalhistas acaba revelando-se fraca por operar com a dicotomia sociológica da inclusão versus exclusão do pertencimento a estruturas formais de emprego.⁵¹

c) *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de regulação econômica.* No papel de guardião da CF, pressupondo-se a devida provocação pelos instrumentos processuais do controle abstrato de normas ou em sede de controle incidental recursal, o STF pode cassar a validade de leis ordinárias formal e/ou materialmente inconstitucionais.⁵² Como o parâmetro constitucional pode ser norma pertinente à descrita parte programática, o STF pode, em tese, declarar nula norma incompatível com a CF. Quando o parâmetro normativo constitucional determinar uma obrigação de observância (*não fazer*), uma declaração de nulidade ou outra forma utilizada de mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo menos tende a resolver o problema por resgatar o *status quo ante*, sendo imediatamente efetiva.⁵³

⁴⁸ Cf. *

⁴⁹ Sobre o aludido engessamento, v. *

⁵⁰ Sobre o impacto de garantias constitucionais trabalhistas no mercado de trabalho como um todo, cf. *.

⁵¹ Sobre a dicotomia de lastro teórico-sociológico sistêmico, v. em geral NEVES (*).

⁵² Cf. art. 102, I, a) e art. 102, III CF e, na literatura especializada, por todos DIMOULIS e LUNARDI (2017: 101 ss., 268 ss.).

⁵³ Cf. *ibid.*, p. 191-194.

Todavia, os problemas começam com a eventual verificação pelo STF de uma omissão inconstitucional de responsabilidade do legislador. Nesse caso, a eficácia jurídica limita-se a uma ordem de fazer, enquanto a efetividade dependerá do cumprimento daquela ordem pelo Poder Legislativo.⁵⁴ Quando a omissão for da responsabilidade de órgão do Poder Executivo, a CF determina, em seu art. 103, §2º, o prazo de 30 dias para se suprir a omissão, caso em que a efetividade estará, em princípio, garantida.⁵⁵

Em face da soberania orçamentária do Legislativo, a clara tendência já anteriormente aludida é de o STF ultrapassar os limites de sua competência constitucional. Recentemente, o STF julgou, em decisão não unânime, improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) movida por uma entidade de classe de âmbito nacional representativa de magistrados da Justiça do Trabalho contra dispositivos da LOA, anteriormente analisada, que limitavam a transferência de recursos à Justiça trabalhista.⁵⁶ A autora da ADI procurou fundamentar seu pedido de declaração de inconstitucionalidade, em suma, na alegação de abuso do poder legislativo. Traduzindo⁵⁷ para o que seria um possível fundamento constitucional: as restrições orçamentárias comprometeriam a capacidade orgânico-funcional da Justiça do Trabalho representada pela autora.

Duas observações:

Primeiro, deve-se aquiescer à opinião da maioria dos membros do STF que acompanhou o relator. Porém, não há como saudar a decisão pelo conhecimento ou admissão a julgamento da ADI. O único voto contrário ao conhecimento da ação não se valeu do fundamento correto que seria o não cabimento da ADI na espécie, mas não o nele afirmado fundamento da ilegitimidade *ad causam* da autora.

Segundo, quanto ao mérito, especificamente quanto aos fundamentos do voto do relator, não haveria necessidade de enfrentar-se a genérica alegação de violação pelo Legislativo da separação de poderes por suposto abuso de suas competências e do poder de legislar. Ou seja, propôs-se um controle da constitucionalidade material e não o possível controle restrito apenas à constitucionalidade formal com exame do cumprimento dos requisitos constantes no art. 165 ss. CF. Deveria, portanto, ter sido rechaçada liminarmente a ADI por não ser cabível.

Todavia, muito significativo foi o tratamento da “deferência” supostamente devida pelo STF ao Legislativo, argumento muito central constante da funda-

⁵⁴ Cf. *ibid.*, p. 139-141.

⁵⁵ Principalmente porque se pode, então, responsabilizar administrativamente o órgão competente omissor.

⁵⁶ STF-ADI 5468/DF, de 30/06/2016, rel. Min. FUX; Plenário.

⁵⁷ *

mentação do voto do relator e, mais significativamente ainda, parcialmente impugnado em outro voto que, contudo, acompanhou-o em sede de conclusão pela improcedência da ADI, nos seguintes termos:⁵⁸

“entendo que é salutar e merece todos os elogios, como já disse, a briosa altivez da magistratura do trabalho de trazer ao debate essa questão, [...] e, nessa hora, se esta Corte também faz deferência ao parlamento, é preciso que se veja essas circunstâncias em *via de mão dupla*. O parlamento *também há de fazer deferência* às legítimas necessidades da prestação jurisdicional (grifos nossos)”.

Certamente, o magistrado, em seu voto, não quis dizê-lo, muito menos deve tê-lo pensado. O trecho citado, porém, tem o condão de sugerir ao leitor mediano que se trata de *quid pro quo*, típico de estruturas patrimonialistas de poder. Até porque na exordial apresentada pela autora tratou-se, inclusive, em suposta “retaliação” que teria partido do legislador, signo de total politização do processo de controle abstrato de normas.

No caso de ambos os votos, vale: o conceito de deferência é absolutamente estranho à espécie. Deferência presta-se ou não, nas esferas pessoal e institucional, quando se tem uma margem discricionária, o poder, para fazê-lo. Aqui, deveria tratar-se apenas de exercer devidamente o papel de guardião da CF. É uma questão de delimitação de competência de outrem e, diante da ausência de outro órgão de controle do STF, de autocontrole.

d) *Reflexos sobre os demais órgãos jurisdicionais*. Quanto ao reflexo sobre as decisões judiciais monocráticas das regras constitucionais a respeito dos direitos fundamentais sociais e da jurisprudência do STF, há uma tendência, reforçada após a promulgação, no ano de 2016, do novo Código de Processo Civil, a se fixar o precedente judicial, especialmente de tribunais superiores e do STF, como vinculantes. Essa transformação no sistema de fontes do direito ainda é incipiente e os seus resultados ainda não podem ser prognosticados. No entanto, hoje, verifica-se uma grande aleatoriedade na prática jurisprudencial que é incompatível com o princípio do Estado de direito.⁵⁹

C) *O modelo alternativo da autorregulação regulada*

A alternativa é um modelo regulatório da Economia que, em face dos parâmetros constitucionais que contrapõem direitos fundamentais de liberdade, de um lado, e tarefas e objetivos estatais, de outro, combina elementos de autorregulação e de regulação imperativa estatal.

Trata-se de um modelo que já foi oportuna e corretamente alcunhado de autorregulação regulada (*regulated self-regulation*)⁶⁰, tendo sido implemen-

⁵⁸ *Ibid.*, inteiro teor do acórdão, p. 59 de 137.

⁵⁹ Cf. crítica exarada e sua fundamentação em: MARTINS (2017).

⁶⁰ Cf. a respeito: SCHULZ e HELD (2004: 62-81).

tado com mais ou menos sucesso em Estados democráticos desenvolvidos e respectivamente dotados de pujante Economia Popular.⁶¹

A combinação dos dois modelos regulatórios opostos e extremos visa a superar as insuficiências de ambos. Assim, se a pura autorregulação revela-se fraca no que tange ao cumprimento das expressas metas constitucionais nos âmbitos econômico, social e cultural, a regulação imperativa estatal é tão ineficaz em face das aludidas metas quanto tendente a violar os direitos fundamentais individuais econômicos justamente por neles intervir de maneira desproporcional (violadora da vedação de excesso).⁶²

No quadro geral da autorregulação regulada, usam-se mecanismos pertinentes à criação de órgãos fiscalizadores a serem certificados pelo Estado ou códigos de conduta autodeterminados pelos atores de mercado. Os instrumentos típicos da regulação imperativa estatal permanecem no inventário subsidiário de instrumentos coercitivos para o alcance dos objetivos constitucionalmente fixados (*big stick in the background*).⁶³

O modelo da “autorregulação regulada” foi especialmente aplicado no contexto da regulação da comunicação social. Nesse âmbito, ele pode manifestar-se por meio de —pelo menos— três espécies diferentes. Cada uma delas centraliza o uso dos instrumentos da autorregulação regulada em torno de um instrumento principal. Desse modo, existem as três seguintes variantes do modelo geral: o registro de códigos de condutas, o organizacional (certificação estatal da entidade autorreguladora) e o modelo de supervisão praticado, notadamente, na Grã-Bretanha.

a) *Principais ferramentas*. Entre os principais instrumentos da “autorregulação regulada” na comunicação social, destaquem-se os seguintes:⁶⁴

⁶¹ Cf. *ibid.*

⁶² Defende-se a aferição da violação de excesso majoritariamente afeita ao terceiro critério constitutivo do princípio da proporcionalidade da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação (nesse sentido: SARLET, 2018: 416-418). Contudo, com ganho racional-jurídico pode ser aferida no critério anterior da necessidade: cf. a fundamentação por DIMOULIS e MARTINS (2018: 209-213).

⁶³ A não desistência da regulação imperativa, como recurso subsidiário, pode ser entendida como uma busca de harmonização entre o cumprimento de deveres de proteção, principalmente legislativos. Tais deveres de proteção implicam limites específicos ao direito fundamental de comunicação social em sua dimensão jurídico-subjetiva (adequação do meio interventivo legislativo), de um lado, e o princípio da vedação de excesso (necessidade) com a abertura da oportunidade de os próprios atores de mercado buscarem cumprir, por intermédio dos instrumentos da autorregulação, os propósitos constitucionais restritivos de suas liberdades, de outro lado.

⁶⁴ Cf. SCHULZ e HELD (2004) e MARTINS (2003).

a) Registro e certificação de códigos de conduta: Códigos de conduta são compostos por entidades representativas dos órgãos da “mídia eletrônica” e ficam submetidos à apreciação do órgão regulador estatal;

b) Poder do regulador de exigir atualização das medidas de autorregulação, como, por exemplo, a atualização do código autorregulador em face de novos desenvolvimentos do setor;

c) Possibilidade jurídica do órgão estatal regulador de tomar medidas no caso de fracasso da autorregulação. A lei especial poderia criar regras que excluíssem órgãos que se recusassem a cumprir espontaneamente o código, com a consequência de serem aplicados a eles um código elaborado pelo órgão regulador estatal (cláusula da “ovelha negra”);

d) Avaliações periódicas da implementação do processo de autorregulação e “*Sunset Clauses*”;

e) Utilização e criação de incentivos: Quanto mais os interesses dos órgãos regulados forem observados no processo de regulação, mais adequado será esse meio de intervenção. Porém, deve haver sempre um “*heavy stick in the back-ground*”⁶⁵ para que se possa falar em autorregulação regulada e não em pura autorregulação;

f) Fixação de qualificações e outros pré-requisitos para a implementação da autorregulação;

g) Garantia de direitos para grupos especiais como contraponto a grandes conglomerados midiáticos;

h) Uso das reclamações de consumidores como fonte de controle dos procedimentos;

i) Garantia da publicidade de todo o processo de autorregulação e seu funcionamento (transparência de atores e procedimentos);

j) Criação de centros de informação de livre acesso para órgãos da comunicação social e cidadãos (consumidores);

k) Intercâmbio em seminários de atualização abertos a todos os atores interessados;

l) *Consulting* em autorregulação;

m) Criação de diretrizes básicas para todo o processo de implementação e execução;

n) Ligação a procedimentos de controle de qualidade eventualmente existentes;

o) Incentivo à regulação comportamental interna da empresa de comunicação social;

p) Oferta aos órgãos de avaliação pelo órgão regulador estatal;

⁶⁵ Como aludido, o conceito do paradigma é incentivar a autorregulação, sem se desistir do poder fiscalizador do Estado. Sobre esta expressão, cf. SCHULZ e HELD, *op. cit.*, p. 64.

q) Patrocínio da autorregulação pelos órgãos reguladores estatais que poderiam oferecer espaços e estruturas para cursos e seminários de atualização a todos os interessados, especialmente a enviados de entidades representativas dos órgãos de comunicação social; etc.

b) *Combinações e sistematização das ferramentas: consolidação de variantes do modelo.* As mencionadas variantes do modelo geral (que representam simplificações, pois podem ser mesclados) são constituídos a partir de um instrumento principal e de sua combinação com os demais instrumentos disponíveis.

Assim, a primeira variante do modelo de código de condutas vigente, sobretudo, na Austrália,⁶⁶ tem como ponto de partida e centro o registro de códigos de condutas.

Por sua vez, a segunda variante do modelo organizacional, mais em voga na Alemanha,⁶⁷ o foco recai não sobre o código, mas sobre a certificação da organização representativa das entidades privadas que configurem a autorregulação.

Finalmente, na terceira variante do modelo da supervisão, utilizado, como aludido, na Grã-Bretanha,⁶⁸ dá-se maior ênfase na autorregulação que é o seu ponto de partida. Trata-se da intervenção estatal de menor intensidade, pois o órgão estatal regulador é visto como um mero coadjuvante do processo autorregulador.

5. CONCLUSÃO

O modelo de autorregulação regulada pode superar com seu grande potencial instrumental os tão desgastados e improfícuos debates em torno do tamanho adequado do Estado na Economia Popular. Esse é um assunto para o legislador ordinário, que deve decidi-lo autodeterminadamente. O legislador responde, no entanto, politicamente ao seu mandante, o povo. Justamente por isso, tem uma discricionariedade tão ampla quanto necessária ao cumprimento de seu escopo e função constitucionais.

A consequência de tal salutar autêntica divisão de tarefas é tirar a sobrecarga da tomada de decisões eminentemente políticas da cúpula do Poder Judiciário,

⁶⁶ Cf. o estudo do caso Austrália com uma análise bastante aprofundada em: SCHULZ e HELD (2002: 21-38).

⁶⁷ Testado por SCHULZ e HELD, *ibid.*, p. 79 ss., principalmente em face da contemporização entre a liberdade de radiodifusão, de um lado, e a proteção da juventude e da autodeterminação informacional, de outro.

⁶⁸ Com a acepção mais liberal das variantes do modelo de autorregulação regulada: ao lado da variante do modelo centrada em códigos de conduta ou em organizações certificadas, a variante britânica é focada na mera supervisão do cumprimento de metas e na oferta de aconselhamento. Cf. SCHULZ e HELD (2002: 95 s.).

responsável no Brasil pelo controle vinculante de constitucionalidade de leis e suas interpretações e aplicações por todos os órgãos do Executivo e do próprio Judiciário. Tirar-se-ia a sobrecarga de decisões sobre “casos difíceis” também dos últimos mencionados, que são órgãos estatais vinculados à lei e à ordem constitucional vigente, tendo a competência de descarte normativo que ainda não é monopolizada pelo STF.

Portanto, recomenda-se o estudo aprofundado das bases do modelo de autorregulação regulada, de seus instrumentos e de suas ferramentas com vistas à sua apresentação aos atores políticos competentes. Viabilizar-se-ia dessa maneira, a entrada do modelo ora apresentado nas respectivas agendas programáticas.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, ROBERT: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ANSCHÜTZ, GERHARD: *Drei Leitgedanken der Weimarer Verfassung*, Mohr: Tübingen, 1923.
- BINENBOJM, GUSTAVO: *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro et al.: Renovar, 2006.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, in: BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.
- CALIENDO, PAULO: “Comentários ao art. 165-169”, in: CANOTILHO, J.J. GOMES et al., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 1862-1877.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES: *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DIMOULIS, DIMITRI e LUNARDI, SORAYA: *Curso de processo constitucional*, 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2017.
- DIMOULIS, DIMITRI e MARTINS, LEONARDO: *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 6. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2018.
- GRAU, EROS ROBERTO: “Comentários ao art. 170, caput.”, in: CANOTILHO, J.J. GOMES et al., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.
- GUERRA, SÉRGIO (Org.): *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*, São Paulo: FGV Editora, 2013.
- KINGREEN, THORSTEN e POSCHER, RALF: *Grundrechte*, Staatsrecht II. 33. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

- MARTINS, LEONARDO: “Eigentum verpflichtet auf Portugiesisch. Was kann die brasilianische Verfassungsrechtswissenschaft vom angewandten Art. 14 Absatz 2 Grundgesetz lernen?”, in: PLÖSE, M.; FRITSCH, T.; KUHN, M.; LÜDERS, S., *Worüber reden wir eigentlich? Festgabe für Rosemarie Will*, Berlin: Humanistische Union, 2016.
- “Da Regulação constitucional da mídia eletrônica: entre o comando estatal e a livre autorregulação”, *Revijur*, v. VI, 2003.
- *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2012.
- *Sobre a relação entre política e direito no Brasil contemporâneo*, Policy Papers da Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017.
- MICHAEL, LOTHAR e MORLOK, MARTIN: *Grundrechte*, 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- NEVES, MARCELO: *A Constitucionalização simbólica*, São Paulo: Editora acadêmica, 1994.
- SARLET, INGO WOLFGANG: *A eficácia dos direitos fundamentais*, 13. ed. rev. e atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SCHAPIRO, MARIO. G. (Org.): *Direito Econômico Regulatório*, São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- SCHAPIRO, MARIO. G.: *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHLINK, BERNHARD: “Liberdade mediante resistência à intervenção estatal. Reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais” (tradução e resumo de Leonardo Martins do original alemão em Schlink, 1984), *Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC*, v. 4, n. 11, abr.-jun. 2017.
- SCHULZ, WOLFGANG e HELD, THORSTEN: *Regulated self-regulation as a form of modern government. An analysis of case studies from media and telecommunications law*, Eastleigh (UK): John Libbey Publishing, 2004.
- SCHULZ, Wolfgang e HELD, THORSTEN: “Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens”, Im *Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien*, Endbericht. Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut, Mai 2002 (disponível em: <https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/a80e5e6dbc2427639ca0f437fe76d3c4c95634ac.pdf>, acesso em 21.08.2017).
- SUNDFELD, CARLOS ARI: *Direito da Regulação e Políticas Públicas*, São Paulo: Malheiros Editores, 2014. v. 1.

NUEVA CONSTITUCIÓN, MODELO ECONÓMICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL DEBATE INÉDITO EN CHILE

CLAUDIO NASH*

En el marco de la reflexión a la que nos ha invitado el Grupo de Estudios en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, el trabajo busca exponer algunas de las principales características de la relación entre constitución y modelo económico en el marco de la experiencia chilena. Nuestra posición es que el diseño constitucional chileno recoge un modelo económico neoliberal, que actualmente se encuentra en entredicho por amplios sectores sociales y dicho descontento se canalizó en el contexto del debate constitucional iniciado por el Gobierno de la presidenta BACHELET. Si bien dicho proceso ha perdido fuerza en el actual Gobierno de SEBASTIÁN PIÑERA, los temas de fondo siguen siendo relevantes de discutir.

1. ANTECEDENTES GENERALES DE LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE

El Gobierno de la presidenta MICHELLE BACHELET impulsó una discusión inédita en Chile sobre una nueva Constitución Política de la República (CPR). Este proceso contemplaba generar un amplio ámbito de participación ciudadana para discutir los aspectos sustantivos del nuevo diseño institucional que debía darse el país. Si bien los dos primeros años de gestión del Gobierno (2014-2015) estuvieron centrados en los aspectos procedimentales para generar una nueva constitución, desde 2016 se comenzó a abrir un debate sustantivo, principalmente a partir de la convocatoria realizada a una discusión ciudadana. Este proceso generó una participación inédita en la historia constitucional chilena, donde cerca de 200.000 chilenos y chilenas, junto a migrantes residentes en Chile, conversaron en instancias locales, provinciales y regionales acerca de las expectativas que tenían sobre el futuro acuerdo constitucional¹, y pusieron un fuerte énfasis en materia del principio de justicia e igualdad y en derechos fundamentales².

* Ph.D. Académico de la Universidad de Chile.

¹ OCDE, *Informe La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente. Chile, 2017*. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/Chile-PG-Scan-SPA.pdf>.

² Comité de Sistematización, *Sistematización de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía. Informe ejecutivo*. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/destacados/comision/docs/Sistematizacion_Proceso_Constituyente.pdf.

A medida que se avanzó en la discusión, se entró en el debate sobre si existen aspectos sustantivos que legitiman dicho acuerdo constitucional. Aquí aparecía una primera cuestión interesante en el tema que nos convoca. La centralidad que le asignan a los derechos humanos, como elemento determinante de los principios que deben inspirar el acuerdo constitucional, pero también como un catálogo de derechos más robusto que el actualmente consagrado por la constitución. En este punto se hace evidente que existe una tensión entre un modelo minimalista de derechos, que solo busca consagrar principios liberales mínimos, frente a una demanda por un texto reforzado en materia de derechos, principalmente sobre aquellos de autonomía personal y en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Este debate será determinante en relación con el futuro del modelo económico.

Esta discusión sustantiva revela la complejidad para resolver la relación entre derechos humanos y el diseño de poder estatal. Un primer aspecto relevante es el potencial del constitucionalismo para organizar el aparato de poder. La promesa de la constitución es el pacto entre iguales. Pero esa promesa de igualdad se ha ido deshonrando. Así, en la historia del constitucionalismo latinoamericano hay dos preocupaciones que han sido incumplidas, la autonomía individual y el autogobierno colectivo. En las experiencias comparadas se ha impuesto un “conservadurismo constitucional”, donde el rol central de la constitución es una idea de orden vinculada con el orden económico o la protección de las bases del diseño institucional. Por otra parte, existe un modelo constitucional con amplio reconocimiento de derechos, pero con una estructura de poder basada en una organización elitista propia del siglo XVIII³.

En dicho contexto surge la necesidad de resolver cuáles son los mejores mecanismos para proteger los derechos y el debate se centra en la discusión de si la protección de derechos está en la formulación de amplios y complejos catálogos y mecanismos constitucionales para protegerlos, o bien, debe ser resuelto en la organización del poder (vía modelo económico)⁴.

Para el profesor GARGARELLA, la respuesta sería que es necesario organizar el aparato de poder de forma que sea consistente con los derechos que se consagran⁵. Así, la discusión es de qué forma la estructura de poder se

³ ROBERTO GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.

⁴ Un muy completo estudio sobre la visión teórica de la relación constitución y modelo económico chileno, puede verse en: CHRISTIAN VIERA, JAIME BASSA y JUAN CARLOS FERRADA, “Una aproximación a la idea de ‘constitución económica’ y sus alcances en la constitución chilena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, n.º 145, México, ene./abr. 2016. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000100011&lng=es&nrm=iso.

⁵ *Ibid.* Para un resumen de estas ideas aplicadas al caso chileno, ver: <http://www.uchile.cl/noticias/132888/roberto-gargarella-y-el-constitucionalismo-latinoamericano>.

hace cargo del cumplimiento de estos derechos, esto es, la forma en que el sistema de derechos constitucionales se articulará con la parte orgánica de la constitución, que es la estructura de poder estatal. Para que este rol central de los derechos en un sistema constitucional sea realidad, es necesario revisar la forma en que se consagra el poder en los distintos órganos y vincular sus competencias y funciones con la idea del cumplimiento de los derechos humanos. Ningún órgano del Estado debería poder sentirse legitimado si no es a través del pleno respeto de los derechos consagrados constitucionalmente. La propia idea de controles horizontales y los contramayoritarios debería estar definida en el propio texto constitucional en relación con los derechos consagrados constitucionalmente.

Esta relación armónica entre derechos y estructura de poder debería verse reflejada, por ejemplo, en las funciones de los poderes judicial y legislativo, en las distintas expresiones del poder de la rama ejecutiva, pero también en las funciones y competencias de órganos autónomos, como Fiscalía Nacional, Consejo Transparencia, Consejo Electoral o cualquiera otra forma de estructura y nomenclatura que adopte el poder en la nueva constitución.

Por ello, el tema por discutir es si el modelo económico debe ser parte de estos elementos institucionales que quedan configurados constitucionalmente, o bien, esta es una cuestión que debe quedar completamente entregada a la decisión política ordinaria y no a la constitucional.

2. CONSTITUCIÓN Y MODELO ECONÓMICO Y SOCIAL EN CHILE

La discusión sobre una nueva Constitución Política para Chile trata sobre el diseño institucional que se dará el país en un momento histórico determinado, con vistas a regular las bases de nuestra convivencia a largo plazo. En estos “momentos constitucionales”, al decir de ACKERMAN, se decide la estructura básica de la convivencia social: los derechos que estamos dispuestos a consagrar con un estatus particular de protección, las instituciones que regularán la estructura de poder soberano, sus alcances, funciones y atribuciones⁶.

En este contexto parece relevante preguntarse si dentro de este modelo institucional que define la constitución es pertinente o necesario definir ciertas bases del modelo económico y social que regulará y, por tanto, limitará y guiará las decisiones políticas que puedan tomarse en forma democrática. Ciertamente, un consenso sobre las bases económicas y sociales tiene relación con las “bases de la institucionalidad” que están vinculadas con los principios que uniforman el acuerdo constitucional y con los derechos fundamentales que

⁶ BRUCE ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, vol. I, 1991.

quedan consagrados constitucionalmente. En esto no hay neutralidad, pues cuando se decide constitucionalizar o no un tema, hay una decisión política de largo alcance.

En la historia constitucional chilena nunca se definió un modelo económico y solo se establecieron algunos vínculos entre economía y constitución (por ejemplo, se fijaron precios y requisitos de entrada para la actividad económica). El debate más profundo sobre modelo económico se da en el Gobierno de SALVADOR ALLENDE, cuando se discute la reforma constitucional para establecer y garantizar la existencia de tres áreas en la economía⁷. Por ello, la Constitución de 1980 es un quiebre radical, ya que es un documento fuertemente ideologizado, que consagra un orden económico que puede ser conceptualizado como “neoliberal”. El sustento de este modelo es un amplio margen de acción al mercado y una jibarización de la actividad del Estado, que se limita a subsidiar algunos temas en los cuales los particulares no tienen interés en intervenir⁸.

La constitución consagra un modelo construido sobre los siguientes principios⁹:

a) Derecho de propiedad ampliamente conceptualizado y garantizado constitucionalmente (artículo 19, n° 23)¹⁰.

b) Derecho constitucional para que las personas puedan emprender las actividades que estimen convenientes, con el solo límite de la moral, el orden

⁷ Esta reforma se discute en el Congreso entre los años 1971 y 1972, siendo aprobada por el Congreso Pleno el 19 de febrero de 1972.

⁸ RICARDO FFRENCH-DAVIS, citando a CASTELLS, anota: “MANUEL CASTELLS señala que el modelo de desarrollo chileno se caracteriza, a partir de 1973, por ser liberal en lo económico, autoritario en lo político y excluyente en lo social. De una economía cuyo principal motor era el Estado, pasamos a una abierta y de mercado. A través de privatizaciones, desregulaciones y liberalizaciones de la economía, el gobierno dictatorial llamó a las empresas privadas a reemplazar al Estado en un nuevo papel económico: conquistar los mercados internacionales. Este modelo de economía abierta y de mercado se ha mantenido las últimas cuatro décadas pero con diferentes modalidades” (RICARDO FFRENCH-DAVIS, *El modelo económico chileno en dictadura y democracia: mitos y realidades*. Disponible en: <http://www.asuntospublicos.cl/wp-content/uploads/2012/06/967.pdf>).

⁹ En esta materia seguimos el trabajo de JUAN CARLOS FERRADA, “La Constitución Económica de 1980. Algunas Reflexiones Críticas”, *Revista de Derecho*, vol. XI, 2000, Chile, págs. 50-51; y JOSÉ LUIS CEA, *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, págs. 157-158.

¹⁰ Artículo 19, n° 23: “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

público o la seguridad nacional (artículo 19, n.º 21)¹¹, así como una serie de libertades y no derechos laborales (libertad de trabajo, contratación, elección del trabajo, negociación colectiva y huelga (artículo 19, n.º 16)¹². El elemento determinante de este modelo es la garantía al sector privado de una amplia libertad de actuación y una fuerte restricción a las posibilidades de actuación económica del Estado.

¹¹ Artículo 19, n.º 21: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

¹² Artículo 19, n.º 16: “La libertad de trabajo y su protección.

“Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

“Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

“La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

c) La constitución establece una serie de normas relativas a la actividad económica del Estado. Así, consagra algunas cuestiones sobre igualdad de trato en materia económica, tales como repartir equitativamente los tributos y demás cargas públicas (artículo 19, n.º 20)¹³. Fija un claro límite a las facultades expropiatorias del Estado (artículo 19, n.º 24)¹⁴. Implanta disposiciones para proteger el medio ambiente mediante recursos constitucionales (artículo 19,

¹³ Artículo 19, n.º 20: “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

“En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

“Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

“Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”.

¹⁴ Artículo 19, n.º 24: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

“Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

“A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

“La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

nº 8)¹⁵. Asimismo, se fijan algunas prohibiciones, como el establecimiento de monopolios estatales sobre los medios de comunicación social (artículo 19, nº 12)¹⁶. Por último, la constitución instituye la iniciativa legislativa exclusiva del presidente de la República en materia de legislación presupuestaria (artículo 63)¹⁷.

“Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tendrá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

“Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

“El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

“La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

¹⁵ Artículo 19, n.º 8: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

“La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

¹⁶ Artículo 19, n.º 12, inciso 4º: “Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”.

¹⁷ Artículo 65, inciso 3º: “Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63”.

d) Finalmente, el modelo constitucional determina una organización basada en la ley, para desarrollar el área económica (artículos 63 y 65), regular la forma en que se lleva a cabo la fiscalización y el control de los fondos públicos (artículos 98-100) y normas sobre la creación y los principios de organización y funcionamiento del Banco Central de Chile (artículos 108 y 109). Asimismo, se puntualizan medios jurisdiccionales de carácter constitucional para cautelar los derechos reconocidos en esta Carta (artículos 20 y 93).

Aunque la constitución no lo establezca explícitamente, esta tiene una clara opción por el modelo neoliberal más clásico (escuela de Chicago). Este modelo es consagrado constitucionalmente y protegido a través de una serie de mecanismos para evitar modificaciones estructurales del modelo impuesto. Estas limitaciones están contenidas en los mecanismos de reforma constitucional y la ausencia de iniciativas ciudadanas de reforma¹⁸. Asimismo, las formas de control del Estado sobre la actividad del sector privado, incluidos los servicios públicos privatizados, son débiles, si bien se establecen algunos mecanismos de supervisión de la actividad privada, estos no permiten una eficaz fiscalización por parte de la autoridad. A modo de ejemplo, la Contraloría solo controla la actividad estatal, no la privada (CPR, artículos 98-100); las superintendencias destinadas a controlar al sector privado no han tenido en la práctica capacidad real de controlar las distorsiones más graves a los mercados, medioambiente, servicios concesionados, entre otros; la fiscalía económica puede controlar la competencia económica, pero tiene pocos instrumentos sancionatorios para una acción disuasiva de prácticas ilícitas de agentes privados; la protección de consumidores frente a abusos de agentes privados es limitada y así lo ha determinado el propio Tribunal Constitucional (STC, rol 4012-2017). En definitiva, un Estado ausente en gestión y control económico. Todo ello ha ayudado a consolidar un ideal fuertemente ideologizado de “orden público económico” como sustento normativo del modelo económico constitucionalizado¹⁹.

Por tanto, en Chile está fuertemente limitada la posibilidad de que mediante los procesos electorales se defina un modelo económico distinto del constitucional; hecho que le quita toda relevancia a la discusión política normal, quedando todo definido en el “momento constituyente” impuesto a través de la fuerza de una dictadura.

En relación con los derechos fundamentales, particularmente los derechos económicos sociales y culturales, la constitución sigue el modelo neoliberal y evita consagrar constitucionalmente estos derechos²⁰. Se puede afirmar que en

¹⁸ FERNANDO ATRIA, *La Constitución tramposa*, Santiago, LOM Ediciones, 2013.

¹⁹ Ver PABLO RUIZ-TAGLE, “Principios constitucionales del Estado Empresario”, *Revista de Derecho Público*, vol. 62, Santiago, Universidad de Chile, 2000.

²⁰ Un excelente estudio sobre la historia constitucional chilena, en PABLO RUIZ-TAGLE, “El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia”, CRISTI y RUIZ-TAGLE, *La*

el texto constitucional de 1980 —reformado— sigue primando una fundamentación iusnaturalista²¹ (artículos 1, inciso 1º; 5, inciso 2º, y 19, CPR²²) y una consagración de los derechos fundamentales como límites al Estado antes que obligaciones de actuación. Esta conclusión se desprende de la sola lectura del catálogo de derechos constitucionales. En efecto, el articulado de la constitución ha seguido muy de cerca la visión restrictiva de los derechos que sostiene CARL SCHMITT²³ y, por tanto, solo se establecen como derechos fundamentales aquellos vinculados a la protección negativa de los sujetos, esto es, aquellos derechos que permiten limitar la actuación del Estado respecto del ámbito íntimo de la persona. En el texto constitucional los derechos de libertad son el núcleo que ha seguido el constituyente, la columna vertebral del entramado de derechos del artículo 19. Así, encontramos manifestaciones de la libertad negativa o protección de libertad, en el artículo 19 numerales 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 23 y 24. En ellos, el Estado debe preocuparse de no intervenir en la actividad de los agentes privados y proteger exclusivamente el ámbito de libertad personal en las esferas personal y social²⁴. Por su parte, los derechos de igualdad los encontramos consagrados como derecho de igualdad ante la ley en el artículo 19, numerales 2 y 3; como igualdad de trato, en los numerales 17, 20 y 22; y como igualdad material, en el numeral 18 en materia de prestaciones de seguridad social. Manifestaciones del derecho de igualdad de mandatos de organización del aparato del Estado pueden ser encontradas en los numerales 9, 10 y 11²⁵, relativos a la protección de la salud

República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano, Santiago, LOM Ediciones, Serie Sociedad y Orden jurídico, 2006, págs. 79-143.

²¹ El profesor JOSÉ LUIS CEA nos señala que “el Poder Constituyente asume una concepción afín con el Derecho Natural, según la cual los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona” (JOSÉ LUIS CEA, *Derecho constitucional chileno*, tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pág. 56).

²² Artículo 1, inciso 1º: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Artículo 5, inciso 2º, primera parte: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Artículo 19: “La constitución asegura a todas las personas [...]”.

²³ CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universitaria Textos, 1992.

²⁴ En esto seguimos la terminología de ROBERT ALEXY, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, págs. 353-354.

²⁵ *Artículo 19, n.º 9*: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

“Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

“Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

y el derecho a la educación. Estos numerales permiten ejemplificar la tesis de que los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional a través de su artículo 19 son básicamente derechos de libertad. En efecto, dos de los derechos que son clásicamente derechos de igualdad material, como la salud y la educación, se establecen en el texto constitucional chileno como mandatos de organización y actuación del Estado y no como derechos exigibles directamente, como sí ocurre con las normas vinculadas con libertades negativas. La excepción la encontramos en el inciso 3° del numeral 10, que establece claramente un derecho a la educación gratuita.

En cuanto a la garantía jurisdiccional de los derechos, la constitución establece la protección de estos a través de un mecanismo procesal (recurso de

“Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Artículo 19, n.º 10: “La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

“Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a Este y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.

“La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

“Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

“Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.

Artículo 19, n.º 11: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

“La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

“La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia política partidista alguna.

“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

“Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.

protección, artículo 20)²⁶ que si bien es una innovación para Chile en materia de garantías, tiene limitaciones en cuanto a los derechos que pueden ser objeto de protección constitucional. Precisamente, los derechos con contenido prestacional se diseccionan y solo se protege el elemento “libertad” de los derechos y no el contenido sustantivo (artículo 19 n.ºs 9, 10 y 11) sin protección constitucional mediante la acción de protección. Además, hay un problema con la aplicación práctica del recurso. Los tribunales chilenos han tenido un acercamiento formal y restrictivo a los derechos²⁷. Esta praxis jurisprudencial, basada en una interpretación estrecha de la acción de protección, es contraria a la tendencia presente en otras jurisdicciones que han puesto énfasis en la informalidad del recurso como una cuestión básica para que este cumpla con sus fines²⁸.

Además, el modelo económico no solo está consagrado como estructura institucional, sino que también se ha ido desarrollando a través de la labor del Tribunal Constitucional, que ha reforzado el modelo constitucional heredado de la dictadura militar²⁹. Destacan las sentencias de este Tribunal en materia de Estado empresario (STC, rol 167-1993), una interpretación fuerte del derecho de propiedad (STC, roles 334-2001, 505-2006, 541-2006 y 1215-2008),

²⁶ Artículo 20: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del n° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

²⁷ CLAUDIO NASH, *La concepción de los derechos fundamentales*, México, Fontamara, 2010.

²⁸ Este tipo de recursos se basa, en el constitucionalismo comparado, en la idea de informalidad. La Corte Constitucional colombiana ha señalado: “Cabe recordar que, de conformidad con los principios de la efectividad de los derechos fundamentales y de oficiosidad e informalidad que rigen la acción de tutela, corresponde al juez de conocimiento desplegar la actividad pertinente para esclarecer los hechos que dieron origen a la demanda. En tal sentido, no es admisible que la autoridad judicial, a quien el Constituyente ha confiado con carácter prioritario y prevalente la realización concreta de los derechos fundamentales y la adopción de medidas urgentes orientadas a su inmediata protección, se excuse de cumplir tan delicadas funciones exigiendo a la persona solicitante requisitos que la Carta no contempla o fórmulas sacramentales” (Corte Constitucional, Sentencia T-594/99).

²⁹ ENRIQUE NAVARRO, *La constitución económica chilena ante los tribunales de justicia*, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016.

y las relativas a la autonomía de grupos intermedios (STC, roles 2487-2013, 2541-2013, 2731-2014).

En el período de la transición a la democracia, si bien se han realizado algunas modificaciones al modelo, con base en amplios consensos políticos, pero ninguna de estas estaba destinada a alterar las bases del modelo económico del país³⁰. En efecto, si bien hubo reformas tanto en el ámbito tributario como en el ámbito laboral, ellas apuntaron a evitar los excesos del sistema, pero no a su transformación; el debate más serio de transformación del modelo económico se dio bajo el Gobierno de MICHELLE BACHELET (2014-2018)³¹, pero no pasó más allá del discurso en materia económica³².

En definitiva, la Constitución Política en Chile consagra un modelo económico neoliberal y establece una serie de mecanismos para garantizar su supervivencia más allá de los cambios políticos. Este consenso sobre el modelo económico ha sido determinado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional y no ha sufrido transformaciones relevantes durante las casi tres décadas de democracia.

3. UN NUEVO ACUERDO CONSTITUCIÓN Y MODELO ECONÓMICO Y SOCIAL

En el marco de la discusión sobre una nueva constitución se ha abierto el debate sobre el modelo económico. Son tres las alternativas que parecen primar en el debate. Por una parte, un diseño constitucional que no consagre un modelo económico determinado; un diseño que permita un principio general de Estado democrático y social de derecho; un diseño que contenga elementos de un modelo económico social de mercado.

Una primera opción es decantarse por un acuerdo constitucional mínimo. Este acuerdo debería fijar las bases generales del Estado, pero no determinar un modelo económico, el que debería quedar entregado a la discusión política ordinaria y no a la constitucional. Obviamente, esta opción definiría una serie de elementos que indirectamente determinan el modelo económico, como la independencia del Banco Central, los alcances del derecho de propiedad, el rol del Estado en la esfera productiva, entre otros.

Una segunda opción es establecer como principio constitucional el del Estado democrático y social de derecho, lo que si bien no consagra un modelo económico determinado, sí establece ciertos objetivos mínimos que debe cumplir el sistema estatal, esto es, no solo fijar un límite en cuanto a la sujeción de

³⁰ RICARDO FRENCH-DAVIS, op. cit.

³¹ Ver: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/02/150202_chile_bachelet_reformas_vs.

³² Para una buena síntesis, ver: <https://www.dw.com/es/las-promesas-cumplidas-y-las-deudas-de-michelle-bachelet/a-41387483>.

las autoridades a la ley, sino también ciertos objetivos prestacionales³³. Uno de estos límites es el de los DESC como parte del diseño constitucional. El futuro texto constitucional debería resolver la consagración de un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Aquí son dos las alternativas que han estado en juego. Por una parte, mantener un sistema de derechos que solo recoja derechos de libertad y no constitucionalice los DESC. Por otra, se ha planteado un sistema fuerte en materia de derechos, que es muy distante del actual modelo constitucional que no consagra derechos prestacionales como tales, lo que permitiría aminorar la captura del Estado y los abusos que, a partir de ellos, se pueden generar desde la esfera privada que controla el aparato político desde el poder económico. Qué derechos y cómo garantizarlos es un tema abierto al debate constitucional en Chile.

Una tercera aproximación que se ha planteado es establecer algunos elementos básicos de un sistema económico social de mercado como base para un nuevo acuerdo constitucional. En este marco, se ha discutido, particularmente, sobre el rol que le cabe al Estado como el ente encargado de “ajustar” las condiciones en las que opera el mercado. Concretamente se plantea la necesidad de que el Estado realice los ajustes que permitan la plena libertad de las personas y el logro de objetivos de carácter social³⁴. De ahí que parezca relevante para el debate chileno estudiar algunos elementos propios del sistema constitucional alemán, que si bien no consagra explícitamente un modelo económico, da claras luces sobre las características que este debe tener³⁵. Al efecto, se ha destacado el artículo 2.1³⁶, sobre la libertad de acción de la persona; el artículo 14³⁷, sobre la propiedad y su vínculo con el bien común;

³³ Una aproximación interesante es la que ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana, que ha señalado: “Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de este que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales” (Corte Constitucional, SU 747-1998).

³⁴ Sobre las bases del modelo, ver: http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SO-PLA_Einfuehrung_SoMa/parte1_13.pdf.

³⁵ “La Ley Fundamental no contiene determinación o modelo económico alguno, sino que encomienda el régimen económico al legislador, quien decidirá libremente dentro de los márgenes trazados por la Ley Fundamental” (Tribunal Federal Alemán, 1 de marzo de 1979, citado en JUAN JORGE PAPIER, “Ley fundamental y orden económico”, en BENDA *et. al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 561).

³⁶ Artículo 2.1: “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”.

³⁷ Artículo 14: [Propiedad, derecho a la herencia y expropiación] (1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por

y el artículo 20³⁸, que se refiere al principio del Estado federal democrático y social. El hecho de que el texto constitucional no defina un modelo particular, pero establezca principios generales, ha parecido un camino interesante de explorar en el caso chileno.

4. NUEVAS DEMANDAS Y FRENOS EN EL MODELO CONSTITUCIONAL VIGENTE

Uno de los temas que más discusión ha generado en Chile es el de las nuevas demandas ciudadanas al modelo constitucional y los frenos que establece el diseño de la Constitución Política de 1980 para implementar cambios de fondo al modelo económico establecido en dictadura.

En este sentido, estamos obligados a prestar atención a las fuertes demandas ciudadanas surgidas a partir del movimiento estudiantil del año 2011. Este movimiento no solo planteó críticas al modelo vinculado con el sistema educacional chileno, sino que puso en cuestión cuáles son los límites que impiden una transformación de fondo al modelo educativo diseñado en dictadura. A partir de este movimiento comenzó a plantearse la necesidad de una profunda reforma al sistema tributario, que permitiera financiar las reformas en materia de educación. Esta discusión derivó, precisamente, en la demanda de una nueva constitución que recogiera adecuadamente el consenso que existiría en la sociedad chilena en torno a la necesidad de garantizar derechos económicos, sociales y culturales, además de contar con mecanismos participativos frente al desacuerdo o inmovilidad de la política tradicional³⁹.

En cuanto a los frenos que impone el diseño constitucional para dar respuesta a las nuevas demandas ciudadanas, estos no solo tienen relación con

las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. (3) La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.

³⁸ Artículo 20: [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia] (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

³⁹ PNUD, “Desarrollo humano en Chile. Los tiempos de la politización”, *Informe de desarrollo humano*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015. Disponible en: http://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/human_development/los-tiempos-de-la-politizacion/.

la dificultad de reformas a la propia constitución (las que hemos denominado “cerrojos” constitucionales), sino que también aquí se han consagrado e implementado mecanismos que permiten mantener el sistema económico imperante, por ejemplo, a través de la consagración del amparo económico⁴⁰.

No es posible enfrentar la discusión sobre los cambios constitucionales en Chile si no se afronta un tema nuevo para el país: la captura del Estado por parte del poder económico. En este sentido, se genera una tensión entre una nueva visión del rol de la constitución que apunte a la transformación social y, por otra parte, el reconocimiento de que hay límites para lograr esta transformación en la medida que el poder económico tenga la capacidad de bloquear las transformaciones a través de las distintas formas en las cuales el Estado ha sido capturado. En este punto, el debate sobre la corrupción en Chile, particularmente, aquella vinculada con el financiamiento de la política, es un claro ejemplo de los límites que tiene el acuerdo político para llevar adelante transformaciones que representan a las mayorías sociales⁴¹.

Estos son algunos de los temas que marcan el contexto en el que se desarrolla la discusión sobre el modelo económico-constitucional en Chile. Es importante señalar que este debate tiene una particularidad, el contexto chileno en el que se ha estado discutiendo, precisamente, la necesidad de contar con un nuevo texto constitucional.

5. CONCLUSIONES

El reciente e inédito debate constitucional en Chile ha permitido ampliar el foco de la discusión en materia de acuerdo constitucional básico, y uno de los elementos de dicho acuerdo que será necesario zanjar es el rol que jugará el modelo económico en un futuro texto constitucional.

El debate sobre el modelo económico en la constitución se da en el contexto de una constitución fuertemente ideologizada, que consagra una serie de principios, derechos y procedimientos que consolidan un modelo económico neoliberal. Este modelo ha sido consagrado por el Tribunal Constitucional y

⁴⁰ Artículo 19, n.º 21: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

⁴¹ CLAUDIO NASH, “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, REDIAJ, n.º 8, Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, febrero 2017, págs. 353-408.

no ha sufrido grandes transformaciones bajo el régimen democrático de las últimas tres décadas.

Un futuro acuerdo constitucional deberá resolver si se consagra o no un modelo económico con rango constitucional. Una opción es que la constitución no se pronuncie y deje la elección del modelo económico al debate político normal y no se defina en el acuerdo constitucional; una segunda opción es consagrar un principio general de Estado democrático y social de derecho que fije límites al modelo económico que se puede elegir en la política normal; y en último término, adoptar un acuerdo más profundo y una de las opciones posibles es la consagración de un modelo de economía de mercado.

En definitiva, se ha planteado que el acuerdo constitucional deberá dar respuestas a un contexto social complejo, con crecientes demandas ciudadanas; un sistema económico que actualmente cuenta con una serie de protecciones institucionales dificulta la satisfacción de las demandas ciudadanas que buscan transformaciones profundas al modelo imperante; finalmente, el debate económico constitucional tendrá que afrontar los temas de corrupción en Chile que han demostrado tener carácter estructural y no de episodios aislados.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, BRUCE: *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, vol. I, 1991.
- ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- ATRIA, FERNANDO: *La Constitución tramposa*, Santiago, LOM Ediciones, 2013.
- CEA, JOSÉ LUIS: *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- *Derecho constitucional chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
- COMITÉ DE SISTEMATIZACIÓN: *Sistematización de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía. Informe Ejecutivo*. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/destacados/comision/docs/Sistematizacion_Proceso_Constituyente.pdf.
- FERRADA, JUAN CARLOS: “La Constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Derecho*, vol. XI, Chile, 2000.
- FFRENCH-DAVIS, RICARDO: “El modelo económico chileno en dictadura y democracia: mitos y realidades”. Disponible en: <http://www.asuntospublicos.cl/wp-content/uploads/2012/06/967.pdf>.
- GARGARELLA, ROBERTO: *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.

- NASH, CLAUDIO: *La concepción de los derechos fundamentales*, México, Fontamara, 2010.
- “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*. REDIAJ n.º 8, Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, febrero 2017.
- NAVARRO, ENRIQUE: *La Constitución económica chilena ante los tribunales de justicia*, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016.
- OCDE: *Informe La participación ciudadana en el proceso constituyente*, Chile, 2017. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/Chile-PG-Scan-SPA.pdf>.
- PAPIER, JUAN JORGE: “Ley fundamental y orden económico”, en BENDA *et. al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PNUD: “Desarrollo humano en Chile. Los tiempos de la politización”, en: *Informe de desarrollo humano*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015. Disponible en: http://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/human_development/los-tiempos-de-la-politizacion/.
- RUIZ-TAGLE, PABLO: “Principios constitucionales del Estado empresario”, *Revista de Derecho Público*, vol. 62, Santiago, Universidad de Chile, 2000.
- RUIZ-TAGLE, PABLO, “El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia”, en CRISTI y RUIZ-TAGLE, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago, LOM Ediciones, Serie Sociedad y Orden Jurídico, 2006.
- SCHMITT, CARL: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universitaria Textos, 1992.
- VIERA, CHRISTIAN, BASSA, JAIME y FERRADA, JUAN CARLOS: “Una aproximación a la idea de ‘constitución económica’ y sus alcances en la constitución chilena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, n.º 145, México ene./abr. 2016. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000100011&lng=es&nrm=iso.

JURISPRUDENCIA

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA, sentencia SU 747-1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA, sentencia T-594-99.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE, sentencia STC 167-1993.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE, sentencia STC, rol 334-2001.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE, sentencia STC, rol 505-2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE, sentencia STC, rol 541-2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE, sentencia STC, rol 1215-2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE, sentencia STC, rol 2487-2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE, sentencia STC, rol 32541-2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE, sentencia STC, rol 2731-2014.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA RECIENTE EN TORNO A LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

MAGDALENA CORREA HENAO*

1. INTRODUCCIÓN

Este documento contiene una revisión de las sentencias más relevantes de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre “libertad económica”, producida entre enero de 2016 y abril de 2017, periodo que coincide con el tiempo del que da cuenta el *Anuario de derecho constitucional* editado por la Fundación Konrad Adenauer y que bien puede reflejar, además, el legado de la “tercera Corte”¹ sobre el orden constitucional de la economía.

De un total de cuarenta y cinco referencias, se utilizaron quince como muestra², debido al impacto directo o indirecto de la decisión de la libertad en cuestión, fruto de sus relaciones con otros bienes constitucionales y, en particular, con la constitución económica. Su ordenación, sin embargo, se estructura en torno al precedente al que se vinculan, sea este el liberal, que refuerza los ingredientes propios de la economía de mercado, o aquel que enfatiza en la dogmática del Estado social de derecho como principio estructurante de ese orden económico³ que, en lo sustancial, traza la Constitución colombiana desde

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, máster en Administración y Gestión Pública de la Universidad de Amberes, doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Con esta expresión nos referimos a la tercera generación de magistrados de aquella Corte, esto es, aquella que en su mayoría está compuesta por magistrados elegidos entre los años 2006 y 2009, cuyo período termina entre los años 2015 y 2017, como es evidente en la cantidad de nuevos magistrados que han llegado a esta corporación entre el año 2016 y lo corrido de 2017.

² Esta muestra de quince decisiones fue delimitada en atención a la riqueza de la argumentación de las distintas decisiones, la novedad de los temas abordados en cada una y su importancia para el desarrollo de los contornos de la constitución económica.

³ Esta orientación del constituyente de 1991 es analizada desde la ciencia económica en: SALOMÓN KALAMANOVITZ KRAUTER, *Constitución y modelo económico*, Bogotá, Banco de la República, 2001. Disponible en: http://banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/cmodelo.pdf

1991⁴. A ellos se suma el tratamiento de la Sentencia C-035/2016⁵, destacada de manera singular por su significado frente al precedente y por su impacto de cara a obligaciones internacionales asumidas por el Estado, como ejemplo de la jurisprudencia simbólica o terrible —en el sentido de que tiene un impacto descomunal o extraordinario en el precedente jurisprudencial y el desarrollo de la constitución económica—⁶.

2. REITERACIÓN DEL PRECEDENTE

Las quince sentencias seleccionadas, tanto de constitucionalidad como de revisión de tutela, recogen el precedente jurisprudencial, bien al reiterar condiciones e imperativos del Estado de derecho liberal y democrático, bien al imponer la aplicación de garantías del Estado social.

A) *Jurisprudencia liberal*

Como ingrediente del Estado de derecho, la interpretación conferida al principio de legalidad sigue siendo un argumento fundamental para justificar las injerencias en elementos de las libertades económicas, así como para explicar la neutralidad económica de la constitución.

a) *Principio de legalidad en la limitación de las libertades económicas.* El principio de legalidad debe soportar las normas tributarias, las que tipifican delitos de carácter económico y las que definen los límites a la libre competencia.

– *El principio de legalidad tributaria.* Esta legendaria garantía desde los albores del parlamentarismo⁷, a la vez empodera y sujeta al legislador para el ejercicio de la competencia de configuración impositiva. Es así como en la Constitución Política⁸, en todo caso, ese ejercicio no puede vulnerar los ámbitos esenciales de protección de la propiedad privada y de la ganancia o riqueza

⁴ Junto con los principios democráticos y de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas del Estado. Corte Constitucional, Sentencia C-644/2012, M. P. Adriana María Guillen Arango, Fundamento jurídico 4.1.2.2 y 4.1.2.3

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Utilizamos este adjetivo en su sentido menos habitual en español, particularmente proveniente de su equivalente francófono.

⁷ Ver VÍCTOR UCKMAR, *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Bogotá, Temis, 2002, págs. 9 y ss. En el mismo sentido, ROBERTO INSIGNARES GÓMEZ y MARY CLAUDIA SÁNCHEZ PEÑA, “Los principios constitucionales del sistema tributario”, en *Curso de derecho tributario. Procedimiento y régimen sancionatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, págs. 115 y ss.

⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 95, numerales 3 y 9, y artículo 338.

za legítimamente adquirida, ni los requisitos normativos que deben justificar y estructurar el tributo.

El principio de legalidad tributaria, preservado en líneas generales por la jurisprudencia⁹, se retoma en la Sentencia C-178/2016¹⁰ para declarar inexecutable las disposiciones de la Ley del Plan de Desarrollo que establecían una contribución parafiscal sobre los empresarios de la hotelería, por ser una medida desigual, inequitativa e insolidaria, que desnaturaliza la figura y beneficia solo a un subgrupo de contribuyentes¹¹. Esta figura es ajena al objeto de las contribuciones parafiscales de buscar la prevalencia del interés general y la efectiva vigencia del Estado social de derecho por medio de una intervención económica legítima constitucionalmente¹².

– *Prohibiciones penales y actividad económica.* Algo semejante ocurre con el principio de legalidad de los delitos que, como legado del Estado liberal de derecho¹³, ha garantizado que la conducta delictiva solo se pueda establecer previa fijación como tal por el legislador¹⁴ y previa publicidad¹⁵.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional no ha dudado en hablar de principio de estricta legalidad, entendiendo que las penas deben ser, además de previas, escritas y ciertas¹⁶.

De todos ellos, empero, el criterio que más prevalece es el del poder del legislador para definir las conductas que considera perseguibles como delito, tal como se plasmó en la Sentencia C-191/2016¹⁷, cuando analizó si se habían respetado los límites que someten el *ius puniendi* al restablecer el contrabando como conducta criminal. Ajuicio de la Corte, tal determinación estaba justificada por la necesidad de proteger el orden económico y social, esto es, las condiciones

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-601/2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Fundamento jurídico 5.2.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-178/2016, M. P. María Victoria Calle.

¹¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 13.

¹² *Ibid.*, Fundamento jurídico 11.

¹³ Este principio surge como rechazo a los abusos de la monarquía, siendo BECCARIA pionero en plantearlo como principio procesal y de las obligaciones que se desprendían de él para los gobernantes y los gobernados. Ver CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1979, págs. 75-80.

¹⁴ ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 64.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-121/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Fundamento jurídico 10. Ver también la Sentencia C-368/2014, M. P. Alberto Rojas Ríos, Fundamento jurídico 6.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo, Fundamento jurídico 50, y C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

para ejercer las libertades económicas y el patrimonio público¹⁸. La tipificación, además, se justifica en la relevancia del fenómeno, su gravedad y la insuficiencia de las medidas adoptadas por la legislación vigente.

En este caso, la Corte Constitucional emplea dos veces el test leve de constitucionalidad: lo hace al valorar la proporcionalidad de la definición de la conducta como delictiva, de la que se deriva que la norma penal se justifica en bienes constitucionales valiosos y aunque no es la única medida por emplear, es idónea en cuanto es “parte fundamental de la lucha contra la ilegalidad en el comercio exterior”¹⁹. Por esto concluye “que si bien existe una restricción a la libertad económica, esta resulta razonable ya que atiende al interés general y a su función social, puesto que lo contrario implicaría admitir que abanderando la consigna de los derechos, se pueden legitimar actividades dolosas que atenten contra valores esenciales de la sociedad”²⁰.

De igual forma, utiliza el test leve en lo relativo a la demanda de igualdad, en cuanto la ley fija tratos idénticos a conductas distintas, como son el contrabando y el fraude aduanero, al estimar legítimo un trato igual basado en la identidad del daño producido, sin burlar por lo demás el principio del *non bis in idem*²¹.

Se destaca, en fin, el argumento definitivo con que despacha la cuestión sobre la posible vulneración de la confianza legítima, al señalar que es imposible el surgimiento de la misma respecto de la obtención de mercancía sin el lleno de requisitos legales²².

Posteriormente, estas reglas se reforzaron en la Sentencia C-203/2016, cuando al analizar la razonabilidad²³ y proporcionalidad²⁴ de tales medidas de tipificación de delitos, parte de reconocer el daño que produce el contrabando a la libre competencia, el impacto fiscal a las finanzas públicas nacionales y departamentales, y su aporte a la financiación de grupos delincuenciales. Por ello, y solo por ello, esto es, con el empleo de un test leve, determina que no se contrarían los derechos fundamentales de los asociados, sino que, por el contrario, se busca garantizarlos mediante un reproche penal que de ninguna manera puede ser considerado excesivo y que, por tanto, respeta los principios de proporcionalidad y razonabilidad²⁵.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo, Fundamento jurídico 38.

²⁰ *Ibid.*, Fundamento jurídico 39.

²¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 43.

²² *Ibid.*, Fundamento jurídico 73.

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos. Fundamento jurídico 3.2.

²⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 3.2.4.

²⁵ *Ibid.*

Se echa así de menos la aplicación de un escrutinio que determine la necesidad y la ponderación de la medida, en términos de ser la mejor o más eficaz, y de ser la más ventajosa o la menos lesiva de los derechos fundamentales individuales, económicos y sociales involucrados²⁶, más aún cuando también hace parte de las garantías del derecho penal en un Estado constitucional, el hecho de ser la *ultima ratio*. Con ello, pasa a convertirse en medida válida *prima facie* en cuanto proviene del poder punitivo del legislador, suficiente por sí mismo para determinar su idoneidad como forma de proteger bienes jurídicamente tutelados²⁷.

– *El principio de legalidad y la libre competencia*. En la Sentencia C-032/2017,²⁸ la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Javier Cortázar Mora contra un apartado del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, del siguiente tenor literal:

“Artículo 1º. Modificado por el artículo 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

A juicio del demandante, aquella expresión objeto de control de constitucionalidad constaba de “expresiones indeterminadas o ambiguas, que acarrear la violación de los principios de legalidad y tipicidad como componentes del derecho fundamental al debido proceso administrativo establecido en el artículo 29 de la Constitución”. En conexión con lo anterior, la Corte concluyó que la norma legal juzgada, que prohíbe como parte de las “prácticas comerciales restrictivas [...] en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”, desde el marco del derecho administrativo sancionatorio, no vulnera *per se* los principios de legalidad y tipicidad que exige la Constitución²⁹, al constatar que la identificación de las prácticas en cuestión puede ser establecida con claridad suficiente por el operador jurídico llamados a perseguirlas.

En efecto, observa la Corte que el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre, introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Lo anterior, sin embargo, solo en el entendido de que tales regulaciones cumplen

²⁶ *Ibid.*, Fundamento jurídico 3.2.2.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.

²⁹ Ver Constitución Política de Colombia, artículo 29.

dicho propósito y de que al limitar las libertades económicas, lo hacen solo de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad³⁰.

Esta interpretación, de nuevo tan laxa del principio de legalidad, a diferencia de los casos anteriores asociados con la creación de delitos, puede justificarse por configurar sanciones administrativas destinadas a preservar el significado de la igualdad de condiciones en el ejercicio de las libertades económicas en el mercado. De allí que se admita que el legislador atribuya un poder de identificación de los comportamientos que concretan la lesión en cabeza de las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la libre competencia.

De esta forma, a modo de conclusión, es posible afirmar que el principio de legalidad como garantía del correcto ejercicio de las libertades económicas es una constante en las decisiones más recientes de la Corte Constitucional, aunque existen variaciones en el nivel de intensidad y contenido, atendiendo al grado de limitación y restricción de aquellas libertades (particularmente alto en el caso de las sanciones penales), y a las garantías constitucionales involucradas en aquellas limitaciones. Estas garantías a las libertades económicas son, como se expuso, una clara demostración de la existencia de aquel componente liberal o de economía de mercado que convive en nuestra constitución económica, junto con aquella faceta propia del Estado social de derecho, esto es, la intervención del Estado en la economía en aras de su armonización con fines constitucionales superiores.

b) *La relativa neutralidad económica constitucional.* La jurisprudencia liberal de la que se da razón, también se manifiesta en la referencia implícita a la relativa neutralidad de la constitución económica, entendida como producto de la habilitación constitucional al legislador para disponer de distintos modelos de desarrollo económico, siempre y cuando aseguren los objetivos de la intervención del Estado en la economía y, en especial, la progresiva realización del Estado social de derecho³¹.

– *La relativa neutralidad económica en la ley de Zidres.* Una primera referencia relevante se encuentra en la Sentencia C-077/2017, en la que se estudió un número importante de normas de la Ley 1776/2016, que crea las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (Zidres). Estas, de acuerdo con el significado atribuido por la ley, se entienden como “territorios con aptitud agrícola, pecuaria y forestal y piscícola identificados por la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria (UPRA), [...] o la que haga sus veces, que se establecerán a partir de Planes de Desarrollo Rural Integral en un marco de

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos, Fundamento jurídico 6.3.

³¹ Ver HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO, “El modelo económico en la Constitución de 1991”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 11, 2001, págs. 86, 87; MAGDALENA CORREA HENAO, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

economía formal y de ordenamiento territorial, soportados bajo parámetros de plena competitividad e inserción del recurso humano en un contexto de desarrollo humano sostenible, crecimiento económico regional, desarrollo social y sostenibilidad ambiental”³².

De acuerdo con la ley, además, la constitución de Zidres será admisible siempre y cuando se trate de zonas del territorio nacional que:³³ i) “se encuentren aisladas de los centros urbanos más significativos”; ii) “demanden elevados costos de adaptación productiva por sus características agrológicas y climáticas”; iii) “tengan baja densidad poblacional; presenten altos índices de pobreza”; iv) “o carezcan de infraestructura mínima para el transporte y comercialización de los productos”. Y en relación con los “proyectos de las Zidres”, esto es, la actividad económica empresarial a la que apuntan, precisa: v) “que deben estar adecuados” y vi) “corresponder a la internacionalización de la economía, sobre bases de alta competitividad, equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

Estas condiciones tan específicas de las Zidres como régimen de explotación y aprovechamiento de las tierras del Estado sirven a la Corte para estimar que no era posible aplicar el test de regresividad³⁴ de la medida frente a la legislación preexistente sobre adjudicación de baldíos en favor de los trabajadores agrarios, pues se trata de realidades y de normas jurídicas no comparables. A partir de allí, para los demás cargos, la mayoría de las normas juzgadas se estiman constitucionales, dado que se trata del ejercicio de la competencia del legislador para intervenir en la economía³⁵.

Con todo, en defensa de la libertad de trabajo, de la libertad de empresa y de la libre competencia, pero con igualdad material, esto es, con ingredientes del Estado social de derecho³⁶, se declararon inconstitucionales³⁷ las disposiciones que condicionaban el derecho a ser beneficiarios de la política de incentivos y estímulos de los proyectos asociativos que vinculen a campesinos, mujeres y jóvenes rurales, i) a que se garantizara la capacidad de adquirir un determinado porcentaje de tierra agrícola, calculado con base en sus posibilidades de explotación y ii) a su capacidad financiera. Tales exigencias constituyen, a

³² Ley 1776 de 2016, artículo 1.

³³ Ver los requisitos enunciados en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ Sobre el tema ver CHRISTIAN COURTIS, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006, págs. 8 y ss.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Fundamento jurídico 143.

³⁶ Ver HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO, *op. cit.*, pág. 88.

³⁷ *Ibid.*, Resuelve quinto, sexto y octavo.

juicio de la Corte, restricciones desproporcionadas a la libertad de asociación o a la libertad y derecho al trabajo de la población campesina y al acceso a la estrategia de desarrollo global e integral del campo, como quiera que desconocen las condiciones materiales de existencia que los rodea y su *asimetría* en el acceso a oportunidades respecto de otros actores³⁸.

Esto quiere significar que, con ellas, lejos de representar medidas de protección frente a los efectos colaterales de la agroindustria, subordina la autonomía de los campesinos y su derecho a acceder progresivamente a la propiedad de la tierra, a los intereses económicos y financieros de los ejecutores del proyecto³⁹.

También, siguiendo la línea de proteger los (flacos) ámbitos de competencia del orden local, se condicionó la constitucionalidad de la disposición que preveía la fijación nacional de la política general de desarrollo rural del campo a través de las Zidres⁴⁰, solo en el entendido de que su identificación, delimitación y aprobación [...] deberá estar precedida de un proceso de información, concertación y coordinación con los concejos municipales de los entes territoriales que resulten afectados por estas decisiones, y tomar en cuenta los planes, planes básicos y esquemas de ordenamiento territorial en las zonas rurales de esos municipios⁴¹.

En fin, como norma aditiva se incluyó dentro de las prohibiciones para constituir Zidres, la de ubicarse en territorios colectivos no solo titulados, sino “que se encuentran en proceso de titulación”⁴².

De este modo, el dúctil principio de igualdad permitió excluir una comparación necesaria entre los regímenes de Zidres y de baldíos, en lo que yuxtapone sus identidades fácticas. Con esto, no obstante las tímidas garantías para preservar la participación de las asociaciones solidarias y cooperativas de trabajadores agrarios, se inclina una vez más la balanza en favor de la economía globalizada y de los grandes capitales⁴³, sin considerar las diferencias entre los actores económicos en competencia⁴⁴ y sin sopesar lo que tal determinación significa en términos de concentración en pocas manos, ya no solo de los mercados, sino también de la riqueza pública.

³⁸ *Ibid.*, Fundamento jurídico 153.

³⁹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 156.

⁴⁰ Ley 1776/2016, artículo 4, cuarto inciso.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Resuelve décimo.

⁴² *Ibid.*, Fundamento jurídico 198.

⁴³ *Ibid.*, Fundamento jurídico 143

⁴⁴ MARTÍN VIDA, citado por MARIO SANTIAGO JUÁREZ, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, 2007, pág. 197. En el mismo sentido, JOSÉ GARCÍA AÑÓN, “Derechos sociales e igualdad”, en: *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006, pág. 84. Y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Fundamento jurídico 14.

Se trata, por supuesto, de una opción de política económica constitucionalmente legítima en términos de validez, pero no tanto de eficacia⁴⁵. Esto último, dada la reducida capacidad del Estado para el control del cumplimiento de las contraprestaciones sociales y económicas esperadas del proyecto, de las obligaciones y los límites ambientales, y la difícil concreción de las acciones afirmativas para la población campesina, que resultarían tan necesarias para balancear la vocación liberal promercado de las Zidres, con los imperativos del Estado social de derecho⁴⁶.

– *La relativa neutralidad económica en la ley aprobatoria del tratado de libre comercio con la República de Corea.* Es igualmente buen reflejo del precedente de la neutralidad económica constitucional, aun sin mencionarlo, la Sentencia C-184/2016⁴⁷, en la que se ejerció el control de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la República de Corea.

Como ha sido recurrente en su jurisprudencia, la Corte declaró constitucionales casi la totalidad de las normas del tratado y sus veintidós capítulos, al entender que la suscripción y aprobación de tales acuerdos son competencias amplias en cabeza del Gobierno y del legislador, por lo demás alentadas por el mandato de internacionalización de las relaciones del Estado en todos los planos⁴⁸. Asimismo, la ampliación de los mercados y de la competitividad, la protección de la propiedad intelectual y de la competencia son consistentes con los objetivos constitucionales de desarrollo económico, mejora en las condiciones de vida, protección de los derechos de los consumidores, protección al medio ambiente y correcto funcionamiento del Estado⁴⁹.

En cuanto a las normas que buscan proteger a los inversionistas, por la variedad de temas, la Corte expresamente solo se pronunció sobre tres puntos, a saber:

- El trato nacional, a su juicio, consistente con el principio constitucional de igualdad formal y no discriminación⁵⁰, como si en este caso se tratara de Estados iguales y equiparables.

⁴⁵ Sobre la justiciabilidad de los derechos ver VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014, pág. 37.

⁴⁶ Al respecto ver LUIS VILLAR BORDA, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, en: *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 88. En el mismo sentido, MANUEL QUINCHE RAMÍREZ, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Temis, 2015, págs. 51 y ss.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁸ Ver Constitución Política de Colombia, artículo 226.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184/2016, *op. cit.*

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

- El régimen de protección frente a la *expropiación indirecta y sus excepciones*⁵¹, que estima constitucional según se ha establecido en la jurisprudencia⁵², bajo supuestos claros como que: i) su naturaleza jurídica no es la de un derecho adquirido sino la de mera expectativa de que la regulación no va a cambiar de forma intempestiva en detrimento de las utilidades esperadas por la inversión⁵³, y ii) su uso debe ser restrictivo y limitado a los lineamientos que establezca el acuerdo o instrumento internacional respectivo⁵⁴.

- La *solución de controversias por tribunales de arbitramento internacional*, que a juicio de la Corte tiene sustento en la constitución cuando admite otras figuras que solucionen de manera pacífica los conflictos⁵⁵, sin que pueda estimarse de por sí discriminatorio que su aplicación suponga excesivas cargas para los nacionales colombianos, cuando sean ellos quienes planteen los conflictos.

La excepción frente a esta postura general y regular en el precedente se encuentra en el condicionamiento de constitucionalidad que se formuló ante la medida concerniente a la salvaguarda de los pagos y movimientos de capital del inversionista (literal *a* del numeral 2, Anexo 8-C). Esto, en el entendido de que se conciban como una orientación de política exterior para las autoridades competentes, sin que pueda suponer restricciones para el banco central y su capacidad para atender, con las competencias constitucionales a su cargo (artículo 371 CP)⁵⁶, determinadas dificultades de la economía y el manejo de la moneda.

Debido a esto, ordena “al presidente de la República que, al manifestar el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por este tratado mediante el depósito del instrumento de ratificación, formule esta declaración interpretativa”⁵⁷.

Así, a pesar de los *obiter dicta* que han caracterizado la reciente jurisprudencia constitucional sobre tratados⁵⁸, y que apuntan hacia el ejercicio de un

⁵¹ Para un análisis crítico de los instrumentos del derecho económico internacional y su influencia en el Estado social de derecho de la Constitución Política de 1991, ver ENRIQUE ALBERTO PRIETO-RÍOS, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado social de derecho”, en *Revista Estudios Sociojurídicos*, vol. 13, n.º 1, Bogotá, 2011.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750/2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031/2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Ver Ley 1563 de 2012, sección tercera.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184/2016, Fundamento jurídico 226.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031/2009, M. P. Humberto Sierra Porto; Sentencia C-199/2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

control más estricto, la Corte mantiene la línea de la autorrestricción y del test leve⁵⁹, con independencia de la asimetría de las economías de los Estados firmantes, de la desproporcionada protección de las inversiones frente al Estado y frente a la otorgada en otra legislación para otros derechos ya no corporativos sino humanos.

Antes que una constitución económica, lo que se aprecia es una Corte neutra, que avala la opción liberal, democrática pero no representativa, de trabar relaciones desiguales que otra vez no solo reducen los ámbitos de realización de la igualdad material, sino que además tienden a impactar negativamente en la pluralidad y eficiencia de los mercados y la capacidad de intervención del Estado en la economía, aun para asumir las obligaciones sociales, económicas y ambientales que tiene a cargo.

B) *Líneas jurisprudenciales desde el Estado social de derecho*

Como parte de su talante plural o bipolar, según se interprete⁶⁰, también las sentencias seleccionadas dan cuenta del carácter socialdemócrata y garantista, que retoma y profundiza la protección de las libertades económicas en los ámbitos de dignidad que representan para sus titulares, decanta la dogmática constitucional sobre la prestación de servicios públicos por los particulares e incurre en los deslices del activismo judicial bienintencionado pero imposible o terrible.

a) *Protección de los ámbitos iusfundamentales de las libertades económicas.* Aunque en un control de constitucionalidad abstracto la protección de las libertades económicas es débil, en revisión de tutela la Corte ha ido de más en más, admitiendo la necesidad de proteger con mayor firmeza los ámbitos fundamentales de tales derechos. No solo en lo que concierne a la libre empresa y a la libre competencia, sino también frente a la libertad de trabajo, el derecho-deber de ganarse la vida y los derechos del consumidor, por ser todos ellos los ámbitos normativos con los que se salvaguardan las condiciones de dignidad humana que ofrece el modelo de la economía social de mercado escogido⁶¹.

⁵⁹ Ver las sentencias C-163/2015, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez, y C-608/2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ En efecto, podría decirse que la Corte Constitucional toma decisiones contradictorias, en cuyo caso hablaremos de una corporación bipolar; o podemos afirmar que la diversidad de componentes de la constitución económica ha llevado a la Corte a tomar decisiones que tienen en cuenta distintos componentes en atención a los intereses involucrados en cada caso, en cuyo caso tendremos una corte pluralista.

⁶¹ Ver entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-533/1992, C-865/2004, C-352/2009, C-228/2010, C-978/2010. En esta última se definió la economía social de mercado como aquella “en la que existe la libre iniciativa privada, pero en la que a su vez el Estado se presenta

b) *Protección del derecho al trabajo*. Al respecto, de especial significación es el caso de la Sentencia T-073/2017 donde la Corte, aunque ordenó el amparo del “derecho al trabajo” de las accionantes, en sentido estricto protegió la libertad de empresa de un establecimiento dedicado a la prestación de servicios sexuales y la libertad de trabajo (la más humana de las libertades económicas individuales) de las trabajadoras sexuales que laboraban en el mismo⁶².

Revocó entonces la resolución de la administración municipal que ordenaba el cierre temporal del establecimiento por razones dispuestas en el plan de ordenamiento territorial, al encontrar vulnerado el principio de la confianza legítima sobre la legalidad de la localización del establecimiento y lesionado en exceso el derecho a ganarse la vida de las trabajadoras sexuales. Y ordenó su apertura inmediata, “siempre y cuando cumpla a cabalidad con las normas de policía y administrativas, diferentes a las de uso del suelo”⁶³.

Además, la Corte señaló un conjunto de sub-reglas de funcionamiento que hagan compatible su actividad con los colegios cercanos, así como órdenes para la tutelante dueña del establecimiento, a fin de que asegure en él “las condiciones de dignidad, seguridad, sanidad y salubridad adecuadas para las personas que realicen trabajos sexuales en ese lugar”, y garantice “a sus trabajadores todas las prestaciones sociales y laborales consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, principalmente las de ser vinculados al sistema universal de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, y a percibir prestaciones sociales como las cesantías y primas de servicio”⁶⁴.

Pero no se quedó allí la sentencia, pues además de esto, ordenó a la Alcaldía de la localidad donde sucedieron los hechos, en el término de tres meses, crear políticas públicas o programas de generación de empleo, que ofrezcan oportunidades laborales alternativas para los (las) trabajadores sexuales y los dueños de los establecimientos de comercio que prestan servicios sexuales. Asimismo, deberá garantizar una asesoría permanente para estas personas, verificando que no se vean sometidas a condiciones de explotación y recordándoles los riesgos que implica la prestación de servicios sexuales⁶⁵.

Al Ministerio del Trabajo, por su parte, lo exhortó a elaborar “una propuesta de regulación sobre el trabajo sexual, de acuerdo con los lineamientos esta-

como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas”.

⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Fundamento jurídico 10.7.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

blecidos”⁶⁶ por esta decisión y el precedente⁶⁷, “que priorice la adopción de medidas que protejan a los trabajadores sexuales en el campo laboral, que cuente con la participación de sus representantes y que no se preste para facilitar situaciones de explotación sexual”⁶⁸.

Por último, ordenó la intervención de las autoridades públicas competentes para visitar el municipio y atender la situación de inmigración de las extranjeras que prestan servicios sexuales, con el objeto de asegurarles garantías de libertad y seguridad jurídica.

Se trata, pues, de una sentencia que profundiza en la línea jurisprudencial de tiempo atrás formulada, al concebir la prostitución no solo como una actividad económica lícita llamada a respetarse⁶⁹, sino además como un trabajo digno en sí mismo, en el marco de la libertad fáctica de quienes la ejercen.

c) *Limitación para acceder a los permisos de uso del espacio electromagnético por condena privativa de la libertad.* Entre la protección liberal y del Estado social de derecho se encuentra la Sentencia C-634/2016⁷⁰. En ella, la Corte Constitucional declaró inexecutable las normas que disponían dentro de las inhabilidades para acceder a los permisos de uso del espectro radioeléctrico, el haber sido condenado “a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos”. Lo anterior porque, tras aplicar un test estricto de constitucionalidad por el carácter general de la restricción, concluyó que la misma vulnera las libertades de expresión e información, el derecho a fundar medios de comunicación y el objetivo constitucional de resocialización del responsable penal, al impedirle el acceso a este bien público indispensable, solo por una presunción ilegítima y sin fundamento de que tendrá un comportamiento ilícito⁷¹.

La Corte no verificó la existencia de una vulneración de la libertad de empresa que por sí sola, dada la naturaleza no fundamental que se le atribuye⁷², habría

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-736/2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y Sentencia T-594/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁹ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-736/2015.

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-634/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 31.1.

⁷² Por ejemplo, al estudiar normas que limitan la contratación de servicios de salud (C-197/2012), o la publicidad (C-592/2012) y excluyen de la libertad a la publicidad engañosa (C-756/2008) o las normas que restringen ampliamente la publicidad de cigarrillos y tabaco

hecho más difícil declarar la norma inconstitucional. Aun así, cabe también destacar cómo la restricción absoluta limitaba de manera radical y perpetua, para los responsables penales, la opción de desarrollarse económicamente en el mercado de las telecomunicaciones. Una medida que planteaba sin duda una disminución excesiva o arbitraria de la libre iniciativa y de la libertad de ejercer profesión u oficio, vista la importancia de este sector en la economía.

Son entonces los derechos civiles y políticos fundamentales por excelencia, los que se reconocen vulnerados, pero indirectamente lo son también las facetas *iusfundamentales* que componen el derecho al trabajo, el ocuparse de una profesión u oficio, el levantar una empresa, el competir, como forma de resocialización plena para ejercer libertades y derechos económicos con los que ganarse la vida.

d) *Participación ciudadana en los procesos de adjudicación minera.* Esta misma línea garantista y progresista es la debatida en la Sentencia SU-133/2017⁷³, en la cual se decidió amparar el derecho fundamental de los habitantes y de los mineros tradicionales de un municipio a participar en el proceso de cesión de los derechos mineros a una gran empresa, y de “adopción de las medidas encaminadas a salvaguardar su derecho a ejecutar labores de exploración y explotación minera en la parte alta del cerro El Burro, para garantizar su subsistencia, a través de emprendimientos autónomos de pequeña minería”⁷⁴.

Lo propio dispuso con relación a las comunidades indígena y negra asentadas en la zona de la concesión, pero bajo la fórmula de la consulta previa, libre e informada, para conocer “sobre el impacto de autorizar dichas cesiones y los derechos a la libertad de oficio, al trabajo y al mínimo vital de quienes ejercen labores de minería tradicional”⁷⁵ en ella.

Para tales efectos, la sentencia incluyó en la parte resolutive más de ocho órdenes judiciales destinadas a impedir la aplicación de medidas administrativas de carácter policivo que impedían el ejercicio de la minería de los tutelantes, y a diseñar el procedimiento de participación ciudadana y de consulta previa, con los cuales garantizar los derechos conculcados.

Mas, como en el caso anterior, los derechos que son amparados son los derechos individuales y políticos a la información y a la participación, que permiten a los tutelantes conocer, discutir, reclamar, disenter de las autorizaciones y

(C-830/2010), o las que asignan a los agentes del mercado funciones de interés público (C-909/2012).

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 222.

⁷⁵ *Ibid.*, Resuelve segundo.

concesiones previstas, pero que, como sucede con la consulta previa, son procedimentales. No se aseguran pues posiciones jurídicas definitivas que preserven lo esencial, lo indispensable que otorga al individuo y a la familia la libertad de desarrollar las actividades económicas que han aprendido y que les han permitido históricamente procurarse los medios de subsistencia.

e) *Protección a los consumidores*. Un último pronunciamiento refuerza el precedente constitucional que ha venido a proteger la dimensión fundamental de las libertades y los derechos económicos, en este caso de los consumidores: la Sentencia T-676/2016⁷⁶. En ella se tutelaron los derechos al debido proceso, a la información y al mínimo vital del accionante frente al banco con el que aquel había contraído una obligación crediticia, asegurada por una póliza de cumplimiento que el primero no pudo reclamar por la negligencia del segundo, cuando había sido declarada su condición de invalidez, y la consiguiente imposibilidad para continuar ejerciendo su trabajo.

Siguiendo la jurisprudencia, observó la Corte que las actividades aseguradora y financiera deben desarrollarse: i) de acuerdo con los límites derivados del respeto al “bien común, la dignidad humana y la solidaridad social”⁷⁷, y con sujeción ii) al “deber contractual de actuar de buena fe”⁷⁸, esto es, con la recta disposición de cumplir con lo pactado “con honestidad, lealtad y moralidad”⁷⁹, y iii) a los deberes secundarios de conducta, que son aquellos que pese a no haber sido pactados de forma expresa por las partes, se incorporan al acto jurídico en virtud del principio de buena fe⁸⁰, para actuar tanto en la ejecución del contrato como en las etapas precontractual y poscontractual. Dentro de ellos se destaca el deber de información, que “en el ámbito de acción de las entidades financieras y aseguradoras, se concreta en la obligación especial de información y acompañamiento a los consumidores financieros”⁸¹ (artículos 20 y 78), como forma de proteger “a sujetos en situación de notable inferioridad contractual”⁸².

En el caso concreto, el juez constitucional verificó que la entidad bancaria accionada en tutela no cumplió con tal obligación de informar al actor sobre las condiciones de pago de la póliza en mención, con lo que le impuso “una restricción intensa a las posibilidades [...] de reclamar el pago del

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-058/2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-865/2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁸¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 44.

⁸² *Ibid.*, Fundamento jurídico 49.

siniestro”⁸³ por la prescripción de la acción respectiva. Por ello, como forma de restablecer los derechos fundamentales vulnerados, construye la regla judicial de que “así su objeto social no lo contemple y la regulación actual no le permita desarrollar actividades de aseguramiento a una entidad financiera, esta puede estar obligada a reparar un daño por haber roto la comunicación entre la aseguradora y el usuario”⁸⁴. La reparación consistió en el pago del “90% del saldo insoluto de la deuda” del actor a la fecha de notificación de la providencia, “como consecuencia de haber privado al actor de la pérdida de la oportunidad de reclamar o demandar el pago del siniestro a la aseguradora, con la cual se había adquirido el contrato de seguro de vida grupo deudor”⁸⁵.

Sin duda, la protección en sede de revisión de tutela se produjo por la condición de invalidez del tutelante, incapaz de pagar el crédito por sus propios medios. Este elemento realza el carácter subjetivo que está llamado a tener, no tanto el discurso de los derechos fundamentales, sino de sus garantías judiciales; mas es también claro que la sentencia revela los componentes esenciales y que no puede faltar al ejercicio de las libertades y los derechos económicos, por estar en juego no solo un interés económico, contractual, patrimonial y financiero, sino la garantía de condiciones dignas de existencia.

3. JURISPRUDENCIA DE BÚSQUEDA

A) *Empresa y prestación de servicios públicos*

El precedente en favor de la consolidación del Estado social de derecho, que es, como se ha dicho, principio estructural de la constitución económica, se aprecia en las sentencias de la muestra que exhiben las doctrinas paralelas sobre la prestación de los servicios públicos por particulares, así como en la búsqueda por comprender el diseño constitucional que se autorizó para que los intereses privados se pudieran hacer efectivos en la realización de intereses públicos.

B) *Servicios públicos y ausencia de libertad económica*

En la Sentencia C-359/2016⁸⁶, la Corte declaró constitucionales las normas de la Ley del Plan de Desarrollo por las cuales se autoriza a la Autoridad Nacional de Televisión a determinar el número de concesionarios que tendrá el canal público.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 50.1.

⁸⁵ *Ibid.*, Fundamento jurídico 50.5

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

No se vulnera con ella la libertad económica, porque la naturaleza de servicio público de la televisión “elimina la iniciativa privada” y somete su prestación a la regulación como servicio reservado por el Estado (CP artículo 365)⁸⁷. Tampoco existe vulneración de esa libertad, “ya que su carácter relativo y no absoluto” señala la posibilidad de establecer límites *ex ante*, determinada “por la configuración normativa que se haga del servicio”⁸⁸.

Agrega la Corte que es al Estado, en cabeza de la autoridad o agencia señalada por la constitución y habilitada por la ley, a quien corresponde definir el grado de concentración o pluralismo de concesionarios, según lo determinen los objetivos de competitividad y productividad que hacen parte de los fines de la intervención pública económica (artículo 334 CP)⁸⁹.

Estas reglas representan una profundización de la jurisprudencia constitucional sobre servicios públicos, porque la condición de servicio público de una actividad económica hace que las funciones productivas o comercializadoras que confluyen en su prestación no se reconozcan como expresión de la libertad de empresa de quienes como particulares las ejecutan, sino como ejercicio de las autorizaciones administrativas concedidas.

Al mismo tiempo, la sentencia ahonda el precedente según el cual la delimitación de la libre competencia y del número de participantes en la prestación de un servicio público es constitucionalmente admisible por razones estratégicas con las que se responda a los objetivos de competitividad y productividad (artículo 334 CP)⁹⁰. Esto sin dejar de observar la forma como se recaba en la línea jurisprudencial que admite una disminución de la garantía de reserva de ley para el desarrollo y la limitación de los derechos constitucionales en cuanto autoridad con legitimidad democrática, para favorecer, en ese caso, definiciones tecnocráticas de la agencia o autoridad encargada de regular la prestación del servicio de televisión.

Es decir, que la mutación de la naturaleza jurídica de la actuación del particular como prestador del servicio no viene sola, pues el servicio público también altera la consistencia de los principios de libre competencia, objetividad y eficiencia económica que dispone la constitución (artículos 209, 267, 333, 334, 365 CP).

Aunque se ubica dentro de la jurisprudencia que se decanta por el Estado social de derecho, la interpretación en la que se sostiene representa una trampa argumental por la que se desconoce la máxima pluralidad posible de actores en

⁸⁷ *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.3.5.2.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.1.5.4.

⁹⁰ *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.5.4.2.

los mercados o sectores de la economía en donde actúan los particulares, que es por todas la mejor garantía para la realización del mercado constitucional⁹¹.

En un sentido semejante, la Sentencia T-599/2016⁹² tuteló los derechos fundamentales de la accionante a la información, a la expresión, a la participación en la vida cultural, a la identidad cultural y a conocer las expresiones culturales de las regiones del país. Esto, al encontrar que la Autoridad Nacional de Televisión omitió el cumplimiento de obligaciones establecidas por el legislador para asegurar el “transporte de señal regional de manera gratuita y obligatoria a través de las plataformas utilizadas por los operadores de televisión por suscripción”⁹³. A su vez, dejó al arbitrio de estos últimos “la inclusión de los canales regionales de televisión abierta, de acuerdo con sus intereses y preferencias comerciales, desconociendo el interés público que condujo al Congreso de la República a ordenar su difusión”⁹⁴.

Por ello, ordenó a la Autoridad en cuestión establecer la regulación que imponga la obligación para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, de transmitir los canales regionales dentro de los paquetes ofrecidos, así como adoptar medidas que permitan el control ciudadano sobre el cumplimiento de dicha orden. A más de lo anterior, la exhorta para que, en lo sucesivo, en los procesos regulatorios que incidan en el pluralismo informativo, se efectúe una difusión activa de los espacios de participación ciudadana y convoque oficiosamente a los sectores sociales, académicos e institucionales asociados a los sectores televisivo, cultural y antropológico. Esto, sin perjuicio de los escenarios en los que sea procedente la consulta previa de las comunidades titulares de ese derecho⁹⁵.

De esta forma, se confirma la desnaturalización de la libertad empresarial en materia de servicios públicos, para considerarla como ejercicio de unas facultades y prerrogativas derivadas de una autorización administrativa para operar. Autorización que, por cierto, puede alterarse para contemplar así las obligaciones que imponga el legislador y que consolidan posiciones jurídicas definitivas de la realización de derechos culturales fundamentales.

C) *Prestación de servicios públicos en materia de salud*

La doctrina constitucional sobre la prestación de servicios públicos arriba destacada contrasta, cuando menos en principio, con lo declarado en la Sentencia

⁹¹ PETER HÄBERLE, “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, en: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n.º 21, 2008.

⁹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹³ *Ibid.*, Fundamento jurídico 246.

⁹⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 255.

⁹⁵ *Ibid.*, Fundamento jurídico 268.

C-620/2016⁹⁶. En ella, la Corte estima que la norma de la Ley del Plan de Desarrollo que establece como función del Ministerio de Salud el fijar los precios máximos para medicamentos, insumos y dispositivos de servicios de salud, no vulneraba, aunque sí limitaba, la libertad económica de sus productores o comercializadores.

Al respecto señaló que en “relación con la prestación de servicios públicos, como la salud, la Corte ha manifestado que la libertad económica es altamente sensible a la intervención estatal, dado que involucra la protección de un derecho fundamental”⁹⁷.

Por eso, “la libre competencia en el ámbito de la salud solo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social”⁹⁸.

Es decir, que la libertad económica se ejerce por los prestadores privados, pero sujeta a intensas limitaciones derivadas de tal naturaleza del servicio público de salud donde actúan. Esto incluye la centralización de precios, con la que se persigue a la vez “garantizar la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud”⁹⁹, bajo los principios de solidaridad y eficiencia en la utilización de recursos. Se trata, por lo demás, de un medio constitucionalmente no prohibido en un Estado social y de derecho y, al contrario, justificable a partir de sus contenidos normativos como principio (artículos 1, 2, 48, 334 CP)¹⁰⁰.

La fijación de precios impuesta a proveedores de medicamentos, insumos y dispositivos constituye, pues, una restricción de la libertad económica aunque justificada y adecuada. Lo primero, por el carácter de derecho social fundamental que el acceso a medicamentos representa para sus titulares. Lo segundo, por resultar una medida razonablemente útil para: i) dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado de procurar el “acceso al nivel más alto posible de salud, en un marco que garantiza la prestación del servicio bajo los principios de universalidad, solidaridad y eficacia”¹⁰¹ (artículo 49 CP; artículo 93, PIDESC; Protocolo de San Salvador a la CADH, Observaciones Comité DESC); ii) para alcanzar los objetivos de viabilizar “la existencia de un mer-

⁹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁹⁷ *Ibid.*, Fundamento jurídico 37.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-171/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en la Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa, Fundamento jurídico 38.1.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Fundamento jurídico 36.

¹⁰¹ *Ibid.*, Fundamento jurídico 38.4.

cado sobre estos productos con claridad en la información y estabilidad¹⁰²; y promover “su asequibilidad o accesibilidad económica a todos aquellos que los requieran”¹⁰³.

D) *¿Una jurisprudencia contradictoria?*

Las dos líneas jurisprudenciales de las que las sentencias atrás citadas dan cuenta podrían interpretarse como no contradictorias sino distintas y complementarias. La una dirigida concretamente a la actividad de los prestadores del servicio, y la otra, a los proveedores de bienes que completan su cubrimiento.

Con todo, también es admisible señalar que aparte de los supuestos normativos a los que se refieren, formulan argumentos incompatibles al otorgar naturaleza distinta de libertad económica a la participación de los agentes que suministran o comercializan bienes y servicios con los que se concreta la prestación de los servicios públicos. Por tal motivo convendría depurar el significado y las consecuencias jurídicas y económicas de cada una, a los efectos de su corrección o depuración, a fin de determinar la naturaleza de la actividad del modo más consistente, eficiente, garantista, responsable y sostenible posible, en cuanto su objeto se dirige en definitiva a satisfacer condiciones básicas de existencia.

Revisar, por ejemplo, si la desnaturalización pone en cuestión el *animus lucri faciendi*, y si por actuar en ejercicio de las autorizaciones otorgadas, *prima facie*, el interés económico que puede ser perseguido no es el del máximo beneficio, sino el de la sostenibilidad financiera, social y ambiental de la prestación, que asegure la calidad, universalidad y cobertura más incluyente y amplia posible del servicio. Una deducción lógica que, sin embargo, atenta contra *la finalidad definitiva que anima la libre iniciativa privada*, en cuanto disminuye ampliamente el interés de los actores del mercado en participar de la prestación de servicios públicos costosos y exigentes, al no poder aspirar a márgenes de rentabilidad elevados. O establecer cómo el ejercicio de las libertades económicas empresariales se hace compatible con la actividad que desarrollan, en cuanto el lucro perseguido se debe producir después (no antes) de asegurar la mejor prestación posible de los servicios a cargo, porque así lo determina su importancia para la existencia y el desarrollo individuales y colectivos.

Estas cuestiones, y las muchas otras que habrá, no ocultan empero la búsqueda de una dogmática constitucional de los servicios públicos por la Corte Constitucional. Es decir, la pretensión de armonizar y articular la forma en que su prestación concreta los principios del Estado social de derecho y el sistema económico de mercado, a partir del diseño establecido por el legislador¹⁰⁴,

¹⁰² *Ibid.*, Fundamento jurídico 38.2.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Ley 142 de 1994.

según la habilitación constitucional establecida para el efecto (artículo 365 inciso 1 CP).

E) *Jurisprudencia poderosa, difícil y terrible*

La muestra de sentencias seleccionadas evidencia una última tipología de decisiones progresivas o hacia el Estado social de derecho. Es la de las sentencias que establecen sub-reglas que, a pesar de su justificación constitucional garantista de las libertades y de los derechos, son muy difíciles de cumplir, sea por carecer de premisas fácticas que lo hagan posible, sea por depender de muchos factores externos al campo directo de eficacia de la sentencia, sea por resultar al mismo tiempo de alto valor simbólico y discursivo, a la vez que ineficaces, absurdas, ineficientes.

a) *Ilustración a partir de la jurisprudencia expuesta.* De las mencionadas atrás, las sentencias T-073 y SU-133/2017 sirven como ilustración también aquí.

La Sentencia T-073/2017¹⁰⁵ lo es por apuntar no solo a resolver el caso concreto, sino a atender los problemas estructurales que afronta el ejercicio de la prostitución, a través de una política local y una política pública nacional, cuya definición y ejecución operan, a decir verdad, solo con voluntad política y de financiación, que están por fuera del alcance del juez constitucional¹⁰⁶.

La Sentencia SU-133/2017¹⁰⁷ lo es por cuanto la garantía que ofreció a los mineros artesanales y tradicionales fue estructurada a partir del derecho a la participación¹⁰⁸, un instrumento jurídico que, como principio, derecho, deber y procedimiento está enteramente justificado¹⁰⁹, pero cuya eficacia para ponderar entre los derechos en tensión requiere de reformas jurídicas y administrativas, y más que eso, de transformaciones institucionales y culturales que siempre son lentas, costosas y exigentes.

A esto se suma el hecho de que las medidas que dispuso la Corte Constitucional en esta sentencia en particular dieron lugar a la interposición de una demanda de la multinacional canadiense Gran Colombia Gold¹¹⁰, al amparo del capítulo veintiuno del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, contra el Estado colombiano, por pretensiones que ascienden a los 700 millones de

¹⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁶ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 10.6.

¹⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Resuelve quinto.

¹⁰⁹ Ver Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 40, 95, 332.

¹¹⁰ Aun cuando se trata de un procedimiento reservado, algunos datos del mismo se pueden encontrar en el siguiente enlace: <https://www.italaw.com/cases/5410>.

dólares. Aunque la notificación de la demanda tiene carácter reservado, de los hechos del caso se puede inferir que la multinacional alega el incumplimiento de los artículos 805 (Nivel mínimo de trato), y 811 (Expropiación) del tratado, en detrimento de sus derechos adquiridos en virtud de la licencia, al impedir el desarrollo de su actividad minera mientras se adelanta el muy regulado procedimiento participativo previsto¹¹¹.

Algo semejante sucede con la Sentencia C-389/2016¹¹² que, al analizar las disposiciones demandadas del Código de Minas por presunta violación de los derechos al trabajo, a la participación, al ambiente sano, declara exequibles las que ordenan el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de títulos mineros. No obstante, tal declaración se produce en el entendido de que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados¹¹³.

En el mismo orden, declara exequibles las normas que reconocen el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas para el otorgamiento de concesiones, en el entendido de que esto no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios¹¹⁴.

Lo que establece la regla judicial fijada es: i) la adición normativa por la que se activa la realización del derecho a la participación; y ii) la refrendación de las garantías laborales mínimas y del principio de desarrollo sostenible. Es

¹¹¹ Recientemente, MARCELO LOZADA, investigador de la Universidad Externado de Colombia, realizó un análisis crítico de esta sentencia y de la decisión C-035/2016 de la misma Corte, para demostrar cómo es irresponsable respecto de las consecuencias de sus decisiones en términos de responsabilidad internacional del Estado colombiano a la luz de los instrumentos del derecho económico internacional, y proponer alternativas de solución intermedias que permitan a la Corte considerar los estándares internacionales de protección a la inversión, al tiempo que garantizar el respeto de los derechos humanos consignados en instrumentos igualmente internacionales. Para mayor referencia, ver MARCELO LOZADA, *La Corte Constitucional colombiana en el contexto de la fragmentación del derecho internacional: desafíos y posibles alternativas para la recomposición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017 (en proceso de edición).

¹¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹¹³ *Ibid.*, Resuelve segundo.

¹¹⁴ *Ibid.*, Resuelve tercero.

decir, fórmulas de armonización entre los objetivos de crecimiento económico y garantía institucional de la empresa como base del desarrollo y otros bienes o fines constitucionales como la diversidad étnica y cultural, la preservación de los recursos naturales o la distribución equitativa de las oportunidades.

El talante pluralista y ponderado de esta medida no se pone en duda. Con todo, la protección que ofrece es insuficiente e incierta, además de que, como se ha advertido, depende de la realización de ajustes normativos, procedimentales y presupuestarios complejos. De tal suerte, el resultado de tales reglas judiciales no asegura ni que los títulos mineros se concedan bajo un marco de seguridad jurídica y eficiencia, ni que las comunidades afectadas cuenten con posiciones jurídicas definitivas de protección efectiva de sus derechos. Lejos de corregir una injusticia trazada por el derecho legislado, la regla judicial aplicada puede significar una limitación o defraudación de todos y cada uno de los bienes en juego.

En la mejor de sus interpretaciones, con estas decisiones se recaba en la jurisprudencia con eficacia simbólica¹¹⁵ valiosa por apostar con convicción por la fuerza normativa de la constitución y de los derechos, pero frustrante por no ser factible como regla de transformación social y de corrección de la injusticia.

4. LA SENTENCIA C-035/2016

Aunque las sentencias hasta ahora relacionadas, al simplemente seguir o profundizar los precedentes de distinta índole, poseen un enorme valor dentro de la dogmática económica constitucional, es preciso terminar este análisis con una última decisión que cabalga entre la condición de ser a la vez hito y terrible. Se trata de la Sentencia C-035/2016¹¹⁶, en la cual la Corte estudió la Ley 1753 de 2015 y adoptó dos decisiones especialmente significativas para el desarrollo de la constitución económica, las cuales se analizan a continuación.

A) *La decisión de constitucionalidad condicionada parcial de la norma*

En primer lugar, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad de normas de la Ley del Plan de Desarrollo (artículo 108 Ley 1450/2011, y artículo 20 Ley 1753/2015) que autorizan la concesión de títulos mineros, a cumplir con requisitos de concertación con las autoridades locales, a fin de armonizar los intereses comprometidos de desarrollo, empresariales, sociales y ambientales, tanto hacia el futuro como respecto de las concesiones previas, durante su ejecución¹¹⁷.

¹¹⁵ Sobre el componente de eficacia simbólica ver MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y JOSÉ RAFAEL ESPINOSA, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Debate, 2014.

¹¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹⁷ *Ibid.*, Resuelve segundo.

Así, se presenta un cierre del precedente sobre la participación local en lo que concierne a la minería, que completa el camino abierto por la jurisprudencia reciente, para abandonar la doctrina unitaria y centralista del concepto de propiedad de los recursos del subsuelo y asumir como posición definitiva que el aprovechamiento y la disposición de los mismos deben fijarse con participación de las autoridades locales y las comunidades afectadas por los efectos ambientales y socioeconómicos del proyecto o la actividad minera involucrada¹¹⁸.

B) *La declaración de inconstitucionalidad parcial de la norma*

En segundo lugar, la Corte Constitucional plasmó lo que resulta ser el ingrediente más importante: declaró inconstitucional la norma de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que autorizaba la ejecución hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga y sujetas a control, seguimiento y revisión específico por las autoridades, de “las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables” en áreas delimitadas como páramo (artículo 173, par. 1º Ley 1753/2015). Esto en tanto estas “cuenten con contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero/2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente”.

A juicio de la Corte, los mandatos constitucionales en favor de la libertad de empresa y del objetivo de crecimiento económico se someten a los imperativos de la constitución ecológica que exige al Estado “conservar las áreas de especial importancia ecológica”¹¹⁹ y, en consecuencia, regular “el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”, y “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”¹²⁰, que imponen a la empresa y a la propiedad una función ecológica¹²¹ y que delimitan en definitiva el ejercicio de los derechos, en favor de la garantía de un desarrollo sostenible¹²².

Dentro de las funciones del Estado en relación con la preservación de los recursos naturales se destaca la de proteger de manera efectiva determinadas áreas de especial importancia ecológica, como es el caso de los páramos. Estos se consideran objeto de especial protección constitucional, en la medida en que en ellos viven especies animales y vegetales endémicas, que son únicas de nuestro país (artículo 79 CP), porque tienen una capacidad especial para captu-

¹¹⁸ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-123/2014, M. P. Alberto Rojas.

¹¹⁹ Ver Constitución Política de Colombia, artículo 79.

¹²⁰ *Ibid.*, artículo 80.

¹²¹ *Ibid.*, artículos 58, 335.

¹²² *Ibid.*, artículo 80.

rar partículas de carbono y contribuir a desacelerar el calentamiento global, y especialmente, en la medida en que cumplen un papel esencial como reguladores del ciclo hídrico, garantizando así la calidad, accesibilidad y continuidad del agua para la mayoría (alrededor del 70%) de la población colombiana¹²³.

En este sentido, a juicio de la Corte, el cumplimiento de los deberes del Estado no puede ignorar que los páramos son “ecosistemas especialmente vulnerables, frágiles, y con poca capacidad de adaptación a los efectos de factores externos”¹²⁴, de lo cual se deriva que la forma en que la ley buscó articular el valor estratégico de la explotación minera, la libertad de empresa de los mineros con título, y el valor y la condición de los páramos era inconstitucional, toda vez que las medidas de protección no eran aptas para ofrecer la protección adecuada de aquellos. También, porque los páramos, en general, se encuentran en “una situación de total desprotección jurídica [...] [que] implica un riesgo alto para la provisión de agua potable en condiciones de calidad, continuidad y acceso para toda la población, y a la captura de carbono para mitigar el calentamiento global”¹²⁵, todo lo cual hace irrazonable “permitir transitoriamente las actividades de minería e hidrocarburos”¹²⁶ en dichas áreas.

En conclusión, no resulta proporcional a los ojos del juez constitucional “el sacrificio a los bienes jurídicamente protegidos”¹²⁷ que los páramos representan, “frente a los eventuales beneficios provenientes de la extracción de recursos no renovables”¹²⁸, ni lo es tampoco a la luz de las evidencias empíricas, ni del tipo de medidas adoptadas para menguar el impacto de la explotación esperada de recursos del subsuelo.

C) *Importancia de la sentencia*

Se trata de una decisión de ruptura, porque se aparta de la posición generalmente respetuosa de la línea jurisprudencial construida en torno a las normas de intervención económica adoptadas por el legislador bajo la iniciativa del Gobierno, también en materia minera.

Con excepción de los casos en los que se vulnera abiertamente el derecho a la consulta previa, las más de las sentencias de la Corte han estimado conformes a la constitución, las políticas, concesiones, garantías y estímulos concebidos para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación

¹²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Fundamento jurídico 171.

¹²⁴ *Ibid.*, Fundamento jurídico 172.

¹²⁵ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 173.

¹²⁶ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 174.

¹²⁷ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 175.

¹²⁸ *Ibid.*

de recursos naturales no renovables. Siempre, naturalmente, reconociendo la importancia de que su interpretación estuviera guiada por los principios y las reglas de protección ambiental, sin preocuparse por su eficacia.

En la Sentencia C-035/2016, por el contrario, la Corte¹²⁹ se atrevió a valorar la idoneidad de las medidas legales, para concluir que estas no satisfacían la exigencia de protección constitucional debido al tipo de ecosistema sobre el cual recaían las actividades de exploración y explotación. Con ello, al mismo tiempo, aun sin decirlo, ponderó en favor del medio ambiente frente a los derechos adquiridos de las empresas con licencia minera, a partir del principio de precaución y de una interpretación ambiental del principio *pro libertate* y *pro legalidade* que amparan el ejercicio de las libertades económicas.

Ambas determinaciones, en particular la última, reconocen desde la *ratio decidendi* y en la parte resolutive, el impacto que poseen las medidas de intervención pública económica sobre la vigencia y eficacia de la constitución en su conjunto, y la necesidad de ejercer un control de constitucionalidad más cuidadoso de las mismas. Se trata, entonces, de normas judiciales valientes, justas y necesarias, aunque también difíciles: i) porque así es el cumplimiento de la orden por parte de las autoridades, ii) porque afecta el desarrollo de la actividad económica minera de los particulares que cuentan con los títulos de exploración o explotación, y iii) porque limita libertades y sobre todo derechos económicos patrimoniales¹³⁰, que por lo demás se encuentran jurídicamente mejor protegidos por el derecho económico internacional (en instrumentos tales como tratados de libre comercio o tratados bilaterales de inversión)¹³¹.

En efecto, multinacionales extranjeras del sector minero se vieron afectadas como consecuencia de esta decisión, lo que incluso llevó a la compañía canadiense Eco Oro Minerals Corp. a demandar al Estado colombiano al amparo del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, por el incumplimiento de las normas del capítulo ocho del instrumento¹³².

¹²⁹ *Ibid.* En el mismo sentido, ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³⁰ Sobre el tema ver HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO, *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia: análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español*, Madrid, 2010. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5246/33749_santaella_quinte-ro_hector.pdf?sequence=1.

¹³¹ Para un análisis crítico de la sentencia a la luz de sus consecuencias en términos de responsabilidad internacional del Estado en virtud de los instrumentos del derecho económico internacional, ver MARCELO LOZADA, *op. cit.*

¹³² Para más información sobre el procedimiento arbitral, ver: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/41>

5. CONCLUSIÓN

Vista desde la muestra analizada, la jurisprudencia de la Corte sobre la constitución y las libertades económicas de este tiempo reciente es reflejo de los desarrollos legislativos con posterioridad a la Constitución de 1991 y también de lo que han sido sus precedentes.

La legislación que concreta con amplio poder de configuración normativa la constitución económica ha tendido a desarrollar modelos que favorecen la apertura de los mercados, los tratados económicos bilaterales entre desiguales, la explotación de los recursos del Estado por particulares arropados con garantías de protección específicas, la apuesta por la competitividad y la productividad, más que por la libre competencia.

De importancia singular son las disposiciones de la Ley del Plan de Desarrollo, según se aprecia en las normas objeto de demanda, lo que destaca la relevancia de esta normatividad en el ordenamiento económico del Estado.

La senda de política económica o la decisión política fundamental que en ella se aprecia se entiende por la Corte como una opción política que se debe respetar, por ser una competencia constitucional otorgada; porque su decisión es democrática¹³³ (C-077/2017), y porque la constitución en estas materias es neutra¹³⁴ (C-184/2017). En cuanto a los límites de esta potestad, encontramos las excepciones comunes de que las medidas de intervención respeten el principio de legalidad tributaria¹³⁵ (C-178/2016) y penal¹³⁶ (C-191 y C-203/2016); y en la configuración de los límites a la competencia¹³⁷ (C-032/17), que deben respetar la garantía de los derechos fundamentales.

Pero junto a estas sentencias de línea liberal, democrática, aunque intervencionista, también se encontraron las de reiteración, profundización, radicalización del precedente en defensa del principio estructurante de la constitución económica del Estado social de derecho.

Así lo hace al proteger los ámbitos iusfundamentales de las libertades y los derechos económicos de trabajadoras sexuales¹³⁸ y de mineros artesanales y tradicionales¹³⁹, de consumidores¹⁴⁰ o libertades fundamentales conexas¹⁴¹.

¹³³ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³⁴ *Ibid.*, Sentencia C-184/2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³⁵ *Ibid.*, Sentencia C-178/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹³⁶ *Ibid.*, sentencias C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo y C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

¹³⁷ *Ibid.*, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³⁸ *Ibid.*, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³⁹ *Ibid.*, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁰ *Ibid.*, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴¹ *Ibid.*, sentencias C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

También cuando exhibe las doctrinas paralelas sobre la prestación de los servicios públicos por particulares, para excluir la libertad económica en ella y disminuir la concurrencia¹⁴², y para decir que sí hay libertad de empresa, pero limitada¹⁴³. Decisiones que son manifestación de la búsqueda del juez constitucional por comprender el diseño constitucional autorizado en el que los intereses privados se puedan hacer efectivos en la realización de intereses públicos.

Y cuando produce la jurisprudencia difícil, por ponderar con medidas justas pero complejas de cumplir¹⁴⁴, que la hacen ineficaz¹⁴⁵, meramente simbólica o que de cumplirse generan resultados terribles¹⁴⁶.

Hacia el final, la muestra ha permitido observar igualmente la expresión más radical de profundización del precedente, con una sentencia que resultó ser terrible, pero que se convierte en hito al ponderar frente a derechos adquiridos y permisos, en beneficio de la preservación de los recursos naturales como riqueza llamada a ser protegida por el Estado, dada su fragilidad e importancia para la sostenibilidad humana¹⁴⁷.

En conclusión, trazos de la jurisprudencia de una Corte constitucional pluralista, activa, creativa, atrevida, tímida aún, pero cada vez más consciente del significado y la relevancia de lo económico en la realización o no, a lo largo y ancho, del orden constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR y CHRISTIAN COURTIS: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014.
- BECCARIA, CESARE: *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1979.
- COURTIS, CHRISTIAN: “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006.
- GARCÍA AÑÓN, JOSÉ: “Derechos sociales e igualdad”, en *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y JOSÉ RAFAEL ESPINOSA: *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Debate, 2014.

¹⁴² *Ibid.*, sentencias C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴³ *Ibid.*, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴⁴ *Ibid.*, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁴⁵ *Ibid.*, Sentencia C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁷ *Ibid.*, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- INSIGNARES GÓMEZ, ROBERTO y MARY CLAUDIA SÁNCHEZ PEÑA: “Los principios constitucionales del sistema tributario”, en *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- KALMANOVITZ KRAUTER, SALOMÓN: *Constitución y modelo económico*, Bogotá, Banco de la República, 2001.
- LOZADA, MARCELO: *La Corte Constitucional colombiana en el contexto de la fragmentación del derecho internacional: desafíos y posibles alternativas para la recomposición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017 (en proceso de edición).
- PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO: *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PRIETO-RÍOS, ENRIQUE ALBERTO: “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado social de derecho”, *Revista Estudios Sociojurídicos*, vol. 13, n.º 1, Bogotá, 2011, págs. 109-143.
- QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL: *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2015.
- SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR: “El modelo económico en la Constitución de 1991”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR, *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia: análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español*, Madrid, 2010. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5246/33749_santaella_quintero_hector.pdf?sequence=1.
- SANTIAGO JUÁREZ, MARIO: *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, 2007.
- UCKMAR, VÍCTOR: *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Bogotá, Temis, 2002.
- VILLAR BORDA, LUIS: “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- WIELAND, CARSTEN: “¿Colombia en el camino hacia una economía social de mercado?”, *Serie Reportajes Internacionales*, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-358 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-371/2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-150/2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-865/2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia C-750/2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
Sentencia C-031/2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencia C-608/2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencia C-121/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia C-199/2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Sentencia C-644/2012, M. P. Adriana María Guillén Arango.
Sentencia C-368/2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.
Sentencia C-163/2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
Sentencia C-601/2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
Sentencia C-178/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.
Sentencia C-184/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
Sentencia C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
Sentencia C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.
Sentencia C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Sentencia C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.
Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.
Sentencia C-634/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.
Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia C-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
Sentencia T-058/2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
Sentencia T-736/2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
Sentencia T-594/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
Sentencia T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA Y SU APLICACIÓN JUDICIAL

NÉSTOR OSUNA PATIÑO*

1. INTRODUCCIÓN

Este informe pretende acercarse al punto de contacto entre el derecho constitucional y la economía en Colombia. La definición de Colombia como Estado social de derecho, en la Constitución de 1991, ha generado una serie de discusiones doctrinales sobre el modelo económico que sea compatible con todos los postulados de la Constitución y con la garantía de los derechos establecidos en ella. Esta discusión también ha girado sobre cuál o cuáles deban ser los poderes públicos encargados de hacer efectivo el Estado social de derecho, si el legislativo, como en la ortodoxia del Estado liberal clásico, o el ejecutivo o el judicial, y dentro de este último, sobre el papel de la Corte Constitucional.

La exposición se divide en dos partes. La primera analiza el desarrollo del modelo constitucional económico colombiano hasta la Constitución de 1991. Asimismo, se expondrá, además de un breve desarrollo histórico, el modelo que establece la Constitución, las diferentes denominaciones que le ha dado la Corte Constitucional, el concepto de neutralidad y los puntos favorables y desfavorables sobre la intervención del juez constitucional en estas discusiones económicas. En la segunda parte, se expondrán tres casos en los cuales la Corte Constitucional ha desempeñado un papel determinante en situaciones de crisis económicas o que generan un impacto fiscal muy importante en el erario. Finalmente, se delinearán algunas conclusiones sobre la función que ha desempeñado la Corte Constitucional en el marco de la constitución económica y la protección de los derechos de los colombianos.

2. MODELO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO COLOMBIANO

Un breve vistazo a la historia constitucional colombiana permite apreciar que durante el siglo XIX, desde las constituciones inaugurales del Estado, se adoptaron las instituciones económicas propias del liberalismo abstencionista,

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia.

lo que trajo consigo que se reconocieran los derechos a la propiedad privada, la libertad de empresa (luego denominada de industria y comercio), la libertad de profesión y oficio y la abolición de la pena de confiscación. Así ocurrió tanto en las constituciones más progresistas (1821, 1832, 1853, 1858, 1863) como en las conservadoras (1843, 1886). También en la reforma constitucional de 1910, que reestructuró la política colombiana, se mantuvo el esquema económico del liberalismo clásico.

Ya entrado el tercer decenio del siglo xx, en la reforma constitucional de 1936, se introdujeron principios solidaristas y de intervención en la economía propios del Estado social que entonces comenzaba a tomar forma en las democracias occidentales. El texto constitucional se vio enriquecido con el establecimiento de la propiedad como “función social” y con el principio general de la intervención estatal en la economía, con la posibilidad de expropiación en casos de utilidad común. En 1968 se agregó a lo anterior la idea de la planificación estatal como instrumento de intervención en la economía.

En la Constitución de 1991 se introdujo la definición de Colombia como “Estado social de derecho”, lo cual trajo importantes consecuencias no solo teóricas, sino también prácticas, como se puede apreciar en el siguiente extracto de una sentencia de la época inaugural de la Corte Constitucional:

“La unidad normativa de la Constitución y su interpretación sistemática permiten vincular directamente las disposiciones que conforman la llamada «constitución económica» —título xii del Régimen Económico y de la Hacienda Pública— con el principio fundamental del Estado social de derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial, los derechos sociales, económicos y culturales (Const. Pol., artículos 42 a 77). Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas (Const. Pol., artículos 324, 334, 350, 357, 366). El carácter programático de las disposiciones económicas no es óbice para que el Estado desatienda sus deberes sociales cuando las necesidades básicas ya han sido cubiertas mediante el desarrollo de la infraestructura económica y social y, por lo tanto, se encuentre materialmente en capacidad de satisfacerlas, ya de manera general o particular. En estas circunstancias se concretiza la existencia de un derecho prestacional del sujeto para exigir del Estado el cumplimiento y la garantía efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales” (Sentencia T-426 de 1992).

De acuerdo con lo anterior, JUAN CARLOS UPEGUI (2009) considera que la armonización entre un Estado social y un tipo de modelo económico tiene efectos concretos en cuatro situaciones. La primera, la “definición democrática de la agenda social” que persigue que el Estado corrija “aquellos aspectos que impiden que las personas tengan acceso a los bienes mínimos del progreso” (pág. 60). En segunda medida, en la intangibilidad de los recursos sociales, de

manera que habrá un régimen especial de hacienda pública, visible, por ejemplo, en el artículo 366, que establece “la prioridad del gasto social”. Tercero, “la esencialidad de los servicios públicos” y, finalmente, la idea de “la justicia del modelo tributario” que propugna por un modelo redistributivo de la riqueza.

También ALEXEI JULIO (2002) ha señalado que “esta forma de Estado supera la visión de la economía y de la sociedad como esferas puramente fácticas externas al derecho. La consagración de un título de la constitución, dedicado al régimen económico, pone de presente que en las normas constitucionales pueden encontrarse los criterios superiores llamados a orientar positivamente la vida económica y social, en modo alguno ajena al ordenamiento jurídico” (pág. 185).

Según lo ha constatado la Corte Constitucional colombiana en reiterada jurisprudencia, la constitución económica está compuesta por “las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos” (sentencias C-265 de 1994, C-624 de 1998 y T-426 de 1992). De acuerdo con ello, la propia Corte considera que este subsistema específico “supone entonces la realización del orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo de la Carta Fundamental, para lo cual asume como imperativo positivo la ordenación del Estado en aras de obtener los beneficios del desarrollo armónico, de la promoción de la productividad y de la competitividad, en la explotación, transformación y producción de bienes y en la prestación de servicios” (sentencia C-865 de 2004).

Así las cosas, ALEXEI JULIO (2002) considera que de dicha interpretación se desprende una serie de principios que caracterizan a la constitución económica de 1991. Entre ellos: a) el Estado debe elaborar políticas que potencien las libertades estipuladas en los derechos fundamentales; b) se garantiza la propiedad privada pero con una función social; c) la calidad de los bienes y servicios serán objeto de regulaciones sociales y de vigilancia pública; d) los recursos naturales se convierten en materia de regulación e intensa protección; e) el Estado debe propender no solo por el crecimiento económico, sino también por el desarrollo sostenible; f) se protege la libertad económica y la iniciativa privada dentro los límites del bien común, el ambiente y el patrimonio cultural; g) se promueve el funcionamiento transparente del libre mercado; h) se ordena estimular altos niveles de productividad y competitividad; i) la dirección de la economía está a cargo del Estado; j) se considera fundamental solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, entre otros derechos.

En la Sentencia C-865 de 2004 de la Corte Constitucional, se hace un esfuerzo de armonización de los anteriores principios del siguiente modo:

“La conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (Const. Pol., artículo 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna, ha permitido a esta Corporación entender que nuestra economía, con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada «economía social de mercado», según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la nación.

”Para lograr que lo anterior ocurra, en materia de libertad económica, la Constitución Política permite que la autonomía de la voluntad privada y los atributos de la propiedad, se expresen en la consolidación de mercados libres de bienes y servicios, a través de los cuales se facilite la circulación de la riqueza y se permitan obtener los beneficios derivados del ciclo natural de la renta. Esto significa que los distintos actores de la economía social de mercado consiguen un beneficio por la permisión de su existencia. El Estado recibe vía impositiva recursos para destinarlos al empleo y al bienestar social. Los empresarios acumulan riquezas y desarrollan una actividad libre como expresión de su autonomía. Y, los trabajadores, logran prestar sus servicios y recibir a cambio salarios y prestaciones”.

No obstante, es importante mencionar que la denominación del modelo constitucional colombiano de mercado ha tenido varias modificaciones, hechas principalmente por la Corte Constitucional, ya que propiamente la Constitución no lo hizo. Por ejemplo, como lo anota MAGDALENA CORREA (2008), en la Sentencia T-425 de 1992 se habla de un “sistema de economía de mercado”, en la C-265 de 1994 se menciona una “economía dirigida de mercado”, y de una “economía social de mercado”, como lo anota la ya mencionada Sentencia C-865 de 2004, así como las sentencias C-616 de 2001 y C-032 de 2017, entre muchas otras. ALEXEI JULIO (2002) tendrá sus reparos frente a la última denominación, pues considera que se trata de un sistema complejo en el que “las libertades económicas clásicas ponen límites a la actuación de los poderes públicos; los valores y principios, de otro lado” y se cumple “la función de mandatos informadores de actividad en las instancias estatales con competencias en la materia, al establecer el sentido de cómo deben utilizarse los diversos instrumentos de intervención en la economía”, a pesar de que “el mercado continúa siendo un elemento central de la constitución económica, que conserva por tanto un rasgo marcadamente liberal” (págs. 194-195).

Frente a estas discusiones, RODRIGO UPRIMNY y CÉSAR RODRÍGUEZ (2005) adoptan una posición intermedia, pues razonan que la constitución económica

colombiana es abierta “porque no institucionaliza un modelo económico rígido y otorga [...] una amplia libertad de decisión al legislador y un margen apreciable de actuación al ejecutivo y a las otras autoridades económicas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en numerosas sentencias” (págs. 38-39). Ahora bien, lo que la realidad ha demostrado es que las variables económicas y políticas han tenido un papel determinante para demostrar la calidad e intensidad de un sistema económico que otro. Dicha pluralidad de mercados, como anota ALEXEI JULIO, ha sido difícil de conciliar en la práctica, por ejemplo en “la exploración y explotación de hidrocarburos o de la construcción de grandes obras de infraestructura, que conduce a una relativización de los derechos de la parte más débil, y a la utilización meramente instrumental del mecanismo previsto para conciliar las bases del conflicto: la consulta a las comunidades [...] afectadas” (págs. 197-198). Es en este sentido que ha cumplido un papel importante la Corte Constitucional para dirimir dichas situaciones de conflicto. Así, la configuración del modelo económico no ha sido desarrollada únicamente por el legislador u otras autoridades económicas, como lo quiso definir la propia Corte, sino que también la Corporación se ha atribuido dicho papel en la solución de controversias económicas que involucran principalmente derechos sociales.

Frente a esta intervención de los jueces en la economía, se ha desarrollado una serie de objeciones agrupadas en varias especies de críticas, como lo expone UPRIMNY (2001). A continuación, se mencionan algunas de ellas. Las primeras cuestionan la idoneidad técnica de los jueces en asuntos de teoría económica, lo que generaría malas decisiones judiciales en este tipo de materia. Frente a esto, UPRIMNY replica mencionando que esta situación es muy debatible, pues “en derecho existen los peritos, las audiencias y los conceptos técnicos, precisamente para que los tribunales se familiaricen con los temas que no conocen, sean estos económicos o de otra naturaleza” (pág. 153). Además de lo anterior, considera que si los jueces son capaces de dirimir asuntos criminalísticos, arquitectónicos, médicos, entre otros, ¿por qué no podrían hacerlo sobre asuntos económicos? El segundo tipo de críticas hace referencia a la insensibilidad y el populismo de los jueces por las consecuencias financieras que generan. Y el argumento no es de poco peso, pues en efecto, ha existido resistencia de algunos académicos (CLAVIJO y KALMANOVITZ), del Gobierno, de algunos medios de comunicación y de sectores de la sociedad civil por los altos impactos fiscales que han producido algunos fallos. Por ejemplo, recientemente un fallo de tutela, y del cual se hará mayor mención más adelante, la Corte Constitucional reconoció un contrato laboral a 106 madres comunitarias (quienes se dedican al cuidado especial de niños en situaciones de vulnerabilidad), con una institución del Estado colombiano, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Dicho reconocimiento, le costaría al fisco cerca de 16 billones de pesos, es decir, un poco más de cinco mil millones de dólares (*El Tiempo*, 2017; VILLABONA, 2016).

Pese a ello, UPRIMNY contesta esta crítica con una pregunta muy sugestiva: “¿en qué quedan los derechos humanos, si los jueces se abstuvieran de proteger al inocente, por el temor a las reacciones sociales por un fallo absoluto, o por condenar al Estado por el daño ocasionado por sus agentes, por los efectos financieros negativos de esa decisión sobre el equilibrio fiscal?” (pág. 158). Y agrega que utilizar un enfoque consecuencialista “deja entonces de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de normas, pues deviene un órgano puramente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses, conforme a valoraciones subjetivas” (pág. 160). Por supuesto, a la vez reconoce que los jueces no deben olvidarse completamente de los factores coyunturales económicos, sino que deben tener una visión integral de las consecuencias fácticas de sus fallos. Factor que ha hecho bien a la época, en su criterio, la Corte Constitucional colombiana.

El tercer tipo de críticas apunta al carácter antidemocrático del control constitucional de los procesos económicos por parte del juez. Dicha discusión se remonta incluso al debate *KELSEN vs. SCHMITT* sobre la validez del control constitucional de las leyes por los jueces, pero incluso hoy día continúa en boga de los doctrinantes, por ejemplo, con los importantes aportes del jurista *JEREMY WALDRON*.

Finalmente, el último tipo de críticas tiene que ver con los efectos negativos de las intervenciones judiciales en la naturaleza pluralista de las constituciones, la seguridad jurídica y la política democrática; es decir, sobre la neutralidad de las constituciones en materia económica.

Hasta aquí, se ha tratado de explicar la naturaleza de la constitución económica colombiana con base en algunas discusiones históricas y otras puramente doctrinales o jurisprudenciales. La Constitución de 1991 es el resultado de un sinnúmero de situaciones sociales, políticas y económicas que llevaron a denominar a Colombia como un “Estado social de derecho”, en su artículo 1°. Y es con base en este concepto jurídico que debe entenderse que no hay un modelo económico único que sea claro de determinar. Por un lado, está el artículo 333 que pregona la libertad de empresa y de iniciativa privada, y subsiguientemente, el artículo 334 que determina que la dirección general de la economía corresponde al Estado. Con esta dicotomía, y aunados otros deberes positivos y negativos que tiene el Gobierno en materia de economía, no ha sido fácil establecer nuestro modelo de mercado. La Corte Constitucional colombiana pareciera entender, en lo decantando en reiterada jurisprudencia, que se trata de una “economía social de mercado”, denominación que, sin embargo, tiene resistencia en algunos sectores de la doctrina.

Por tanto, y a manera de conclusión, podría decirse que se trata en últimas de una “economía de mercado como principio y dinámica, como sistema económico que preserve la libertad, los derechos fundamentales, la igualdad social, y por tanto los derechos económicos, sociales y culturales e impida la arbi-

triedad y el abuso de cualquier posición dominante” (CORREA, 2008, pág. 139). Se entiende que este modelo no es rígido ni inflexible. Por el contrario, y como lo ha entendido la Corte Constitucional, “mal podría un texto —que pregona como fundamental el principio de la democracia— constitucionalizar un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar aquellas que le fueren contrarias” (Sentencia C-074 de 1993).

3. IMPACTO ECONÓMICO DE ALGUNAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En el marco de las constituciones transformadoras, como la colombiana, en las que se propugna el desarrollo, garantía y protección de los derechos fundamentales y sociales, bajo el respeto de la libertad económica, el Estado asume una labor prestacional para cumplir con los mandatos constitucionales que le fueron asignados. Sin embargo, en la visión clásica de la separación de poderes, la labor de propugnar por el desarrollo de estos derechos no parecía competelerles, por lo menos de forma principal, a los jueces ni a los tribunales constitucionales. En efecto, son las ramas ejecutiva y legislativa las que en principio tienen asignada la función de diseñar y poner en funcionamiento políticas públicas y marcos normativos que aseguren la realización efectiva de los derechos establecidos en la Constitución. No obstante, la práctica está demostrando que no solo en Colombia, sino también en otras latitudes, el sector judicial ha expandido sus competencias y ha asumido también el deber prestacional del Estado.

Lo anterior puede explicarse desde varias perspectivas. Una de ellas es la realidad del contexto latinoamericano (SIERRA, 2011, pág. 158), en donde la desigualdad social y económica, la pobreza extrema y la falta de condiciones de vida digna hacen que se incumplan los postulados y fines que se establecen en los convenios, tratados internacionales y en las propias constituciones internas de cada nación.

En Colombia, el carácter prestacional de los derechos es acentuado por las garantías de los mismos, que tienen mecanismos judiciales específicos para reclamarlos, tales como las acciones de cumplimiento, popular o de tutela. Cuando se presenta una situación de desprotección, los jueces han encontrado sustento para que mediante sentencias judiciales se le ordene al Estado cumplir con sus mandatos constitucionales y generar condiciones mejores de vida. En algunos casos, los jueces asumen la labor de implementar políticas públicas para ello.

Otra explicación, ligada a la anterior, determina que “la gobernanza, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad

las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis” (HENAÓ, 2013, pág. 71) y por ello, es al juez constitucional a quien le corresponde la función de velar por el cumplimiento de los deberes prestacionales. Esta postura suele criticarse porque plantea un auténtico “gobierno de los jueces”.

Por otro lado, una tercera explicación alude al fenómeno de “constitucionalización del derecho” y al neoconstitucionalismo. Se sabe que la constitucionalización del derecho se entiende como “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”, por lo que existe una “constitución invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como de las relaciones sociales” (GUASTINI, en CARBONELL [ed.], 2003, pág. 49). Ahora bien, pese a la indeterminación conceptual del neoconstitucionalismo, pueden deducirse algunas tesis: la Constitución es material; es garantizada, los derechos fundamentales son principios que se aplican judicialmente mediante la ponderación; no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, en el entendido que el Parlamento todavía conserva sus márgenes de acción (BERNAL, 2009, págs. 92-93).

En gran parte, estos dos fenómenos llegan a Colombia gracias a la instauración de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, como lo reconoce una de las primeras sentencias emitidas por la Corte Constitucional (T-525 de 1992). Sin embargo, el margen de protección se ha ampliado incluso a los derechos sociales y a los derechos económicos, por lo que la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo generan una explosión de la actividad judicial y comportan o requieren de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente (CARBONELL, 2011).

Por supuesto, en Colombia este activismo judicial se ha manifestado y acentuado desde la expedición de la Constitución Política de 1991. La Corte Constitucional ha intervenido en todas las áreas del derecho e incluso en la economía, para adecuar la legislación a los mandatos constitucionales y hacer compatible la heterointegración de normas en el ordenamiento jurídico.

En varias ocasiones, esto ha ocasionado un alto impacto a las finanzas públicas del país. Por ello, a continuación se enunciarán tres ejemplos en los cuales la Corte Constitucional colombiana ha emitido fallos con importantes consecuencias fiscales y que han contribuido a delinear el modelo económico de la Constitución.

A) *La adquisición de vivienda con crédito hipotecario.*
El caso de las “UPAC”

A inicios de los años setenta del siglo xx, se experimentaba en Colombia una coyuntura económica de bajo crecimiento, alto desempleo, poco poder

adquisitivo y reducción del consumo. El Gobierno de entonces, presidido por MISAEL PASTRANA, consideró que una de las formas para reactivarla consistía en introducir un sistema de crédito hipotecario que no fuera afectado por la variación de la inflación (MORA, 2010, pág. 16). Así, surgieron las “Unidades de Poder Adquisitivo Constante —UPAC—”, en virtud de las cuales “los créditos hipotecarios para compra de vivienda y las cuentas de ahorro en UPAC ajustarían su valor de acuerdo con el índice de inflación; es decir, se reconocería o se cobraría un interés por lo menos igual a la inflación” (Banco de la República). Con esto “se garantizaría que el dinero, tanto el que se utilizó para dar un crédito como el que se encuentra en una cuenta de ahorros, mantuviera su capacidad de compra (se podría comprar lo mismo independientemente del aumento de precios en la economía porque el dinero aumentaría de manera proporcional)”.

Como bien lo señala el Banco de la República:

“La UPAC incentivó el ahorro en el país (las personas deseaban ahorrar porque veían que su dinero, en lugar de perder poder de compra, lo ganaba o, al menos, no lo perdía con el tiempo). Como consecuencia, las corporaciones tuvieron recursos para prestar en gran cantidad a los constructores y se logró masificar la construcción de vivienda. Por otro lado, el sistema UPAC permitió ofrecer créditos adecuados a las necesidades de las personas, con cuotas iniciales bajas que se incrementaban con el tiempo pero que correspondían, a lo largo de la vida del crédito, a un porcentaje constante del ingreso familiar porque este último también se ajustaba con la inflación. Lo anterior permitió que muchos colombianos pudieran acceder a créditos para comprar vivienda, el sector de la construcción se desarrollara y se generara un gran número de empleos, especialmente para mano de obra no calificada, lo cual benefició, en general, a la economía nacional”.

En efecto, el sistema UPAC comenzó a tener un auge bastante significativo dados los beneficios que aparentemente ofrecía, pues en el primer año de su existencia, en 1973, el sistema operaba con 98 oficinas y captaba tres mil quinientos millones de pesos y las solicitudes de préstamo para vivienda se calculaban en siete mil millones de pesos, es decir, el doble del ahorro captado (ROSAS, 1973, citado por MORA, 2010).

Uno de los factores importantes del sistema fueron las entidades financieras de carácter privado, llamadas “Corporaciones de Ahorro y Vivienda —CAV—”, las cuales eran las únicas entidades que “otorgaban al ahorrador común de manera simultánea atractivos de liquidez y de rendimiento nominal. En otras opciones, si el ahorrador requería la disponibilidad inmediata de sus ahorros, debía someterse a una rentabilidad nominal nula, como en las cuentas corrientes de los bancos. Si quería un rendimiento financiero substancial, debía dejar sus fondos en poder de los bancos por un largo tiempo, como en los Certificados de Depósitos a Término y otros papeles. El ahorrador en UPAC podía

disponer de sus fondos en cualquier momento y de todas maneras recibir la indexación, que era una remuneración al menos nominal de sus depósitos, a veces de magnitud importante, cuando la inflación era alta” (CUERVO y JARAMILLO, 2009, págs. 4-5).

Ahora bien, como ya se mencionó, las UPAC se ajustaban de acuerdo con la inflación, pero por asuntos de coyuntura macroeconómica se debió modificar, en varias ocasiones, la fórmula para su cálculo. Por ejemplo, en 1972 se calculaba con el índice de precios al consumidor correspondiente al trimestre anterior, pero algún tiempo después se anualizó ese cálculo. “A partir de 1984, se introdujo por primera vez un componente de tasa de interés al cálculo de la corrección monetaria, componente que se elevó en 1988 (35% del valor de la DTF —*Depósitos de Termino Fijo*¹— del mes anterior) y posteriormente en 1992 (50% del promedio de la DTF calculado para las ocho semanas anteriores). Para terminar, en 1994 se excluyó de su cálculo el índice de precios y la fórmula quedó totalmente dependiente de la tasa de interés de mercado” (MOLINA, 1999, citado por MORA, 2010).

Varios estudios demuestran que como consecuencia de estas modificaciones en el modo de calcular el “poder adquisitivo constante”, en verdad los mecanismos de indexación no indexaron (ECHEVERRY, GRACIA y URDINOLA, 1999); y, además, las variaciones que sufrieron el IPC y el DTF llevaron a que las tasas de intereses se volvieran excesivamente altas, en especial a finales de los años noventa del siglo pasado, por lo que para muchas familias los créditos de vivienda se convirtieron en impagables, con cuotas que aumentaban mes tras mes en pesos, sin que se indexaran los salarios, en un momento en que además, los precios de las viviendas bajaron ostensiblemente (MOLINA, 1999, citado por MORA, 2010, pág. 18).

Como fruto de lo anterior, cerca de medio millón de familias estaban en el riesgo de perder su vivienda, lo que por supuesto generó un aluvión de litigios judiciales sobre créditos de vivienda no pagados (150.000 procesos en el 2002); lo que trajo consigo, como consecuencia, que unos veinte mil inmuebles para vivienda fueran entregados como dación en pago a las instituciones prestamistas (MOLINA, 1999, citado por MORA, 2010).

Dadas estas condiciones de crisis económica, se demandaron, mediante la acción pública de inconstitucionalidad, algunas de las disposiciones que regulaban este sistema de crédito hipotecario a largo plazo. Fruto de esas demandas, la Corte Constitucional expidió las sentencias C-252 de 1998; C-383, 700 y 747 de 1999, en las cuales abordó tres temas específicos: corrección monetaria y sistemas de financiamiento, reliquidación de las deudas hipotecarias e imposición de límites a las tasas de interés. Se hará a continuación una breve mención de cada uno.

¹ Cursivas fuera del texto original.

a) *La corrección monetaria y los sistemas de financiamiento*. En su análisis sobre el sistema de financiamiento propio de las UPAC, la Corte determinó que esas unidades no debían estar atadas a la tasa de interés sino a la variación del índice de precios, que estaba prohibida la capitalización de intereses y que el pago adelantado (prepagó) de las deudas no podía ser penalizado por las entidades prestamistas.

En cuanto a lo primero, se tiene que en el caso que condujo a la Sentencia C-383 de 1999, se había demandado que la determinación de los valores de la moneda legal del UPAC “procuren reflejar los movimientos de la tasa de interés de la economía”. A ese respecto, la Corte consideró lo siguiente:

“[S]e incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no solo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello, destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del derecho, es decir, opuesto a la «vigencia de un orden justo», como lo ordena el artículo 2° de la Constitución”.

Por ello, con otras consideraciones, se declaró inconstitucional la expresión demandada. Dicha decisión fue fundamental, no solo por incluir la equidad como criterio del modelo económico de la Constitución, sino también porque logró evitar a futuro los altos costos que representaban para los deudores las tasas de interés real (CLAVIJO, 2001).

Otras de las consecuencias positivas de esos fallos de la Corte Constitucional, según la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF, 2011), “es que al prohibir la capitalización de intereses, regular los sistemas de amortización y exigir al menos el 30% en la cuota inicial se evitan esquemas de pago que pueden volverse insostenibles a medida que avanza la vida del crédito” (pág. 18).

Por último, la Sentencia C-252 de 1998 resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2229 del Código Civil, según la cual el mutuario podrá pagar la suma que le fue prestada, salvo si se han estipulado intereses. Por supuesto, la pretensión de la demanda cobijaba la extensión normativa al sistema UPAC para que el sistema financiero aceptara prepagos de la deuda por parte de los deudores. Para ANIF (2011), “no cabe duda de que ello promueve la competencia entre los oferentes de crédito y beneficia al deudor, tal como tiende a ocurrir en los países avanzados” (pág. 20). La Corte avaló con su sentencia esta posibilidad de pago adelantado a pesar de haber pactado intereses.

En resumen, CLAVIJO (2001) considera que la intervención de la Corte Constitucional sobre la corrección monetaria y el sistema financiero tuvo aciertos y desaciertos. Como aciertos señala lo siguiente: fue correcto atar la

tasa de interés a la inflación para evitar sorpresas a futuro en las tasas efectivas de interés reales; al prohibir la capitalización de intereses hipotecarios y regular los sistemas de amortización, se evitaban sobresaltos en el servicio de la deuda futura; y al aceptar pagos adelantados, se promueve la competencia. Asimismo, al fijar las tasas de interés real, se facilita la “titularización”; y al exigir un mínimo del 30% en cuota inicial, se evitan esquemas de pago insostenibles y posible anatocismo.

Como principal desacierto, señala el mismo auto que se redujo el acceso al crédito al requerirse más cuota inicial, al prohibirse la capitalización de intereses bancarios, al introducir un riesgo de prepago, al extender los plazos del pago en un ambiente de incertidumbre y al generar un “descalce” financiero entre el activo y el pasivo.

b) *La reliquidación de deudas hipotecarias.* Mediante la Sentencia C-383 de 1999, la Corte Constitucional obligó a todas las instituciones financieras que manejaban créditos con el sistema UPAC, a reliquidar esos créditos de conformidad con unos parámetros que la propia sentencia estableció, los cuales disminuían notablemente el margen de ganancia de esas instituciones financieras.

Ello ocurrió como consecuencia de la decisión de la Corte de atar la corrección monetaria de los créditos a los índices de variación efectivos en los precios al consumidor y no en las tasas de interés. Esto restituyó el salario real del crédito y la capacidad de las familias deudoras de honrar la obligación. Sin embargo, según varios analistas, en este caso fueron más notorios los efectos negativos: se agravó la iniquidad por tratamiento asimétrico entre el ahorro y la deuda, por hacer reliquidaciones sin distinción de la capacidad económica de los deudores y sin límites en la cuantía, lo que condujo a que se tuvieran que aumentar los impuestos por vía de gravámenes indirectos (CLAVIJO, 2001).

c) *Imposición de límites a las tasas de interés.* En la Sentencia C-479 de 2001, la Corte Constitucional consideró que la promoción de la vivienda digna, establecida como derecho en la Constitución, acarrea consigo la facultad del Estado para intervenir en el control de los precios de la misma, mediante la fijación de topes a las tasas de interés (ANIF, 2011, pág. 23). La imposición de límites a los precios pareciera ir, en principio, en contra de la libertad económica y de un modelo de mercado abierto. No obstante, como lo anota CLAVIJO (2001), la intervención en la economía puede permitirse para la corrección de imperfecciones en el mercado, por ejemplo, cuando se constituyen oligopolios o para mejorar la distribución del ingreso. Sin embargo, según este autor, en esa sentencia de la Corte Constitucional no se evidenció ninguna de las situaciones descritas, por lo que se generaron efectos perversos como afectar la confianza del negocio del sector financiero y limitar la oferta del mercado en cuestión.

Ahora bien, el criterio de CLAVIJO puede controvertirse, pues la limitación de la tasa de interés se justificaba con el precedente constitucional que establecía la *equidad* como criterio orientador del modelo de mercado, en especial para la vivienda digna. Las excesivas tasas que se estaban cobrando perjudicaban notablemente a los deudores de los créditos hipotecarios, que en muchos casos debían entregar sus casas como dación en pago y a pesar de ello no alcanzaban a pagar el saldo total de sus deudas, lo cual, sin duda, afectaba el mínimo vital y la dignidad humana. CLAVIJO incurre en este punto en un excesivo análisis consecencialista, basado en suposiciones económicas de las expectativas que a futuro podrían tener los oferentes del mercado de vivienda.

Otros economistas también argumentan que, en general, la intervención de la Corte Constitucional en esta crisis no fue acertada. KALMANOVITZ (1998), por ejemplo, considera que el “análisis sobre las UPAC era equivocado, porque el problema no residía en el sistema en sí, sino en la economía y en el riesgo que representa Colombia en el concierto internacional” (pág. 2), por lo que la Corte no debió inmiscuirse en este tema para solventar la crisis. En la misma línea, CÁRDENAS y BADEL (2003) expresaron lo siguiente:

“Aunque era necesario corregir esa situación, la intervención de las autoridades judiciales fue más allá y cuestionó las bases legales mismas de un sistema que tenía cerca de 30 años de existencia. Ante la incertidumbre sobre las reglas del juego, un gran número de deudores incumplió sus obligaciones y, como era de esperarse, los bancos detuvieron el otorgamiento de nuevos créditos. En otras palabras, la crisis dejó de ser un fenómeno de naturaleza cíclica provocado por las fluctuaciones en las entradas de capitales (amplificado por algunos factores de política fácilmente corregibles), para convertirse en una crisis estructural que se prolongó innecesariamente, debido a decisiones judiciales que afectaron la confianza en la institucionalidad vigente”.

Por otra parte, están quienes consideran que la intervención de la Corte Constitucional no solo fue correcta, sino que también era necesaria. Por ejemplo, CASTAÑO (2013) considera que la postura de CÁRDENAS es “apocalíptica” y que además no fue certera, ya que como lo demuestra la Cámara Colombiana de la Construcción, posterior al período de la crisis, desde el 2000, el sector de la construcción se recuperó y creció significativamente. Además, argumenta que ante la omisión del ejecutivo y del legislativo para solventar la situación, la Corte no debía quedarse aislada e inerte frente al tema, pues en su deber está proteger el derecho a la vida digna y su accionar logró mover al sistema político para que se legislara con base en las consideraciones que se hicieron en los fallos que había emitido.

B) *La sostenibilidad fiscal*

La reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo 3 de 2011 incluyó varios párrafos nuevos al artículo 334 de la Constitución, en los

cuales se incluyó la “sostenibilidad fiscal” como criterio que debe orientar el marco de acción de las ramas ejecutiva y legislativa del Estado. Asimismo, esa reforma constitucional creó el incidente de impacto fiscal, con el siguiente texto:

“El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

La motivación para la creación de este nuevo criterio constitucional se dio en razón de los siguientes puntos, citados textualmente del proyecto de reforma:

“1. La sostenibilidad fiscal es un requisito para garantizar la prestación de los derechos económicos, sociales y culturales como parte esencial del Estado social de derecho y que la misma facilita la progresividad en la atención del conjunto de los derechos, teniendo como marco la disponibilidad de recursos destinados para ello, encontrando como fundamento superior la prevalencia del interés general y atendiendo las prioridades de gasto de acuerdo con las disposiciones constitucionales tal y como lo prevé, por ejemplo, el artículo 350 de la Constitución.

”2. Es necesario tener una disposición constitucional expresa que contenga un derecho de todos, que garantice que el Estado tendrá las condiciones, dentro de sus propias limitaciones de recursos, de garantizar la prestación y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ende una realización sostenible y eficiente del Estado social de derecho, al tiempo que imponga un deber a las ramas y órganos del poder público de proteger con sus decisiones y actuaciones el mencionado derecho.

”3. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia que tiene en el ámbito internacional la progresividad en el otorgamiento de los derechos económicos, sociales y culturales *entendidos en su conjunto* y que el cumplimiento de dichos postulados se soporta en el aprovechamiento máximo de los recursos con que cuenta el Estado, lo cual justifica constitucionalmente la modificación superior que se propone, puesto que solo dentro de un ambiente de sostenibilidad fiscal, es posible la realización plena del Estado social de derecho privilegiando el interés general sobre el particular, tal como ya exige el artículo 1° de nuestra Constitución.

”4. Las limitaciones fiscales, vale decir, la escasez de recursos para financiar el gasto público social, hace necesario que el Estado diseñe unas políticas públicas que permitan un avance sostenido en el cumplimiento de

los derechos sociales, teniendo en consideración las posibilidades fiscales. Lo anterior, por supuesto, es requisito indispensable para alcanzar la estabilidad macroeconómica.

”5. Desde el punto de vista de la distribución de competencias en el Estado, corresponde ante todo al legislador, en coordinación con el ejecutivo, definir el contenido y alcance concretos de los derechos sociales y económicos, sin dejar de tener en cuenta la situación fiscal y de la política económica general. Dicho alcance deberá, en cada caso particular e incluso en ocasiones de manera general, ser aplicado por los jueces, lo cual resalta la importancia de la colaboración de todas las ramas y órganos del poder público de alcanzar una sostenibilidad fiscal que garantice, de manera efectiva, la prestación y el goce de los derechos, dentro de las garantías y limitaciones impuestas al Estado”.

Este acto legislativo fue demandado ante la Corte Constitucional por presuntamente “sustituir” la Constitución, ya que a juicio del demandante se vulneraban el concepto del Estado social de derecho, los fines del Estado y la efectividad de la acción de tutela. Según su criterio, al establecer la regla fiscal como criterio orientador de las actividades del Estado, “quedarían en el limbo” los derechos económicos, sociales y culturales, así como los de primera generación, en virtud de que su cumplimiento y debida protección quedarían supeditados a las finanzas públicas de la nación y a la disponibilidad de dinero para su garantía. Frente a dicha argumentación, en un primer fallo (C-132 de 2012), la Corte Constitucional se inhibió de pronunciarse sobre el fondo del asunto por ineptitud de la demanda, pues consideró que no se habían demostrado con suficiencia los lineamientos constitucionales que se consideraban vulnerados.

Posteriormente, como desarrollo de la reforma constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 1473 de 2011, “por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones”. Esta ley fue demandada ante la Corte Constitucional, por cargos que aludían a la afectación del núcleo esencial de los derechos fundamentales y por sustituir los elementos esenciales del Estado social de derecho. En la Sentencia C-288 de 2012, la Corte declaró la constitucionalidad de las normas demandadas, pero introdujo unas consideraciones que merecen destacarse. En primer lugar, la Corte consideró que introducir la sostenibilidad fiscal en la constitución económica es legítimo, siempre y cuando se garantice la consecución de los fines del Estado social de derecho. Así las cosas, el Tribunal hizo un análisis material para determinar si la neutralidad económica de la constitución, los principios de libertad de empresa y libertad de competencia eran compatibles con la regla fiscal que se introducía, lo cual le permitió concluir que la sostenibilidad fiscal es un mero instrumento y criterio para conseguir los fines del Estado social de derecho, y no un principio constitucional.

En segundo lugar, y ligado con lo anterior, la Corte analizó si la sostenibilidad fiscal se debía entender como *principio* o como un mero criterio orientador

de la actividad estatal. Lo anterior tiene relevancia, ya que, si es considerada la primera opción, deberá el juez ponderar, en caso de colusión de principios, si la sostenibilidad fiscal puede socavarse en aras de garantizar un derecho. En términos de la Corte, “no es viable sostener que la sostenibilidad fiscal deba ponderarse con los principios constitucionales fundamentales, habida consideración que un marco o guía para la actuación estatal carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado. En otros términos, no puede plantearse un conflicto normativo, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del Estado social de derecho, pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados”. Por lo anterior, la sostenibilidad fiscal en ningún caso podrá tener la categoría jerárquica que gozan los derechos fundamentales.

En tercer lugar, la Corte examinó el incidente de impacto fiscal, en virtud del cual un ministro o el Procurador General de la Nación podrían interponer un incidente una vez producida una sentencia judicial de una alta corte para hacer oír su voz sobre el impacto de la misma en la sostenibilidad fiscal del Estado, y así solicitar que se module la decisión para evitar alteraciones fiscales graves. Al respecto, la Corte evaluó el cargo de la demanda que consideraba que se afectaba el principio de separación de poderes, para concluir que no se constataba esa vulneración por varias razones: la primera, que “aunque las autoridades judiciales están llamadas a tener en cuenta el criterio orientador de sostenibilidad fiscal, ello no significa que estén obligadas a plantear un estudio detallado sobre las implicaciones fiscales de sus fallos, entre otras razones porque ello excedería los límites de sus competencias constitucionales”. En segundo lugar, “en virtud del incidente en comento no podría modificarse una decisión que protege derechos constitucionales, al punto de cambiar el sentido de la decisión a uno que niegue el amparo de esas garantías. Esto debido a que esa transformación no versaría sobre los efectos, sino sobre la sentencia en sí misma considerada, que por mandato de la Constitución no puede verse afectada por lo que resuelvan las altas cortes como consecuencia del trámite del incidente de impacto fiscal”. Es decir, la Corte hizo una diferenciación entre la *decisión* y la *orden* judiciales, para determinar que en virtud del incidente de impacto fiscal solo podrá modificarse la orden y nunca la decisión de tutelar un derecho.

Esta discusión suscitó enorme controversia. Quienes la defendían argumentaban que los fallos de los tribunales de cierre han sido excesivamente costosos para el erario, pues los jueces no tienen en consideración los efectos fiscales que pueden producir por concentrarse específicamente en aspectos deontológicos. Quienes están en la otra orilla, criticaban con vigor que podrían verse desprotegidos los derechos de las personas por dejarlos a la suerte de

la disponibilidad presupuestal para su tutela. A pesar de esto, la Corte Constitucional efectuó una decisión que podría tildarse de salomónica, aunque un tanto por fuera de sus competencias, para determinar que en ningún caso la sostenibilidad fiscal podrá considerarse como un *principio* de la Constitución Política, pero que será criterio para todas las ramas del poder público, incluso para el sector judicial, y en un dado caso que se vea afectado el fisco, podrá acudir al trámite del incidente de impacto fiscal para eventualmente solicitar la modulación de los efectos que podría desplegar una sentencia.

C) *El caso de las madres comunitarias*

Hace ya treinta años, el Congreso de la República expidió la Ley 89 de 1988, “por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, que determinaba lo siguiente: “[...] el incremento de los recursos que establece esta ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país [...]”. La propia ley definió los hogares comunitarios como “aquellos que se constituyen a través de *becas* del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF— a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país”.

En cabeza de dichos hogares se encuentran las madres comunitarias, que se dedican a cuidar a quince niños o más, alimentarlos, adelantar con ellos actividades pedagógicas y velar por su salud. Es decir, realizan una auténtica labor social a favor de los niños y las niñas más desprotegidos del país.

Hace algunos meses, 106 madres comunitarias interpusieron una demanda mediante la “acción de tutela”, en la que solicitaron protección constitucional frente a los siguientes hechos: su jornada laboral empieza a las “5:00 a.m. con el alistamiento de la casa y la preparación de los alimentos para las niñas y niños beneficiarios. A partir de las 8:00 a.m. reciben a los menores para dar inicio con las actividades lúdicas, las cuales supuestamente deberían culminar a las 4:00 p.m., pero realmente finalizan horas más tarde, hasta que el último padre de familia recoge a su hijo” (Corte Constitucional, T-480 de 2016). Afirman que su labor la han realizado de forma permanente, directa y subordinada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues tal entidad verifica y supervisa los estándares que debe cumplir cada hogar comunitario. Afirman que desde su vinculación como madres comunitarias, en el Programa de Hogares Comunitarios del ICBF, han recibido como contraprestación económica la “beca” que estipula la Ley 89 de 1988, la cual solo hasta febrero de 2014 se igualó al salario mínimo legal vigente. Con estos elementos, en su

sentir, el ICBF ha vulnerado sus derechos laborales, ya que el pago, o “beca”, no ha sido reconocido como salario y, por ende, no se les han reconocido sus prestaciones sociales, de manera que tampoco podrían obtener una pensión de vejez.

Con fundamento en los anteriores hechos, solicitaron lo siguiente: “i) que se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo; ii) que se ordene al ICBF pagar, con destino a Colpensiones (entidad pública encargada del sistema pensional), los aportes pensionales no realizados a su favor, junto con los intereses moratorios causados desde la fecha de su vinculación al Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, o, en su defecto, a reconocerles la «pensión sanción», en razón a los *derechos inalienables de las personas de la tercera edad*; iii) que se ordene al ICBF a abstenerse de inaplicar normas de carácter pensional; y iv) que se ordene al ICBF reconocer y pagar las acreencias laborales correspondientes” (Corte Constitucional, sent. T-480 de 2016).

El principal problema que se plantea la Corte Constitucional en la sentencia que resolvió el caso es si existió relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las 106 demandantes que desempeñaron la labor de madres comunitarias en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, desde el 29 de diciembre de 1988 o desde la fecha en que con posterioridad se hayan vinculado al referido programa, hasta la fecha de la demanda o hasta cuando hayan estado vinculadas a dicho programa. Para la Corte Constitucional, sí existió esa relación laboral, por varias consideraciones: en primer lugar, porque concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, sí existió una prestación personal del servicio por parte de las madres comunitarias, recibieron una contraprestación económica por la labor y se constata que el “Bienestar Familiar” ejerció una subordinación directa, ya que impuso las jornadas laborales y utilizó facultades sancionatorias o disciplinarias ante el incumplimiento de algunas directrices por las trabajadoras.

En segundo lugar, dado que entre las madres comunitarias y el “Bienestar Familiar” existió un contrato-realidad de trabajo, la falta de pago de las prestaciones sociales constituye un trato discriminatorio durante un período de tiempo prolongado, aunado a la mala fe de la entidad pública por tratarse de un asunto sistemático, compuesto, continuado y de relieve constitucional. Para la Corte, las entidades del Estado deben dar ejemplo en el trato hacia los trabajadores y cumplir las condiciones que establece la ley. Este factor no lo cumplió durante muchos años el “Bienestar Familiar”, pues solo a partir del 2014 el pago del salario se equipara al salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ordenó tutelar los derechos fundamentales de las 106 accionantes, y por tanto ordenó el pago de salario y prestaciones sociales dejados de percibir, así como los aportes pensionales. También

se le ordenó al “Bienestar Familiar” implementar programas para garantizar los principios de igualdad y de no discriminación a las personas que laboran como madres o padres comunitarios.

El fallo de tutela producido por la Corte Constitucional generó un debate público de importantes dimensiones, en razón al posible descalabro económico que podría generar en las finanzas públicas de la nación. Evidentemente, según la *ratio decidendi* de la sentencia, habría un cambio importante en el precedente cuando se afirma que todo contrato entre el “Bienestar Familiar” y las madres comunitarias es un contrato de trabajo; es decir, que si bien la decisión cobijaba a 106 personas, sus efectos podrían abarcarse a las más de 120.000 madres comunitarias que durante ese lapso prestaron este servicio. Por ello, el Gobierno estimó que si esa sentencia llegara a tener efectos generales, esto es, si se aplicara a todas las madres comunitarias, con tal carácter retroactivo, le costaría al erario más de 30 billones de pesos (cerca de 10.000 millones de dólares estadounidenses), sin intereses, lo que representa seis veces el presupuesto anual que maneja el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (*Semana*, 2016).

Ante dicha preocupación, el Estado colombiano interpuso el recurso de nulidad en contra de la Sentencia T-480 de 2016, en el que alegó cuatro motivos: cambio en el precedente, indebida integración del contradictorio, indebida atribución de legitimación en la causa por pasiva al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y elusión arbitraria de asuntos de relevancia constitucional. Mediante el Auto 186 de 2017, la Corte Constitucional analizó solo la primera motivación, ya que los tres cargos restantes no reunieron los requisitos de carga argumentativa.

Al respecto, la Corporación encontró que sí hubo una violación del precedente constitucional, pues en la Sentencia SU-224 de 1998, sobre la cual versaban similares hechos, la Corte consideró que no se había presentado una vulneración del derecho fundamental al trabajo, por cuanto la madre comunitaria que había demandado no tenía vínculo laboral sino civil con el “Bienestar Familiar”, ya que no se constataron los elementos esenciales de un contrato de trabajo. Sin embargo, la Corte encontró que existen dos líneas jurisprudenciales para determinar la naturaleza jurídica laboral de las madres comunitarias. La primera viene determinada por las sentencias T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001, las cuales niegan un vínculo laboral, y consideran que se trata de contratos civiles. La segunda línea viene dada a partir de la Sentencia T-628 de 2012, en la cual se comienza a reconocer un vínculo laboral entre las madres comunitarias y el ICBF. La razón de dicho cambio se da por la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, normatividad que establece que las madres comunitarias serán vinculadas por un contrato de trabajo con las entidades administradoras de los

Programas Hogares Comunitarios, sin que ello implique que sean servidoras públicas, ni se predique la solidaridad patronal con el “Bienestar Familiar”.

Así las cosas, la Corte Constitucional admite que hubo una violación del precedente por desconocer las sentencias de la primera línea jurisprudencial mencionada. Ello quiere decir, que la Corte admitió que se había equivocado en la Sentencia T-480 de 2016, cuando estableció que entre las madres comunitarias y el “Bienestar Familiar” siempre existía una relación laboral mediada por un contrato de trabajo-realidad. A partir del auto de anulación, la Corte considera que debe analizarse caso por caso, según las situaciones fácticas y jurídicas, para determinar si media una relación de naturaleza civil o laboral.

Por tanto, la Corte decretó la nulidad parcial de la sentencia, pues si bien le dio la razón al Estado en lo mencionado, no revocó la protección que se les dio a las 106 madres comunitarias, ya que considera que aun en esos casos sí se estableció un contrato de trabajo.

4. CONCLUSIONES

La Constitución colombiana de 1991, al establecer un Estado social de derecho, trajo determinados impactos en el campo de la constitución económica, los derechos sociales y el papel que asume la Corte Constitucional en esto. Bien se ha dicho que la Carta Política no introdujo un modelo específico de mercado, sino que estableció un margen abierto a la luz del principio de la libertad económica y de la libre competencia en el mercado. La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha pretendido definir dicho modelo, utilizando expresiones como “economía de mercado”, “economía dirigida de mercado”, y la que más prevalencia ha tenido “economía social de mercado”. No obstante, sin importar la denominación, es claro el mandato constitucional que estipula que el Estado debe velar por la realización y desarrollo de los derechos fundamentales y sociales; garantizar la función social de la propiedad; vigilar la transparencia del mercado, sin afectar la libre competencia; dirigir la economía; solucionar las necesidades básicas insatisfechas de la población; entre otros.

Empero, la falta de efectividad para la garantía de la implementación de estos postulados, en el país y en América Latina, y por los desarrollos teóricos propios de la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo, el juez constitucional ha asumido un papel de activismo para ser él quien vele por la garantía y realización de los derechos fundamentales y sociales. Si bien han surgido críticas por la falta de idoneidad, tecnicismo y por el desborde de competencias, lo cierto es que en la realidad colombiana, la Corte Constitucional ha proferido sentencias, controvertidas, pero certeras para ajustar las dificultades sociales en el marco de la Constitución.

A manera de ilustración de lo anterior, se expuso que la Corte intervino en tres momentos importantes de dificultades económicas en las últimas dos

décadas. Efectivamente, en pleno auge de la crisis de las UPAC, el Tribunal Constitucional profirió una serie de fallos que frenaron abusos y excesos por parte del sistema financiero, en beneficio de los fines del Estado y de la dignidad de las personas. Y como punto a favor, la situación fue notablemente superada e incluso mejorada, después de las sentencias que expidió la Corte Constitucional. En un segundo momento, a partir del acto legislativo que incluyó la sostenibilidad fiscal como criterio orientador del accionar de las ramas ejecutiva y legislativa, la Corte consideró que no debe entenderse que la sostenibilidad fiscal pueda considerarse como principio del ordenamiento jurídico, pues podrían socavarse los derechos fundamentales y sociales en un eventual ejercicio de ponderación. No obstante, dejó abierta la posibilidad para que se tramite el incidente de impacto fiscal y se puedan modular las órdenes que emitan los tribunales de cierre, si el impacto económico llega a ser muy grande para la nación.

Y finalmente, en el caso de las madres comunitarias, se demuestra que la Corte Constitucional no es ajena a las consideraciones económicas en sus fallos. Pues si bien en un momento la Sentencia de tutela T-480 de 2016 pudo haber generado estragos en el gasto público, modificó su decisión, en derecho, al tener en cuenta los argumentos que le expuso el Gobierno mediante el recurso de nulidad. Asimismo, no puede culparse a la Corte de generar excesivos gastos por haber mantenido la protección a las 106 madres comunitarias, pues lo que hizo en este caso fue sencillamente ordenar que se aplique la ley.

Como conclusión, la Corte Constitucional ha sido garante de la tutela de los derechos fundamentales y sociales ante la inactividad que han tenido el legislativo y el ejecutivo en Colombia. Más aún, su papel ha demostrado que puede corregir situaciones bastante desfavorables en la economía. Sin embargo, es notable que con el establecimiento del Estado social de derecho, se le impusieran al Estado demasiados deberes prestacionales que generan sacrificios importantes en el gasto público, por lo que la garantía de los derechos lamentablemente no siempre será efectiva. Y es allí, donde siempre será importante que la Corte Constitucional mantenga su carácter intervencionista.

BIBLIOGRAFÍA

- ANIF (2011), *El crédito hipotecario en Colombia: evaluación del impacto regulatorio poscrisis*, Banco Interamericano de Desarrollo, Disponible en: <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Anif-BID0511.pdf>.
- Banco de la República (s.f.), *El UPAC y la UVR*. Disponible en: http://www.banrep cultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/el_upac_y_la_uvr.
- BERNAL, CARLOS (2009), *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado.

- CARBONELL, MIGUEL, voz “Neoconstitucionalismo”, *Diccionario iberoamericano de derechos humanos y fundamentales*, Universidad de Alcalá, 2011. Disponible en: http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/to_pdf/101.
- CÁRDENAS, MAURICIO y BADEL, ALEJANDRO (2003), *La crisis de financiamiento hipotecario en Colombia: causas y consecuencias*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- CASTAÑO, JAIRO ANDRÉS (2013), “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, 31, págs. 119-160.
- CLAVIJO, SERGIO (2001), “Fallos y fallas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, 12, Bogotá, Universidad de los Andes.
- CORREA, MAGDALENA (2008), *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- CUERVO, NICOLÁS y JARAMILLO, SAMUEL (2009), “Dos décadas de política de vivienda en Bogotá apostando por el mercado” *Documentos CEDE*, 31, Bogotá, Universidad de los Andes.
- ECHEVERRY, JUAN CARLOS, GRACIA, ORLANDO y URDINOLA, BEATRIZ (1999), “UPAC: evolución y crisis de un modelo de desarrollo”, *Archivos de Macroeconomía*, 128, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación.
- El Tiempo* (2017, 18 de abril), “Muchas madres han muerto esperando que Corte falle a nuestro favor”. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-constitucional-estudia-fallo-que-ordeno-pagar-prestaciones-a-madres-comunitarias-del-icbf-78610>.
- GUASTINI, RICCARDO, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio; en CARBONELL, MIGUEL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta y UNAM, 2003, p. 49.
- HENAO, JUAN CARLOS (2013), “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, 15 (29), págs. 67-102.
- JULIO, ALEXEI (2002), “Economía y ordenamiento constitucional”, en *Teorías jurídicas y económicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 171-199.
- (2004), “La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Letras Jurídicas*, 9 (2), Medellín, EPM, págs. 243-260.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN (1998), *Los efectos económicos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Banco de la República. Disponible en: http://www.banrep.org/docum/Lectura_finanzas/pdf/K-EfectosCorte.pdf.
- MORA, ANDRÉS (2010), *El UPAC y la UVR: aspectos generales sobre el origen y desarrollo del crédito hipotecario en Colombia*, Medellín, Universidad EAFIT. Disponible en: <http://www.eafit.edu.co/revistas/revistamba/Documents/upac-uvr.pdf>.

- Revista Semana* (2016, 9 de marzo), “El multimillonario fallo que podría quebrar al ICBF y poner en jaque al Estado”. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/costo-del-fallo-de-la-corte-constitucional-sobre-madres-comunitarias/492270>.
- SIERRA, HUMBERTO (2011), “Reflexiones sobre el futuro de la administración de justicia en América Latina”, *Instituciones Judiciales y Democracia*, Bogotá, Consejo de Estado.
- UPEGUI, JUAN CARLOS (2009), *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- UPRIMNY, RODRIGO (2001), “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Revista de Derecho Público*, 12, Bogotá, Universidad de los Andes.
- UPRIMNY, RODRIGO y RODRÍGUEZ, CÉSAR (2005), *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre derecho y economía*. Bogotá, DeJusticia.
- VILLABONA, JULIÁN (2016), Sentencia de la Corte Constitucional pone en peligro presupuesto de la nación, *Panam Post*. Disponible en: <https://es.panampost.com/julian-villabona/2016/09/05/colombia-sentencia-de-corte-constitucional-podria-afectar-el-presupuesto-de-la-nacion/>.
- Congreso de la República, Proyecto de acto legislativo 16 de 2010, Cámara, *Gaceta* 451 de 2010.
- Congreso de la República, Ley 89 de 1998, *Diario Oficial* 38.635.
- Constitución Política de 1991* (2016), Bogotá, Legis Editores.
- Corte Constitucional, Auto 186 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 525 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, Sentencia C-074 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-383 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-471 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2012, M. P. Adriana María Guillén.
- Corte Constitucional, Sentencia C-132 de 2012, M. P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia T-480 de 2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.

ECONOMÍA Y CONSTITUCIÓN EN GUATEMALA

AYLÍN ORDÓÑEZ REYNA

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

En su desarrollo y como normas supremas de un Estado, las constituciones incluyen en su texto normas destinadas a establecer reglas en materia económica. Estas conforman la denominada constitución económica, expresada en palabras de GERMÁN J. BIDART CAMPOS¹, como el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económico-financieras. Señala el citado autor que lejos de conformar un ámbito separado o independiente, la constitución económica confiere efectividad a los derechos y a las instituciones constitucionales, e inserta en ella los derechos sociales, económicos y culturales, así como aquellos que necesitan para su disfrute y ejercicio de los condicionamientos socioeconómicos que resulten favorables y funcionales.

La regulación del tema es muy distinta en los diferentes textos constitucionales, desde aquellos que no contienen lineamientos básicos para dirigir la economía, como es el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América, fundada bajo ideas liberales surgidas en el siglo XVIII. Para el pensamiento de la época, bastaría con garantizar el derecho de propiedad y la libertad individual, siendo el mercado —bajo la teoría de la mano invisible— el único mecanismo asignador de recursos y distribuidor de riquezas. Por otro lado, las constituciones también pueden orientar el poder estatal para el desarrollo de modelos colectivistas sociales, caracterizados, entre otros aspectos, por la planificación autoritaria de toda la economía y la propiedad social de los medios de producción. Ejemplos de lo anterior pueden hallarse en la Constitución italiana de 1947 y la Constitución cubana de 1976. Asimismo, existen constituciones económicas que adoptan un sistema intermedio, en el que si bien se reconocen libertades individuales propias de modelos liberales, también se establece la dirección del sistema económico por parte del Estado. A manera

¹ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, “La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, en: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 6, México, 2002. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5636/7355>. Fecha de consulta: 20 de agosto de 2017.

de ejemplo se mencionan las constituciones de los países europeos después de la segunda guerra mundial y de los países latinoamericanos durante la segunda mitad del siglo xx².

Respecto de este último extremo, resulta útil puntualizar que debido a la detección de deficiencias en los modelos liberal y de economía planificada, surge en los años 1945 a 1948 en Alemania la denominada economía social de mercado, como modelo que busca el equilibrio entre la libertad económica personal y la solidaridad y justicia social. ALFRED MÜLLER-ARMACK, uno de sus exponentes, menciona que se trata de un sistema “[...] que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social”³. Se señala, además, que esta propuesta no presupone ni la centralización de la actividad económica, ni la total desregulación del mercado sin ningún tipo de redistribución de las ganancias, sino una combinación que equilibre ambas situaciones⁴. La economía social de mercado trata de combinar las necesidades de la libertad económica, por un lado, con la justicia social, por otro. Es un sistema en el que la libertad y la justicia social se complementan⁵.

Para MARCELO RESICO⁶, la economía social de mercado “[...] propone un Estado fuerte pero limitado, cuyo núcleo radica en limitar al mismo tiempo la concentración del poder político y del poder económico”, reafirmando que debe ser fuerte para defenderse de los monopolios y grupos de presión, y salvaguardar la constitución económica, entendida como el conjunto de tareas que el Estado debe realizar para garantizar un sistema de mercado al servicio de toda la población.

La connotación de un Estado fuerte y limitado implica la capacidad de prevenir abusos que puedan derivarse de la concentración del poder económico, enfatizando su acción en la garantía de los derechos individuales y sociales, así como en la prevención de abusos derivados de la concentración del poder político. Al tener como requisitos la división de poderes y la existencia de controles y balances cruzados, se acentúa la restricción en el abuso de las propias tareas del Gobierno⁷.

² JAIME R. LUNA OVANDO, *Las instituciones y el rol del Estado en la economía: una mirada al caso boliviano*, Ecuador, Ediciones Abya-Yala, 2009, págs. 20-27.

³ ALFRED MÜLLER-ARMACK, cit. por JUAN RIVADENEIRA FRISCH, *Economía social de mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 2009, pág. 9.

⁴ MILAGROS K. OLIVOS CELIS, “Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana”, en: *Revista de Investigación Jurídica. Ius*, Perú, Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2011, págs. 5-6.

⁵ MARCELO F. RESICO, *Introducción a la economía social de mercado*, Argentina, Fundación Konrad Adenauer, Edición Latinoamericana, 2008, pág. 11.

⁶ *Ibid.*, pág. 123.

⁷ *Ibid.*, págs. 123-124.

Dentro de los principios generales que definen la economía social de mercado se encuentran⁸: *i*) Responsabilidad individual: relacionada con el rendimiento de cada uno de los individuos que componen la sociedad. La regulación interviene para corregir las desigualdades que determinan en especial las oportunidades. *ii*) Solidaridad: se refiere al aporte que en sus diferentes dimensiones realizan los distintos actores en el desarrollo social, sin que se extienda a tal punto de generar comodidad. *iii*) Subsidiariedad: como herramienta de corrección de inequidades y procura de la justicia social, prestándose y aumentando en la medida que los actores no puedan.

Adicionalmente existe una clasificación de principios operacionales en el sistema de economía social de mercado⁹, siendo estos: *i*) la propiedad privada, como motor del resto de principios; *ii*) la libertad de competencia, hace alusión a los factores de asignación de recursos y la regulación existente; *iii*) responsabilidad individual, para fijar roles y compromisos que desempeñan los distintos actores; *iv*) precios definidos por el mercado: la libre interacción de la oferta y la demanda; es importante la regulación mediante controles a prácticas desleales como monopolios naturales y limitaciones a precios de productos básicos de supervivencia; *v*) información imperfecta, característica en el momento en que el consumidor o el productor desee interactuar en la economía; y *vi*) precio del trabajo, relacionado con la política salarial.

De manera que la economía social de mercado persigue el balance en la libertad de mercado, pero considerando la justicia social como eje del sistema, para que se protejan aquellos derechos individuales como la propiedad y la libertad de industria, pero sin obviar regulaciones de interés social, a fin de evitar marcadas desigualdades sociales.

2. NORMAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CON CONTENIDO ECONÓMICO

En lo que respecta al ámbito local, debe señalarse que los constituyentes no instituyeron de manera expresa un modelo económico específico en la vigente Constitución Política de la República de Guatemala (1985). Tal característica, puede afirmarse, dota al texto fundamental guatemalteco de apertura y flexibilidad. En palabras de ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE, “[...] tratándose de materia altamente sensible en la contienda electoral, habría sido decisión del constituyente dejarla librada [la política económica] a la preferencia del pueblo soberano en cuanto adhesión a determinado programa de los sometidos a su elección”¹⁰. No obstante lo anterior, la referida Constitución sí contiene en su articu-

⁸ JUAN RIVADENEIRA FRISCH, *Economía social de mercado, op. cit.*, pág. 10.

⁹ *Ibid.*, págs. 10-11.

¹⁰ ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE, “Nuestra Constitución”, *Opus Magna Constitucional guatemalteco*, t. I, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional - Corte de Constitucionalidad, 2010, pág. 51.

lado una serie de regulaciones que refieren a los principios rectores de la actividad económica, los que permiten delimitar las formas en que esta habrá de regirse y, por consiguiente, excluir aquellas que no guarden compatibilidad con su texto. Así, el pueblo soberano es el encargado, periódicamente y a través de los órganos legislativo y ejecutivo electos, de terminar de definir el modelo económico aplicable, sobre las bases constitucionales preestablecidas.

Para la determinación de las mencionadas bases o principios que rigen en el ámbito local, se requiere citar las principales normas constitucionales de carácter económico. En primer lugar, nos referimos al preámbulo del texto supremo, el que, como lo ha afirmado la Corte de Constitucionalidad¹¹, si bien no contiene una norma positiva ni sustituye la interpretación de disposiciones claras, sí incluye una declaración de principios por los que se expresan determinados valores, razón por la que podría, ante una duda seria, constituirse como fuente de interpretación sobre el alcance de los preceptos constitucionales. En ese sentido, dentro de los valores que comprende el referido segmento, se encuentra la afirmación de “la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social y la especial relevancia de su protección por parte del Estado, que se organiza con el objeto de protegerla, así como de alcanzar, por conducto de su tutela, el bien común”. En ese mismo sentido, el artículo 1.º constitucional establece que “el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, siendo su fin supremo, la realización del bien común”; y el artículo 2.º instituye como deberes del Estado garantizarle a sus habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

La Constitución, en su Título II, denominado “Derechos humanos”, incluye el catálogo de derechos reconocidos a los habitantes del Estado, distribuidos en cuatro capítulos. El primero contiene los derechos individuales; el segundo, los sociales; el tercero, los derechos cívicos y políticos; y el cuarto, la limitación a los derechos constitucionales en lo que se refiere a los estados de excepción.

En cuanto al tema de análisis, se hará referencia inicialmente a lo relacionado con la cuestión económica contenida en el apartado de derechos individuales.

Así, en el artículo 39 constitucional se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Este artículo afirma que toda persona puede disponer libremente de sus bienes, de conformidad con la ley, y que el Estado garantizará el ejercicio de ese derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, para el alcance del progreso individual y el desarrollo nacional, en beneficio de todos los guatemaltecos. La norma suprema menciona también, en su artículo 40, los supuestos que, en casos concretos, justifican que la propiedad pueda ser expropiada, siendo estos la utilidad colectiva, el beneficio social o el interés público,

¹¹ Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 619-2014, Gaceta n.º 114, sentencia de 4 de noviembre de 2014.

debidamente comprobados. La citada normativa señala que los procedimientos de expropiación deberán sujetarse a la ley y que la indemnización deberá ser previa, salvo caso de guerra, calamidad pública o grave perturbación de la paz. El artículo 41, por su parte, preceptúa que por causas de actividad o delito político, no puede limitarse el derecho de propiedad; prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Y el artículo 43 reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo, con las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

Por otra parte, en el segmento de derechos sociales, sección titulada “Régimen económico y social”, artículo 118, se proclaman los principios de ese régimen: *i*) justicia social; *ii*) obligación del Estado de orientar la economía nacional con el objeto de lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y procurar el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional; y *iii*) actuación complementaria del Estado respecto a la iniciativa privada y a la actividad privada, para el logro de los fines expresados.

El artículo 119 enlista las obligaciones del Estado, dentro de las cuales figuran las de promover el desarrollo económico por medio de la estimulación de iniciativas en las diversas actividades económicas; velar por la elevación del nivel de vida de los habitantes; otorgar incentivos, conforme a las leyes, a empresas industriales que se establezcan en el interior de la República y contribuyan a la descentralización; impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad; defender a los consumidores y usuarios; impulsar programas de desarrollo rural; proteger la formación de capital, ahorro e inversión; crear condiciones adecuadas para la promoción de la inversión de capitales nacionales y extranjeros, entre otras.

Asimismo, en el artículo 130 se regula la prohibición de los monopolios y se señala que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o perjudiquen a los consumidores; por su parte, el artículo 132 indica que constituye potestad exclusiva del Estado, la formulación y realización de políticas que tiendan a crear y mantener condiciones cambiarias y crediticias favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional.

Por otra parte, es pertinente resaltar que en el ámbito guatemalteco, bajo el capítulo titulado “Derechos sociales”, la constitución incluye un amplio catálogo de derechos, dentro de los que figuran la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social, la protección a grupos étnicos y la cultura.

Como es sabido, la efectividad y la garantía de la totalidad de derechos reconocidos debe darse desde el momento en que estos se encuentran establecidos en el texto constitucional y, por lo tanto, poseen el rango de norma

suprema; sin embargo, especialmente en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, su pleno goce se enfrenta a la capacidad económica del Estado. Lo cual no impide su protección, pues al ser normas jurídicas incluidas en el texto fundamental, e incluso, encontrándose fuera de este —como en el caso de los derechos prestacionales reconocidos en instrumentos internacionales de carácter vinculante, en aplicación de los artículos 44 y 46 constitucionales¹²—, son reclamables, plenamente exigibles ante las autoridades estatales y justiciables ante los tribunales constitucionales.

Otro aspecto que dificulta su plena vigencia es la ausencia de formulación de políticas públicas integrales, que contengan su reconocimiento y la respectiva obligación de su respeto. Ante esa omisión, en la mayoría de los casos se acude a mecanismos ordinarios que viabilicen su exigencia. Por ello cobra especial importancia la justicia constitucional, ante las denuncias de omisión de adopción de medidas adecuadas, producto de la negligencia estatal.

Como puede observarse, la norma fundamental contiene principios característicos de un sistema económico liberal: el reconocimiento de la propiedad privada, como derecho inherente al ser humano; la libertad de industria y comercio, que conlleva la libertad de inversión, de organización y contratación; y la libre competencia; pero todos subordinados al interés social. Por tanto, se evidencian bases propias de un modelo de economía social de mercado.

Lo señalado se constata en la presencia de disposiciones que garantizan tales derechos, pero además, de instrumentos cuyo objetivo se orienta a cumplir funciones estatales, inexistentes en un sistema liberal. Así, existen normativas que regulan una serie de competencias y obligaciones al Estado, a fin de procurar, por medio del desarrollo del régimen económico, el bienestar social. Lo que impone al Estado el deber de participar de forma activa para asegurar que todos los nacionales puedan disfrutar de la riqueza social. La subordinación mencionada también se advierte con claridad en la inclusión de limitaciones en el goce de los citados derechos, por razón de intereses públicos. Cabe resaltar que para concretar estas limitaciones se han establecido reservas legislativas, circunstancia que implica que a ninguno podrá restringirse las libertades reconocidas, sino por normativa emanada del órgano parlamentario.

¹² Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

De esa forma, el ejercicio de las libertades previstas debe efectuarse en armonía con los intereses sociales, según las exigencias de la justicia social; consecuentemente, cualquier modelo económico que sea definido a través del órgano parlamentario o la administración pública, deberá observar el referido elemento social. La Corte de Constitucionalidad lo ha reconocido en los siguientes términos: “No obstante las tendencias ideológicas construidas respecto de la economía, ninguna por sí misma puede tener pretensión de hegemonía en una interpretación constitucional integral, dada la estructura normativa guatemalteca, que ha establecido claves de reconocimiento a aciertos de tales escuelas de pensamiento, *de tal manera que se haga compatible la protección y garantía del capital y también la necesaria protección de los intereses sociales*”¹³ (cursivas fuera de texto).

Ahora bien, la existencia de principios contenidos en la Constitución viabiliza una labor de interpretación por parte de los tribunales; pero ello no implica que la armonización de postulados sea una tarea fácil en la labor de enjuiciamiento de casos particulares. De ahí que en las situaciones en las que se producen reclamos relacionados con estos derechos se ha definido su alcance y delimitado el contenido.

En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad, como máximo intérprete de la norma suprema, ha emitido distintos pronunciamientos relacionados con los diferentes derechos antes mencionados.

3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL RELACIONADA CON CLÁUSULAS CON CONTENIDO ECONÓMICO SITUADAS DENTRO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

A) *Derecho de propiedad privada y la expropiación*

En lo que hace al derecho de propiedad se ha señalado como límite “el interés social”, con la advertencia de que no deben invadirse las libertades ya otorgadas, sino en cuanto sea necesario, según lo establecido en el texto constitucional. En los siguientes términos se expresó el Tribunal: “[...] no es propio de la vida en sociedad el ejercicio absoluto de este derecho. Tal afirmación encuentra también asidero en el principio que la misma constitución recoge en el artículo 44, de que el interés social prevalece sobre el particular. Ello en armonía con el principio del dominio eminente del Estado sobre su territorio, según el cual este puede ejercer su actividad como ente soberano, para el logro de sus fines, con la amplitud que le permite la Ley fundamental del país. Tales principios se conforman con el contenido del artículo 40

¹³ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expediente 2280-2013, Gaceta n.º 115, sentencia de 3 de febrero de 2015.

constitucional, que faculta al Estado para expropiar la propiedad privada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público. [...] al emitir tal declaratoria [de expropiación], es el Estado de Guatemala el que actúa en ejercicio de la soberanía, por medio del Organismo Legislativo. En tal virtud, la facultad del Estado de expropiar es legalmente incuestionable, pero su ejercicio se sujeta al cumplimiento de los requisitos que el mismo pueblo se ha impuesto, en orden de no invadir las libertades y derechos individuales, sino en la medida que resulte necesaria para el beneficio de la colectividad”¹⁴.

Sobre los requisitos legales a los que se encuentra sujeta la declaratoria de expropiación, que, como quedó apuntado, ha sido prevista como limitación al derecho de propiedad, la jurisprudencia local ha señalado que tal figura es regida por ciertos principios, a saber: la causa de expropiación, la indemnización y la legalidad; además, la condición de probar la causa de expropiación que impone la norma constitucional, supone que el marco de discrecionalidad del órgano parlamentario, para efectuar la declaratoria, debe estar sometido a la razonabilidad del fin para el que se necesita la apropiación pública del bien¹⁵. Por ende, esta sería excepcional, según lo previsto en el texto constitucional.

Aunado a lo anterior, el Tribunal Constitucional ha emitido, en procura del eficaz e inmediato reparo de posibles lesiones al derecho de propiedad —en estrecha vinculación con la satisfacción del derecho de vivienda—, abundante jurisprudencia en la que ha señalado la procedencia de acudir directamente a la justicia constitucional a denunciar la violación del derecho de propiedad, en casos en los que se reclama haber sido víctimas de despojos fraudulentos de esta, sin la necesidad de agotar previamente los procedimientos ordinarios, optando incluso, en ocasiones y según los elementos probatorios aportados en el proceso de amparo, por otorgar la protección requerida en cualquiera de las dos modalidades. La primera es la plena o total —disponiendo la cancelación de las inscripciones registrales reclamadas— o parcial o temporal —dejando el suspenso temporal de las operaciones registrales, en tanto los interesados comparecen a la jurisdicción ordinaria a dilucidar la situación reprochada—¹⁶.

¹⁴ Corte de Constitucionalidad, amparo en única instancia, Expediente 97-86, Gaceta n.º 3, sentencia de 25 de febrero de 1987.

¹⁵ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad de carácter general parcial, Expedientes acumulados 254-90 y 284-90, Gaceta n.º 20, sentencia de 27 de junio de 1991.

¹⁶ Lo acontecido se relaciona con denuncias de propietarios, quienes, en la mayoría de los casos, aducen que han sido desprovistos de su propiedad, sin haber comparecido a suscribir las escrituras traslativas de dominio, sino que estas se han elaborado falsamente, provocando con ello la pérdida de la propiedad. En estos casos, cuando existen elementos que provocan la convicción del despojo y se evidencia la imposibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria a demandar, se ha otorgado la protección en forma definitiva. Estos casos se han dado cuando se determina que el notario o los otorgantes habían fallecido con antelación a la fecha del documento traslativo de dominio, o los sujetos son inexistentes según informes de los registros

Asimismo, el Tribunal ha hecho una excepción al presupuesto procesal de temporalidad previsto en el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad¹⁷, cuando de las denuncias referidas se trata, tomando en consideración el carácter continuado del agravio que se alega¹⁸.

Por otra parte, la Corte se ha pronunciado sobre la protección del referido derecho, no solamente en su connotación civilista habitual, sino en la tradicional y comunitaria propia de los grupos indígenas, lo que se abordará más adelante al hacer referencia al reconocimiento de derechos de tales pueblos.

B) *Libertad de industria y comercio*

Sobre la libertad de industria y comercio, el tribunal guatemalteco puntualizó que si bien el constituyente tuvo el cuidado de prever que determinadas actividades (v. gr., la emisión de la moneda y la seguridad social) fueran atribuciones exclusivas del Estado, dentro de estas no estableció la contratación de pólizas de seguros y de fianzas, por lo que consideró que una disposición que estableciera que todas las dependencias estatales quedarían sujetas a

públicos, en esa situación se ha amparado directamente en la jurisdicción constitucional, que ha ordenado la cancelación de las operaciones registrales. Ahora bien, cuando los elementos provocan una seria duda de la comisión de un fraude, pero esta situación debe dilucidarse ante la jurisdicción ordinaria, se deja en suspenso la operación registral cuestionada por dos años, para que los sujetos puedan obtener la inmovilización registral e imposibilitar que continúe la transferencia del bien, en tanto se demanda en la jurisdicción ordinaria y se obtienen allí medidas provisionales. Entre otros, pueden citarse los siguientes casos de otorgamiento de amparo con efectos de cancelación de inscripciones registrales, resueltos por la Corte de Constitucionalidad: 2564-2016, sentencia de 26 de enero de 2017; 4389-2016, sentencia de 21 de marzo de 2017; 2097-2016, sentencia de 17 de enero de 2017. También, amparos en los que se han suspendido operaciones registrales por dos años: 4906-2016, sentencia de 31 de mayo de 2017; 1900-2016, sentencia de 23 de marzo de 2017 y 5596-2015, sentencia de 17 de enero de 2017.

¹⁷ Artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: “Plazo para la petición de amparo. La petición de amparo debe hacerse dentro del plazo de los treinta días siguientes al de la última notificación al afectado o de conocido por este el hecho que, a su juicio, le perjudica. Sin embargo, durante el proceso electoral y únicamente en lo concerniente a esta materia, el plazo será de cinco días. El plazo anterior no rige cuando el amparo se promueva en contra del riesgo de aplicación de leyes o reglamentos inconstitucionales a casos concretos; así como ante la posibilidad manifiesta de que ocurran actos violatorios a los derechos del sujeto activo”.

¹⁸ Entre otros: Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 230-2008, Gaceta n.º 89, sentencia de 13 de agosto de 2008; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 806-2010, Gaceta n.º 99, sentencia de 30 de marzo de 2011; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 954-2013, Gaceta n.º 111, sentencia de 5 de febrero de 2014.

contratar con el Crédito Hipotecario Nacional (institución bancaria de carácter estatal), sin que para ello se indicaran las razones sociales o de interés nacional que justificaran esa disposición —exigencia contenida en la norma fundamental—, limitaba a las empresas que se dedican a la misma actividad comercial a participar en el libre mercado de la oferta de seguros y fianzas, contraviéndose de esa forma la disposición constitucional que prohíbe los monopolios¹⁹. Adicionalmente, la Corte sostuvo, al pronunciarse sobre la libertad en el ejercicio contable de los entes mercantiles, que la limitación a las libertades puede efectuarse únicamente por vía de una ley emitida por el Congreso de la República, según la reserva preceptuada en el texto supremo, o bien, por delegación expresa del propio legislador a otro ente técnico, como sucede en el caso de la Junta Monetaria (encargada de determinar la política monetaria, cambiaria y crediticia del país), facultada por la ley reguladora de la actividad bancaria y de grupos financieros, para emitir normas de registro contable en la actividad de esas entidades²⁰. En ese mismo sentido se pronunció el Tribunal al analizar normativa que, según concluyó, restringía derechos del comercializador; en ese caso, de anunciar el contenido íntegro del producto ofrecido, dedujo que si una disposición reglamentaria de menor jerarquía limitaba aspectos propios del comercio de bienes, esta resultaba ser contraria a la norma constitucional y, por ello, no podía cobrar, en forma legítima, los efectos que se le asignaron al ser emitida²¹.

Un reciente caso en el que se denuncia violación a la libertad de industria, comercio y trabajo fue la impugnación realizada por la Cámara de Industria de Guatemala, mediante la cual cuestionó la disposición de una municipalidad en la que se prohíbe el uso, venta y distribución de bolsas plásticas, pajillas y duroport, por la contaminación que producen esos materiales. Además, ese municipio se encuentra aledaño al lago de Atitlán, que está altamente contaminado por esos materiales. La norma se estimó constitucional y emitida dentro del ámbito de las facultades del alcalde, con la finalidad de propiciar medios para la prevención de la contaminación y preservación del equilibrio ecológico. Para determinar esa constitucionalidad se aplicó la ponderación y el principio de proporcionalidad. Al determinarse que la medida pretendía que los materiales no reusables siguieran causando daños ambientales en el entorno natural de ese municipio y contaminando por cientos de años, las aguas,

¹⁹ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expedientes acumulados 172 y 264-2011, Gaceta n.º 105, sentencia de 23 de agosto de 2012.

²⁰ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expediente 4468-2009, Gaceta n.º 101, sentencia de 27 de septiembre de 2011.

²¹ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expediente 2162-2009, Gaceta n.º 94, sentencia de 5 de noviembre de 2009.

los suelos y la atmósfera y afectando la calidad de vida de sus habitantes, se consideró constitucional esa medida²².

C) *Obligaciones del Estado: protección al consumidor*

La citada Corte además ha resaltado la necesidad del Estado de intervenir en la fijación de normas de calidad para el control de suministros de productos esenciales, exigencia que deriva de la obligación estatal de protección a los intereses importantes para la comunidad, entre los que figuran la salud, la seguridad y la economía de sus recursos. En ese sentido, ha dictaminado que no produce vulneración al texto constitucional, la normativa que fija infracciones administrativas y sanciones proporcionales aplicables por parte del órgano correspondiente, ante la inobservancia de disposiciones de calidad o la alteración de magnitudes de los productos, que se cometan en detrimento de los consumidores, y ha recalado que ni la doctrina ni la constitución aceptan que pueda haber derechos (en este caso, refiriéndose al de propiedad) cuyo ejercicio fuera tan absoluto que pudiera perjudicar a otros. Asimismo se determinó que las sanciones reguladas —que incluían la posibilidad de clausura temporal o definitiva de establecimientos— obedecían a razones de seguridad, en las que el Estado opera dentro de la ley y en satisfacción de valores, principios y normas del ordenamiento supremo²³.

Para abonar a la jurisprudencia relativa a la protección al consumidor, debe señalarse que el máximo tribunal constitucional ha sentenciado que el etiquetado en los productos asegura, no solamente la libertad de comercio —en el sentido de permitir al comercializador dar publicidad de los compuestos que integran el producto que ofrece—, sino, sobre todo, los derechos del consumidor a la seguridad y la información, que le permiten conocer sobre los componentes del producto y sus beneficios, así como distinguirlos unos de otros según su calidad; consiguientemente, una disposición que restrinja los derechos mencionados se traduce en una tergiversación de la obligación de control sanitario encomendada al Estado²⁴.

Siguiendo con el tema de libre competencia, la jurisprudencia constitucional guatemalteca ha referido que el Estado debe proteger, en primer término, al consumidor, al mismo tiempo que debe estimular y mantener condiciones para la conservación y creación de puestos de trabajo, último deber que conduce a proteger las empresas que aportan capital e ingenio para establecerse en el

²² Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expediente 5956-2016, Gaceta n.º 122, sentencia de 5 de octubre 2017.

²³ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expediente 164-87, Gaceta n.º 7, sentencia de 25 de febrero de 1988.

²⁴ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expediente 2162-2009, Gaceta n.º 94, sentencia de 5 de noviembre de 2009.

mercado. A criterio de ese tribunal, precios competitivos y fuentes de trabajo seguras pueden ser políticamente compatibles en el marco de la existencia de legislación orientada al fomento industrial, agrícola y comercial, diseñada en armonía con la legislación social²⁵.

4. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS REFERENTES A DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Sobre la constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales en Guatemala, debe señalarse que fue en la Constitución de 1945 —promulgada en el contexto de la Revolución de octubre de 1944, que dio paso a la denominada *primavera democrática*—, que se incluyó, por primera vez, una división de los derechos individuales y sociales; así, bajo el título de garantías sociales, se reconocieron derechos relativos a la familia, la cultura y el trabajo; además es relevante mencionar que fue en ese cuerpo normativo que se introdujo lo relativo al régimen de seguridad social, previsto para los habitantes de la República y sostenido por medio de contribuciones por parte del Estado, patronos y trabajadores. De ese modo, se brinda cobertura a trabajadores formales cuyos patronos se encuentran adscritos al sistema; no obstante, se critica el elevado porcentaje de la población que no posee esa cobertura por no tener un empleo formal.

La actual constitución (1985) reconoce dentro de los derechos sociales, la protección a la familia, niños, personas de tercera edad, discapacidad, derecho a la cultura, comunidades indígenas, educación, deporte, salud, seguridad, asistencia social, derecho al trabajo y derecho a la vivienda. La norma suprema no establece distinción en cuanto a la forma de ejecutar los derechos reconocidos, por ende, los derechos individuales o sociales resultan igualmente reclamables. Ahora bien, tampoco se establecen acciones colectivas para su defensa en cuanto a los grupos lesionados.

En ese contexto, no obstante que la ley que regula la materia no prevé la acción popular para instar amparo, a fin de lograr la protección al grupo social afectado, toda vez que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se limita a regular que el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos poseen legitimación activa para promover la garantía, con el propósito de proteger los intereses encomendados. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad ha conocido planteamientos efectuados por otros sujetos distintos de los mencionados, optando incluso por emitir fallo estimatorio en acciones presentadas por entes colectivos —incluyendo asociaciones y organizaciones no gubernamentales—, en las que se reclama violación o amenaza

²⁵ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expediente 2280-2013, Gaceta n.º 115, sentencia de 3 de febrero de 2015.

provocada por la inacción del Estado, y hasta ante omisiones que se denuncian inconstitucionales. En ese sentido, se ha establecido la justiciabilidad de los derechos colectivos o individuales homogéneos, al conocer acciones de amparo e incluso acogerlos, ante los planteamientos de grupos de personas con discapacidad (expediente 2863-2006), de pacientes de enfermedades crónicas o terminales (v. gr., expedientes 3091-2010 y 846-2012), de agremiados (expediente 834-99) y comunidades indígenas [v. gr., expedientes 3878-2007, acumulados 156-2013 y 159-2013 y 1149-2012)²⁶.

A) *Protección al derecho a la salud*

Como ejemplo de lo anterior pueden mencionarse los casos conocidos por la Corte de Constitucionalidad en los que se denunció la omisión de políticas públicas para prevenir el cáncer cervicouterino²⁷, la falta de medicamentos e insumos para los pacientes con VIH/SIDA²⁸, la falta de insumos y de personal en los hospitales públicos San Juan de Dios²⁹ y Roosevelt³⁰ —acciones promovidas por el Procurador de los Derechos Humanos— y la falta de infraestructura de transporte adecuada para personas con discapacidad³¹, esta última promovida por diversas asociaciones y organizaciones no gubernamentales.

En los asuntos citados, la Corte de Constitucionalidad dispuso otorgar la protección requerida; sobre los efectos positivos de las disposiciones emitidas, en la mayoría de los casos se exhortó a las autoridades denunciadas a adoptar progresivamente, por medio de los órganos competentes, las medidas administrativas efectivas que permitieran al Estado de Guatemala garantizar a la población el derecho violentado.

Solamente en la denuncia de omisión de políticas públicas contra el cáncer cervicouterino, el fallo tuvo incidencia en la distribución de los ingresos del Estado, pues ordenó crear una partida presupuestaria por medio de la cual se contara con los fondos necesarios para ejecutar planes que incluyeran políticas públicas y estrategias nacionales para la prevención de la mencionada

²⁶ Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 4813-2013, Gaceta n.º 121, sentencia de 5 de julio de 2016.

²⁷ Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 4048-2012, Gaceta n.º 108, sentencia de 23 de mayo de 2013.

²⁸ Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 2846-2012, Gaceta n.º 105, sentencia de 18 de septiembre de 2012.

²⁹ Corte de Constitucionalidad, amparo en única instancia, Expediente 3501-2011, Gaceta n.º 105, sentencia de 23 de julio de 2012.

³⁰ Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 2643-2008, Gaceta n.º 97, sentencia de 17 de agosto de 2010.

³¹ Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 2863-2006, Gaceta n.º 84, sentencia de 25 de abril de 2007.

enfermedad, y dispuso vincular al Congreso de la República y al Ministerio de Finanzas Públicas para los efectos legales consiguientes. En el pronunciamiento emitido en relación con la falta de insumos y personal en el Hospital San Juan de Dios, si bien se vinculó al órgano legislativo y al Ministerio de Finanzas Públicas, no se incluyeron disposiciones precisas sobre la incidencia de la decisión emitida en el presupuesto de ingresos del Estado.

Finalmente, puede afirmarse que no es frecuente que se hayan dictado plazos para la ejecución de estos fallos, como situación excepcional se puede señalar el caso de las políticas contra el cáncer cervicouterino, en el que se incluyó un plazo de seis meses para que las autoridades obligadas informaran al Procurador de los Derechos Humanos acerca de los avances en la implementación de las políticas públicas y estrategias nacionales, pero debe entenderse que al referirse a políticas públicas su puesta en marcha debe ser lo más pronto posible, y deben ser susceptibles de mejorarse progresivamente.

B) Reclamo por falta de accesibilidad para personas con discapacidad a las unidades de transporte urbano (Transmetro)

Este caso es particular, pues aun cuando no existe una acción colectiva de amparo, los efectos que con este fallo se generan sí son generales. Cuando la Municipalidad de Guatemala se disponía a instalar un nuevo sistema de transporte colectivo, se cuestionó por una asociación de personas con discapacidad, que este podría carecer de facilidades para el acceso de personas con discapacidad, y que las calles no poseían aceras con rampas de acceso para personas con movilidad reducida. En la resolución adoptada, ante la falta de infraestructura de transporte adecuada para personas con capacidades especiales, se fijó el plazo de seis meses para que la autoridad cuestionada diera cumplimiento a la emisión de las reformas reglamentarias necesarias, y el de tres meses, para que revisara que las obras concluidas cumplieran con lo indicado en el fallo.

C) Protección de derechos de pueblos indígenas

La Corte de Constitucionalidad ha emitido pronunciamientos fundados en el reconocimiento a la protección especial de la que gozan las comunidades indígenas respecto al derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado, en aplicación de las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, y la normativa constitucional. En ese aspecto, ha sido dictaminada por la citada Corte la restitución del derecho de organizaciones de pueblos indígenas (cofradías) a los sistemas especiales de tenencia de tierras, como la particular forma de administración que ancestralmente han llevado a cabo, frente a gestiones ediles que, según

lo denunciado, debilitaban el medio ambiente³². Además, han sido empleados por dicho tribunal los parámetros fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para la determinación de plazos razonables en la resolución de solicitudes de reivindicación de la posesión de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas³³; se ha establecido que la propiedad privada, en tales casos, no apareja las características, formalidades y modo de acreditación propios de ese derecho concebido en su connotación típica civilista, así como la obligación de las autoridades administrativas correspondientes, de atender las gestiones que pudieran plantearse por las comunidades indígenas ancestrales, con el debido enfoque de pertinencia cultural y en observancia de las disposiciones constitucionales relativas a la protección de grupos indígenas y sus tierras, la jurisprudencia que sobre el particular ha asentado la Corte IDH y lo expresado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas³⁴.

De las acciones analizadas se establece que, salvo en uno de los casos, la Corte de Constitucionalidad, no obstante haber determinado la violación a derechos económicos, sociales y culturales, no indica expresamente la forma en que debían destinarse los recursos económicos disponibles para reparar las violaciones constadas e, incluso, prevenirlas.

Aunque la fuerza y vinculación de las sentencias emitidas por el citado tribunal se encuentran resguardadas en el plano legal, la falta de previsión de consecuencias directas ante el incumplimiento de lo ordenado en los fallos, resta coercibilidad a las decisiones emitidas.

Dado el requerimiento de recursos e inversiones que hagan posible la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, es sabido que los Estados se encuentran obligados a realizar una evaluación objetiva en la distribución de ingresos y gastos, destinando el máximo disponible al cumplimiento de tales derechos. Cabe mencionar en este punto, que la normativa constitucional guatemalteca, pese a que en diversos apartados sí contiene asignaciones presupuestarias específicas, destinadas a cubrir necesidades puntuales —por ejemplo, la prevista para el sostenimiento del organismo judicial, las municipalidades y la universidad estatal, así como la inversión en la educación física y el deporte— no contiene, en el apartado que regula lo relativo al régimen financiero, una norma expresa que refiera principios orientadores de la distribución del presupuesto estatal, con relación al gasto

³² Corte de Constitucionalidad, amparo en única instancia, Expediente 2275-2014, Gaceta n.º 120, sentencia de 6 de junio de 2016.

³³ Corte de Constitucionalidad, amparo en única instancia, Expediente 970-2016, Gaceta n.º 121, sentencia de 14 de julio de 2016.

³⁴ Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 5955-2013, Gaceta n.º 118, sentencia de 25 de noviembre de 2015.

social. No obstante, ello no debería tornarse en una dificultad, pues como ya fue apuntado, el texto fundamental sitúa a la justicia social como principio fundante del régimen económico y social. Lo anterior se traduce en el deber estatal de distribuir sus ingresos, para procurar satisfacer, en términos de igualdad, los derechos fundamentales de sus habitantes. Sin embargo, se advierte que en ocasiones se omite regular y presupuestar recursos económicos suficientes para temas fundamentales.

En relación con los derechos de los pueblos indígenas se ha reclamado reiteradamente el derecho de consulta previsto en el citado Convenio 169 de la OIT, reconocido como derecho fundamental de carácter colectivo. Este tema ha sido particularmente complejo, pues se han presentado conflictos en las áreas en las que se alega la vulneración del derecho frente a empresarios que pretenden llevar a cabo proyectos, a pesar de las denuncias de que ese derecho no ha sido respetado según los estándares internacionales.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha establecido bases sobre la procedencia de la consulta, principios que deben observarse y lineamientos procedimentales que deben seguirse, ante la falta de disposiciones internas; asimismo, ha exhortado en numerosas ocasiones al Congreso de la República a emitir la legislación respectiva³⁵; sin embargo, tal necesidad, a la presente fecha, no ha sido satisfecha, no obstante haber transcurrido más de diez años desde la primera disposición que decidió tal exhortación. Resulta conveniente señalar, sobre este último aspecto, que en una reciente sentencia emitida sobre el tema³⁶ —caso Oxec I y Oxec II—, el Tribunal refirió sobre la percepción, en los niveles nacional e internacional, del significativo costo social y político que representa para el país la omisión de regulación de la consulta. Además señaló que a esa repercusión debía añadirse el pernicioso efecto que causa sobre la seguridad jurídica, como factor clave para propiciar las inversiones y una economía sana.

Igualmente manifestó que debía realizarse la consulta sin suspender las operaciones de las hidroeléctricas que operaban, y ante la carencia de normas que señalaran un procedimiento para llevarla a cabo, delineó una serie de pautas orientadoras. Fijó un término de doce meses, prorrogables, para realizarla si

³⁵ Entre otros: Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expedientes acumulados 156-2013 y 159-2013, Gaceta n.º 115, sentencia de 25 de marzo de 2015; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 406-2014, Gaceta n.º 118, sentencia de 23 de noviembre de 2015; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expedientes acumulados 5705-2013 y 5713-2013, Gaceta n.º 119, sentencia de 12 de enero de 2016; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expedientes acumulados 3695-2014 y 3738-2014, Gaceta n.º 120, sentencia de 8 de junio de 2016.

³⁶ Corte de Constitucionalidad, apelación de auto en amparo, Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Gaceta n.º 124, sentencia de 26 de mayo de 2017.

se evidencia que se ha iniciado su ejecución, y al finalizar ese lapso, el órgano estatal competente debería rendir informe completo del proceso ante el tribunal de amparo de primera instancia, a efectos de determinar el cumplimiento de lo ordenado. Se dispuso que en el caso de que el proceso de consulta no hubiera podido concluir por causas imputables a las entidades favorecidas con la licencia, se ordenaría la cancelación de las respectivas autorizaciones.

En esta sentencia también se fijó el plazo de un año a los diputados del Congreso, para la producción del proceso legislativo, a fin de asegurar la aprobación de la normativa legal atinente al derecho de consulta. No se prevé la consecuencia ante la eventualidad de incumplimiento. En el texto de la sentencia se relacionan varios casos en los que se ha denunciado el incumplimiento del derecho de consulta, por lo que se señala que en este caso se dictaría una sentencia estructural que daría lineamientos para solucionar otros asuntos similares y vincularía a actores que no fueron parte del proceso, como en el caso de los diputados a quienes se ordenó la emisión de una norma que superase la carencia legislativa.

En este caso no se dispuso la suspensión de las operaciones de los proyectos, pero sí se condicionó su vigencia a que se realice la consulta en el lapso previsto. Según puede observarse en la página electrónica del Ministerio de Energía y Minas, la consulta finalizó en diciembre de 2017. A la fecha no se han presentado denuncias de incumplimiento ante la Corte de Constitucionalidad.

Situación distinta ocurrió en un reciente caso, relacionado con una minera³⁷, en el que se decidió la suspensión de las operaciones del proyecto como efecto del amparo provisional, al advertirse que se inició sin la realización de la consulta. Es el caso más reciente de ese Tribunal, relacionado con la omisión de realización de consulta, en este supuesto al otorgar a Minera San Rafael una licencia de exploración y explotación que llevaría a cabo en una comunidad Xinka. Se decidió en la primera licencia de exploración, cuyo plazo original había vencido, la suspensión de la solicitud de prórroga, al estimarse que la clasificación original del proyecto era errónea y, por consiguiente, previo al otorgamiento de la licencia debió presentarse y ser aprobado el estudio de impacto ambiental; asimismo, realizar la consulta a la comunidad indígena situada en el área de influencia. Solo podrá proseguirse con ese trámite una vez cumplida la consulta.

Con relación a la licencia de explotación se tuvieron en cuenta varias consideraciones, entre las que resalta la suspensión de operaciones en tanto no se lleve a cabo la consulta a la comunidad indígena Xinka³⁸, así como la condición

³⁷ Corte de Constitucionalidad, apelación de auto en amparo, Expedientes acumulados 3192-2017, 3217-2017 y 3225-2017, auto de 24 de agosto de 2017.

³⁸ Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 4785-201, sentencia de 3 de septiembre de 2018.

de que para poder operar, previamente deben asumirse todas las medidas correspondientes que garanticen la efectiva protección del patrimonio cultural de la nación y dictarse todas las resoluciones necesarias para lograr la efectividad de los acuerdos a los que pudiera arribarse dentro del proceso consultivo, para lo cual deben acoplar las condiciones de la licencia con el objeto de viabilizar el efectivo cumplimiento de los acuerdos alcanzados e incidir en las condiciones de la licencia. Adicionalmente, ordenó una serie de estudios de carácter ambiental para determinar la contaminación en el recurso hídrico y el establecimiento de las medidas de mitigación correspondientes. Asimismo, decretó estudios para evaluar la actividad sísmica y prevenir desastres en el área, así como estudios en el sector de salud y prevención de enfermedades.

Otro de los aspectos que se resalta en este fallo es la conminación al Ministerio de Energía y Minas de no otorgar ninguna otra licencia para la explotación de recursos naturales en tanto no haya determinado la existencia de pueblos indígenas en la región y sea realizada la consulta previa, circunstancia que provocará la nulidad de las licencias que sean otorgadas ante tal inobservancia.

Dentro de ese fallo se determinó que el Estado debería proveer los fondos para la realización de todos los estudios encomendados; asimismo, cubrir los fondos para los gastos que implique la intervención de entidades especializadas que presten asesorías técnicas y científicas al pueblo Xinka o que sean llamados para realizar estudios o asesoría con motivo de la ejecución de aquel fallo.

D) *Derecho al trabajo*

Por otro lado, en materia de trabajo existe abundante jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, que respalda, con fundamento en el principio de primacía de la realidad, la declaratoria de la existencia de una relación de naturaleza laboral por parte de los tribunales de trabajo, cuando se advierte que la parte empleadora utiliza una figura legal distinta, con la finalidad de encubrir una relación de trabajo. Debe mencionarse que en muchos de los asuntos conocidos por la Corte de Constitucionalidad subyacen juicios laborales en los que el Estado, a través de sus distintos organismos, figura como parte patronal, siendo una situación constante que en el ámbito público, las relaciones laborales sean encubiertas por medio de contratación de servicios temporales bajo renglones presupuestarios³⁹. De esa manera se omite el cumplimiento del pago de diferentes obligaciones que derivan de la relación laboral. Tal circunstancia, al ser advertida por los tribunales ordinarios competentes, conlleva

³⁹ Entre otros: Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 1299-2015, Gaceta n.º 117, sentencia de 24 de julio de 2015; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 232-2015, Gaceta n.º 116, sentencia de 23 de junio de 2015; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 887-2016, Gaceta n.º 120, sentencia de 16 de mayo de 2016.

el reconocimiento de los correspondientes derechos laborales, que se traduce en el pago de prestaciones, la indemnización por despido injustificado y la reinstalación si procediera. Esa situación no solamente resulta grave, si se considera que es precisamente el Estado el encargado de velar por el cumplimiento de la ley laboral, sino además, si se toma en cuenta que a la vez que se perjudican los derechos de los trabajadores, el cumplimiento de las condenas efectuadas implica erogaciones estatales no planificadas, pérdida de recursos por gastos que pudieron haber sido omitidos y defraudación al seguro social, toda vez que al no reportarse la existencia de relación laboral, los contratados no gozan de ese beneficio.

Otro tema que merece abordarse es el referente a la fijación de salarios mínimos diferenciados, intentada en el 2014 por el organismo ejecutivo para la generación de fuentes de inversión en cuatro municipios del país. Los acuerdos gubernativos que adoptaban esa disposición fueron declarados inconstitucionales por la Corte de Constitucionalidad⁴⁰, por estimar que los montos establecidos violaban el derecho al mínimo vital. Se sentenció que resultaba prohibido cualquier daño a la vida digna, cuya ponderación respecto a otros bienes constitucionales, aunque importantes, no era posible. En el fallo emitido se consideró, además, que el referido derecho (mínimo vital) implicaba tanto acciones positivas por parte del Estado (principio de progresividad), como prohibiciones de retrocesos injustificados de acciones previamente configuradas en el ordenamiento jurídico (principio de no regresividad). Pese a lo anterior, el Tribunal no estimó que la medida de fijación de salarios mínimos diferenciados fuese, por sí sola, una medida regresiva, más bien opinó que tal distinción resultaba razonable si se poseían factores determinantes para su adopción, por ejemplo, el costo de vida en esos municipios, las tasas de empleo formal, el desarrollo económico en esas circunscripciones, entre otros, circunstancias que no se veían reflejadas en esa propuesta. En consecuencia, en dicha ocasión se estimaron inconstitucionales.

Por último, en cuanto a temas de derecho del trabajo, una situación muy grave es la relacionada con la carencia casi total de regulación normativa del trabajo doméstico, pues su regulación existe únicamente en una norma ordinaria bajo un régimen especial que, entre otros preceptos, dispone que no se encuentra sujeto a límites de jornada de trabajo, lo que ha provocado que se convierta en una labor que supera las horas máximas permitidas constitucionalmente. El caso fue objeto de conocimiento en una acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general y la Corte de Constitucionalidad señaló la razonabilidad de la distinción efectuada por la norma ordinaria, puesto que

⁴⁰ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidades generales parcial y total, Expedientes acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015, Gaceta n.º 117, sentencia de 8 de septiembre de 2015.

el trabajo doméstico implicaba la adquisición de derechos distintos, como a la habitación y a la manutención, así como obligaciones a cargo del patrono que no son prestadas a otra clase de trabajadores⁴¹. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, esa norma permanece vigente pese a ser limitativa para un sector de la población, como lo son las trabajadoras domésticas, quienes deben trabajar durante jornadas excesivas, con relación a los máximos permitidos constitucionalmente. Ante la existencia de un único artículo que califica el trabajo como sujeto a un régimen especial, se omite, en la mayoría de casos, el pago de las prestaciones a que tienen derecho, como lo son el pago de horas extraordinarias, vacaciones, aguinaldo, bono anual, entre otros.

Corresponde señalar que en materia de previsión social pueden mencionarse los numerosos fallos proferidos por el Tribunal Constitucional en acciones reparatorias o preventivas, en los que se señala como lesiva la negativa del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social de proporcionar a sus afiliados determinados medicamentos no incluidos en el listado básico emitido por la autoridad estatal competente, pero recomendados por médicos particulares. A ese respecto, la Corte siempre ha señalado que es procedente tutelar, mediante el principio dispositivo, la preferencia respecto de un fármaco en particular, bajo la responsabilidad de quien lo solicita, siempre que conste la recomendación médica de un facultativo que lo recete. La Corte de Constitucionalidad ha recomendado que se efectúe una evaluación médica al paciente, a fin de que se compruebe su idoneidad y eficacia. Además, ha sido cuidadosa en señalar la improcedencia de que por vía del amparo se determine la inclusión de determinado fármaco en el listado básico estatal, pues no es procedente que sea ese órgano jurisdiccional el que asuma las decisiones administrativas de dirección de las instituciones públicas llamadas a garantizar los derechos a la vida y a la salud⁴².

Por otro lado, debe señalarse que el referido Instituto, al pronunciarse en los procesos constitucionales promovidos, constantemente afirma que los numerosos casos en los que la Corte ha ordenado proporcionar medicamentos específicos, no incluidos en el listado básico, ha creado un desbalance financiero en la institución; además, se ha indicado que la promoción de las acciones intenta el favorecimiento de algunas empresas farmacéuticas en la compra de los productos que estas ofrecen. Pese a lo anterior, se ha considerado que el derecho a la salud prevalece frente a argumentos económicos, puesto que tales

⁴¹ Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial, Expediente 549-2006, Gaceta n.º 86, sentencia de 30 de octubre de 2007.

⁴² Entre otras: Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 348-2017, Gaceta n.º 124, sentencia de 29 de mayo de 2017; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 4722-2016, Gaceta n.º 123, sentencia de 29 de marzo de 2017; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 2237-2016, Gaceta n.º 123, sentencia de 29 de marzo de 2017.

situaciones no pueden hacer nugatorio el acceso a la preferencia del interesado por el medicamento que reclama⁴³. Llama la atención el hecho de que, por una parte, los usuarios del seguro social argumenten que los medicamentos que este proporciona no reúnen la calidad necesaria, y por otra, que el seguro social alegue que el recibir la orden de adquirir determinado medicamento por disposición judicial provoca un desbalance financiero e incumplimiento de procedimientos administrativos para la compra, por lo que al haberse ya presentado en forma reiterada los casos y las decisiones, podría analizarse la conveniencia de la emisión de una sentencia estructural que examinara las causas y soluciones de manera estructural, evitando así que los reclamos se sigan presentando caso a caso.

5. REFLEXIONES FINALES

En el caso guatemalteco, la Constitución de 1985 no establece en forma taxativa un sistema económico, sin embargo prevé principios a lo largo de su texto, que señalan que el fin del orden social es la persona humana, la realización del bien común, y dentro de su articulado si bien se reconocen la propiedad privada como derecho humano inherente a la persona, la libertad de industria y comercio y la libre competencia, también se prevén aquellas regulaciones que tienen por finalidad controlar prácticas desleales como la prohibición del monopolio y la protección al consumidor y usuario. Adicionalmente, en concordancia con los principios que caracterizan la economía social de mercado, el Estado también implementa subsidios a servicios públicos con el objeto de mantener precios al alcance de los habitantes, tal es el caso del transporte, que recibe un fondo de subsidio para que el pasaje no sea elevado. También puede citarse el establecimiento de un salario mínimo que responda a las necesidades vitales de cada trabajador y al mínimo vital que el Estado debe garantizar a través de un consenso entre sectores de trabajadores y empleadores, así como el sistema de banca central que se establece con el objeto de supervisar la estabilidad de las instituciones financieras y la actividad monetaria y su intervención solo en caso de crisis, todo esto dirigido a la consecución del bien común y protección a la persona. De ahí que pueda concluirse que esas circunstancias presentan armonía con una economía social de mercado y se reafirman al establecer dentro de la regulación constitucional principios generales y operacionales de aquel sistema, aun cuando no sea denominado como tal.

⁴³ Entre otras: Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 5720-2014, Gaceta n.º 116, sentencia de 22 de mayo de 2015; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 4700-2016, Gaceta n.º 123, sentencia de 29 de marzo de 2017; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, Expediente 5170-2015, Gaceta n.º 124, sentencia de 3 de abril de 2017.

Al ser la libertad y la justicia social los valores esenciales de una economía social de mercado, el Estado debe procurar un balance entre ambos, tomando en consideración la dignidad de la persona y los derechos sociales que se ha comprometido a garantizar.

En ese sentido, en cuanto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, si bien están reconocidos estos derechos de igual manera que el resto de disposiciones que prevén derechos humanos, estos encuentran en la práctica una serie de obstáculos que deben superar para lograr su realización, tales como la escasez de recursos por parte del Estado, la omisión de incluir políticas públicas que los viabilicen, o la deficiencia en la implementación de aquellas políticas. Como no existen acciones colectivas que sean idóneas para su reclamo, el amparo se ha convertido en el mecanismo adecuado para alcanzar ese fin.

Se ha reconocido la justiciabilidad a los derechos económicos, sociales y culturales, señalándose la progresividad, no regresividad y el respeto al contenido esencial del derecho. Sin embargo, debe tenerse presente que, en la realidad, Guatemala es un país con un alto porcentaje de pobreza (34% de la población en extrema pobreza⁴⁴), con gobiernos que han sido cuestionados por actos de corrupción y, por ende, los recursos no llegan al objetivo trazado. Además carece de políticas públicas eficaces debidamente encaminadas a lograr la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que provoca que en la práctica estos no resulten abastecidos. En cuanto a los tribunales, si bien se han otorgado protecciones en casos sometidos a su conocimiento, en su mayoría se refieren a supuestos concretos, y en los de observancia general no se cuenta con oficinas de análisis del impacto económico de las sentencias, o un procedimiento que permita prever los efectos de ellas en el presupuesto, o mecanismos de supervisión de las sentencias que tienen efectos sobre la colectividad.

Con relación a este tema, cabe agregar que pese a que la Corte de Constitucionalidad, ante la denuncia de deficientes o inexistentes políticas públicas, ha otorgado la protección constitucional para su implementación o mejora, los efectos de esos fallos en el presupuesto y la afectación de otras políticas públicas —aun cuando en algunos casos se ha pretendido emitir sentencias estructurales—, hacen que no resulte del todo ejecutable. Si bien es el Estado el llamado a atender las necesidades esenciales de la población, es usual que no se incluyan partidas presupuestarias específicas o, por el contrario, el porcentaje no se evalúa con respecto a las necesidades reales de la sociedad, pues no se analizan o prevén posibles urgencias o emergencias en el país. Este factor también lleva inmersa la recaudación tributaria deficiente, que suele no alcanzar las metas trazadas.

⁴⁴ Datos tomados del documento “La pobreza, reflejo de la exclusión y la inequidad” del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Disponible en: www.gt.undp.org.

La determinación de los ingresos y egresos del Estado es un factor decisivo para la planificación del sostenimiento de este; de ahí que deban preverse los fondos para las necesidades que cubran el mínimo de existencia o el núcleo esencial del derecho, sin obviar o dejar en el olvido aquellas políticas públicas que si bien no responden a las necesidades más urgentes también deben ser cubiertas e incluidas al presentar una propuesta de presupuesto general del Estado. Por cuanto es allí que los fallos y las condenas al Estado deberían reflejarse, de manera que no se vuelva recurrente el actuar de la justicia constitucional para subsanar las deficiencias de planificación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

A ese respecto, el análisis de la situación actual de la población, su fuerza laboral, las oportunidades de trabajo, darán una visión de la realidad. La cantidad de economía informal, los riesgos de posible concentración económica, la inestabilidad en los precios de la canasta básica, el índice de educación en el país y el acceso a salarios dignos, constituyen ejes que deben considerarse en el momento de fijar el presupuesto y establecer las políticas públicas, pues estos factores influirán en la recaudación y fiscalización tributaria y económica.

La protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe ser una labor sistemática que, en primer término, busque garantizar el contenido esencial del derecho y, progresivamente, mejorar el margen de protección, en búsqueda de garantizar una vida digna, de manera que pueda obtenerse un crecimiento económico y de inversión, sin que eso anule la finalidad de la justicia social y protección de la persona, que persigue el Estado de Guatemala.

Dentro de esa inversión económica deben tomarse en consideración aspectos como el medio ambiente y el desarrollo de la persona conforme a su sistema de vida, lo que incluye la protección de los pueblos indígenas como un factor esencial para el desarrollo del país, considerando su cosmovisión y forma de vida, así como su vinculación con la naturaleza y el medio ambiente, de manera que al disponer de los recursos del Estado se analicen los factores sociales que podrían verse afectados y se evalúen en todo su contexto tanto el mayor beneficio para su población, como los futuros inconvenientes que se podrían ocasionar.

La omisión de actuación de las autoridades administrativas encargadas de hacerlo provocará que se produzcan reclamos ante la Corte de Constitucionalidad, la que podrá actuar otorgando protección y ordenando la superación de la conducta omitida, como se ha analizado: implementación de políticas, suministro de medicamentos y prestación médica adecuada, consulta a pueblos indígenas, protección de la propiedad privada y protección del derecho a un ambiente sano. Asuntos que inevitablemente tienen efectos sobre la situación económica y financiera del Estado de Guatemala. Si ello no se ha previsto o planificado, definitivamente se producirá un mayor impacto económico.

Respecto al tema tributario o fiscal, cuestión relevante, pues es uno de los principales ingresos del Estado, vale señalar que la Corte de Constitucionalidad conoce y resuelve diversos casos relacionados con este asunto, tales como inconstitucionalidades por el establecimiento de tasas municipales u otras normas tributarias, acciones de amparo contra la supuesta desigualdad en exenciones o distinción de contribuyentes, devoluciones de crédito fiscal, modificaciones a la base imponible del tributo por denuncia de la falta de capacidad contributiva. Estos son factores que pueden afectar directamente los ingresos del Estado al declararse inconstitucional alguna norma, o al otorgar protección constitucional en temas de devolución de crédito fiscal, decisiones que inevitablemente deben responder a la protección de derechos fundamentales y respeto de la Constitución, pero resulta difícil determinar, como sucede en los casos de políticas públicas, la afectación real de tales decisiones.

Uno de los desafíos para el Estado de Guatemala en el balance y garantía de los derechos es la pobreza. Esta implica “[...] una situación de necesidad que no está limitada a un período de tiempo, sino que determina las condiciones de vida del afectado o de la afectada”⁴⁵. La pobreza se basa en la lesión de la dignidad humana, la limitación de las posibilidades de autorrealización y sus consecuencias económicas y políticas, en cuanto atenta contra las posibilidades de crecimiento, e incentiva fenómenos como la criminalidad, el clientelismo y las migraciones⁴⁶.

En un país como Guatemala, la pobreza implica desnutrición, precario servicio de salud, deficiente acceso a educación y nulas facilidades para acceder a una vivienda digna. Circunstancia relacionada con la desigualdad económica, referente a la disparidad en la distribución de los recursos económicos y el ingreso⁴⁷. Aspectos que también han sido llevados al tema constitucional, ante la actuación deficiente del Estado, como en el caso de una niña con desnutrición y sin acceso a una vivienda digna que solicitó la protección. Al conocer el caso en concreto, la Corte determinó que el acceso a una vivienda digna y la alimentación también constituyen la esfera de la dignidad humana y el mínimo vital, de manera que es obligación del Estado procurar que todos sus habitantes alcancen tales recursos, de manera que cumpla con derechos esenciales que permitan el bienestar de la persona como la alimentación y una vivienda en condiciones adecuadas⁴⁸. Es un tema complejo, si se considera que con posterioridad a ello el resto de habitantes podría formular idéntico reclamo, frente a lo cual deberá emitirse similar decisión, lo que generaría un alto impacto económico para el Estado.

⁴⁵ MARCELO F. RESICO, *op. cit.*, pág. 261.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 264.

⁴⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, apelación de Sentencia en Amparo, Expediente 4474-2014 de 1 de octubre de 2015.

Es entonces que los criterios de ponderación que se utilicen en los tribunales deben ir dirigidos a preservar la dignidad humana, pero sin anular los derechos o las libertades económicas, situándose en la realidad del Estado.

La Corte de Constitucionalidad, cada vez más, se ve obligada a tomar decisiones con efectos económicos y financieros, lo que se agudiza cuando se producen actos omisivos de autoridades a las que les compete actuar. Por ejemplo, en un caso en el que se omitió la aprobación de una ley que regulara el derecho de consulta, la Corte se pronunció dando lineamientos y pautas para su realización.

En los supuestos en que estén comprometidos derechos sociales que tengan efectos económicos, la Corte de Constitucionalidad está llamada a ponderar la situación de manera que se proteja el derecho social reclamado, pero también que se permita el desarrollo económico.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, en: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 6, México, 2002. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5636/7355>.
- Documento: “La pobreza, reflejo de la exclusión y la inequidad”, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Disponible en: www.gt.undp.org.
- LUNA OVANDO, JAIME R., *Las instituciones y el rol del Estado en la economía: una mirada al caso boliviano*, Ecuador, Ediciones Abya-Yala, 2009.
- MALDONADO AGUIRRE, ALEJANDRO, “Nuestra Constitución”, *Opus Magna Constitucional guatemalteco*, t. I, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional - Corte de Constitucionalidad, 2010.
- OLIVOS CELIS, MILAGROS K., “Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana”, en: *Revista de Investigación Jurídica. Ius*, Perú, Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2011.
- RESICO, MARCELO F., *Introducción a la economía social de mercado*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, Edición Latinoamericana, 2008.
- RIVADENEIRA FRISCH, JUAN, *Economía social de mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: PROBLEMÁTICAS FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y ATISBOS DE JUDICIALIZACIÓN

ALFONSO HERRERA GARCÍA*

1. INTRODUCCIÓN

Una generalizada valoración en torno a la centenaria Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917 es su posición como pionera en la consagración de derechos sociales. Fue la primera en el mundo en reconocer los derechos de carácter social —frecuentemente se recuerda, incluso dos años antes que la Constitución alemana de Weimar de 1919— y, por tanto, una contribución de México al constitucionalismo universal¹.

Se ha afirmado que, a partir de esta Constitución, ha sido una tendencia contemporánea establecer las bases del régimen económico de cada nación en esa máxima fuente jurídica².

Sin embargo, un siglo después, es patente la falta de éxito en la plasmación de esos derechos en la realidad social mexicana para amplios sectores de la población. Por razones como esta, cobra todo su sentido el interrogante que se plantea en este trabajo: ¿cómo se configura la interacción entre el orden económico y las normas constitucionales en materia de derechos humanos?

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). Profesor de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana. En representación de México, es miembro del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

¹ Véanse, por todos: JORGE CARPIZO, *La Constitución mexicana de 1917*, 5ª ed., México, UNAM, 1982, pág. 145; HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, “La Constitución y el estado social de derecho”, en VV.AA., *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo xx. La Constitución mexicana 70 años después*, t. v, México, UNAM - IJ, 1988, pág. 73; GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2002, pág. 142; JOSÉ GAMAS TORRUCO, “Artículo 25”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. VII (sección tercera), México, Porrúa, 2016, pág. 421.

² MIGUEL DE LA MADRID HURTADO, “Artículo 25”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, t. I, 18ª ed., México, Porrúa - UNAM, 2004, pág. 437.

La respuesta a esa pregunta es tan compleja que no puede pretenderse exclusiva del derecho constitucional. Ni podría pensarse siquiera como únicamente dependiente del mundo del derecho.

Aun así, el propósito de este ensayo es posicionarse a favor de la aplicabilidad del orden jurídico-constitucional para frenar al poder económico frente a los derechos. En ese sentido, busca destacar el papel que tiene y debe desempeñar el poder judicial en esa labor, con algunos asuntos que muestran atisbos de una judicialización en el caso mexicano.

En la medida que la aplicación de las normas constitucionales encuentra en el poder judicial, y, específicamente, en la Suprema Corte de Justicia, su más acreditado órgano de control, se concluye que deben seguirse explorando posibilidades jurisdiccionales, no solo para hacer valer las reglas y principios del régimen económico, sino también para imponer los límites que demanda el ejercicio de los derechos humanos.

La idea democrática de base no tendría por qué sufrir una variación frente al fenómeno económico: la fuerza normativa de la constitución y sus específicos postulados, dispuestos para disciplinarlo. Además, ello lleva unida la idea de que las fuerzas económicas no están exentas del respeto a los derechos y libertades, sino, incluso más, que estas deben estar provistas de deberes y obligaciones que detonen su promoción y tutela efectiva.

2. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN 2017: ¿RÉGIMEN ECONÓMICO VS. RÉGIMEN DE DERECHOS HUMANOS?

A) *Constitutionalismo social y modelo económico*

La “primera Constitución social del mundo” debe esa apreciación a la introducción de derechos nunca vistos en un documento constituyente, creados tras la revolución³. Más allá de las profundas causas sociales y políticas que lo explican, la ideología de los derechos sociales también ha podido verse como una respuesta a la liberal que había vertebrado a su antecesora, la Constitución de 1857.

Así, emergieron en la Ley Fundamental el derecho a la educación pública (artículo 3º), la propiedad privada subordinada al interés social, y el régimen ejidal (artículo 27), o los derechos laborales (artículo 123). El conjunto de los originarios derechos sociales en el texto de 1917 produjo elementos de un implícito y embrionario esquema de economía social de mercado⁴.

³ Cfr. ALFONSO NORIEGA CANTÚ, *Los derechos sociales, creación de la revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM - IJ, 1988, especialmente, págs. 101-126.

⁴ Aparece así también en escena del derecho público mexicano el “derecho económico” como novedosa asignatura jurídica. Así: HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2ª ed., México, Porrúa - UNAM, 2001, pág. 561.

No es el lugar para explicar, ni siquiera enumerar, el contenido del primer constitucionalismo social mexicano, ni las reformas que tendrían lugar décadas después para dar contorno al capítulo económico. Han sido desarrolladas ampliamente por la doctrina. Su contenido más esencial, en su normativa vigente, sigue caracterizando un Estado social de derecho, y, fundamentalmente, a partir de su reforma verificada en la primera mitad de la década de los ochenta, en un esquema de economía mixta.

Ahora bien, son múltiples los factores que explican que los celebrados derechos sociales que consagrara el texto de la Constitución de 1917 no tuvieran un reflejo en la mejora de las condiciones de vida para sectores considerables de la sociedad mexicana, como saldo general de su centuria. Un factor preponderante de este escenario es la consideración de esos derechos como normas de carácter programático, unida a la comprensión política de la Constitución, y no como norma directamente vinculante bajo una lectura genuinamente normativa de esta⁵.

En esa tesitura, como lo hace notar COSSÍO DÍAZ, la interpretación de la Suprema Corte en la primera década posterior a su promulgación, dada la proximidad a la conclusión de la revolución, fue proclive a reproducir la literalidad de las normas constitucionales. Posteriormente, en el período que podemos llamar “precardenista”, su interpretación tuvo una proclividad al amplio desarrollo de las “garantías individuales” bajo un —paradójico, agregamos— enfoque liberal.

Fue en el período cardenista o “socialista” —como le llamamos—, cuando se observan criterios que, en su conjunto, reflejan una subordinación del individuo a los colectivos sociales y al Estado. Era una filosofía propia de los postulados revolucionarios, si bien a costa de una pérdida de autonomía de la función judicial, y de cumplir un papel instrumental del proceso político que vivía el país.

Posteriormente, vino un largo período “estatalista”, u —apuntamos por nuestra parte— “oficialista” (1940 a 1994). Cossío caracteriza a esta fase como una cargada de interpretaciones minimalistas de la Constitución, deferentes hacia las decisiones de los poderes ejecutivos sexenales en turno. Esta aproximación abrigó una concepción reducida de la constitución y una mitificación del juicio de amparo a extremos que lo acercaron a rituales formalistas, en detrimento de la tutela efectiva de los derechos sustantivos⁶.

Con este recorrido extraordinariamente simplificado por nuestra parte, en lo que aquí nos interesa remarcar, puede apuntarse la hipótesis de que el

⁵ Cfr. JOSÉ RAMÓN COSSÍO D., “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez* [FERNANDO SERRANO MIGALLÓN, coord.], México, Porrúa, 1999, págs. 89-121.

⁶ Cfr. JOSÉ RAMÓN COSSÍO D., *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, págs. 89-138.

Estado social de derecho de 1917 en ningún momento histórico se cohonestó con la idea del Estado constitucional de derecho. Esta coordinación tal vez no germinó en México hasta entrado el último cuarto del siglo constitucional, con la reforma judicial de 1994. Este sería el punto de arranque de un proceso de difícil articulación histórica.

Ahora bien, la Constitución mexicana mantiene su “capítulo económico”, fundamentalmente en sus artículos 25, 26 y 28, que quedó inserto por reforma de 1983, no sin críticas, en el capítulo de las entonces denominadas “garantías individuales”.

La inexactitud de la técnica legislativa, en principio, tan solo topográfica, ha podido traer consecuencias en términos de eficacia normativa. Una de ellas fue una influyente lectura en el sentido de que, “en puridad, no instituyen ni proclaman ninguna garantía en favor del gobernado frente a las autoridades del Estado [...]”⁷. Esta afirmación pudo haber llevado a concluir que el capítulo económico era efectivamente ajeno a los derechos de las personas, como veremos que llegó después a confirmar la escasa jurisprudencia en esta temática.

En todo caso, las bases textuales de estos preceptos son producto de las reformas publicadas el 3 de febrero de 1983. Las sucesivas modificaciones a ese articulado vertebral del modelo económico mantuvieron los rasgos distintivos de aquella reforma. Los cambios más significativos a ese modelo datan apenas del último lustro: provienen de las denominadas “reformas estructurales” durante el sexenio de ENRIQUE PEÑA NIETO, cuyo mandato concluyera el 31 de noviembre de 2018.

Las denominadas reformas “estructurales” en sectores clave de la economía, verificadas a partir del 2013, se refirieron al sector de las telecomunicaciones, competencia económica, energía, financiera, hacendaria, así como también en materia laboral, educativa, y transparencia⁸. Estos cambios han significado una modificación de los espacios de intervención de los sectores público y privado en la economía nacional, así como las técnicas de intervención del Estado regulador⁹.

B) *Constitucionalismo de los derechos y modelo económico*

Los derechos humanos, autónomamente considerados respecto del modelo económico, se han caracterizado por su muy compleja inserción a lo largo de

⁷ IGNACIO BURGOA ORIHUELA, *Las garantías individuales*, 41ª ed., México, Porrúa, 2011, pág. 727.

⁸ Véanse JUAN PABLO ARROYO ORTIZ; ISABEL ISLAS ARREDONDO; ARIADNA DÍAZ CASTILLO y MARÍA ÁNGELES CORTÉS BASURTO (coords.), *Balance de las reformas estructurales*, México, Senado de la República - Instituto Belisario Domínguez, 2018.

⁹ JOSEFINA CORTÉS CAMPOS y MARIANA SANTOS, “Artículo 25”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada* [JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ, coord.], t. I, México, Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 536-537.

una inacabada transición democrática, tanto en las normas jurídicas como en las prácticas sociales. La reforma del 10 de junio de 2011 tuvo en esa nada alentadora circunstancia, una de sus principales motivaciones políticas¹⁰.

La relación entre los derechos y el sistema económico ha padecido las consecuencias de una indiferencia jurídica, y también judicial, hacia los ciudadanos y sus derechos humanos¹¹. Sin embargo, no podría afirmarse que la conciencia por la importancia de esa relación inicie con la reforma del 2011.

Ha estado presente, en mayor o menor grado, al menos en el plano normativo, desde el origen de la Constitución y con cada reforma que ha incidido en su modelo económico.

Pueden identificarse dos modos en los que, desde la constitución, se desprenden las limitaciones a las fuerzas y actores económicos frente a los derechos y libertades fundamentales. Primero, las que expresa y genéricamente se establecen en su capitulado económico (con lo cual se erigen límites a las libertades económicas). Segundo, las que implícita y específicamente se desprenden del articulado de cada derecho, individual, social o colectivo, constitucionalmente consagrado (límites derivados de libertades no económicas). Veremos casos relevantes que han tratado estos aspectos en el siguiente apartado.

El desarrollo económico y la protección de los derechos humanos no tienen necesariamente fines divergentes. La generación de la riqueza es un proceso instrumental a la realización de los valores constitucionales y al ejercicio de los derechos humanos. Esta relación indisoluble debe impactar en las aproximaciones interpretativas a la Constitución que deben en todo momento custodiar la maximización de los derechos, en equilibrio con el alcance de los importantes propósitos del desarrollo económico¹².

3. RÉGIMEN DE LIMITACIONES A LOS AGENTES ECONÓMICOS FRENTE AL SISTEMA DE DERECHOS

A) *Límites genéricos en virtud de los principios constitucionales de rectoría y planificación económica del Estado*

El artículo 25 establece la rectoría del desarrollo nacional a cargo del Estado. La Constitución ordena que sea integral y sustentable, que fortalezca

¹⁰ Para análisis sobre esa trascendental reforma, véanse: VV.AA., *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma* [MIGUEL CARBONELL y PEDRO SALAZAR, coords.], México, Porrúa - UNAM, 2012; SERGIO GARCÍA RAMÍREZ y JULIETA MORALES SÁNCHEZ, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa - UNAM, 2012.

¹¹ Cfr. ANA LAURA MAGALONI y ARTURO ZALDÍVAR, “El ciudadano olvidado”, en VV.AA., *Corte, jueces y política* [RODOLFO VÁZQUEZ, comp.], México, Fontamara - Nexos, 2007, págs. 111-120.

¹² ARTURO ZALDÍVAR, “La Suprema Corte ante la transformación de México”, *Nexos*, 1º de agosto de 2014.

la soberanía nacional y su régimen democrático. En lo que resulta relevante para nuestros propósitos, prevé que, mediante la competitividad, el fomento al crecimiento económico y el empleo, una justa distribución del ingreso y la riqueza, “permita el *pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales*, cuya seguridad protege esta Constitución” (párr. 1º).

El mismo artículo 25 refiere que el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, así como regulará y fomentará las actividades que demande el interés general “en el *marco de libertades* que otorga la Constitución” (párr. 3º). Establece también que la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares (último párrafo).

Por su parte, el artículo 26 dispone que el Estado debe organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional. Debe imprimir solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía. Su propósito es la independencia y democratización política, social y cultural de la nación (apdo. A, párr. 1º). La ley faculta al poder ejecutivo para establecer procedimientos de participación y consulta popular en ese sistema (párr. 3º)¹³.

A este respecto, se debe decir que ha existido una evidente fragilidad normativa de la planeación para el desarrollo nacional, desde su introducción en la Constitución en 1983 (por cierto, como producto de la aguda crisis económica en México el año previo). Con base en esa constatación, hay voces en la doctrina que opinan —no sin razón— que su inclusión en la constitución no se ha reflejado, ni ha contribuido, a un mejor desarrollo económico.

Se ha sostenido que si la planeación no se hubiera introducido en el texto constitucional, nada habría ocurrido. Pero no solo ello, sino, lo que es peor, que el proceso de planeación descrito en la constitución y detallado en la ley relativa, “ha entorpecido el desarrollo mediante su burocratización”¹⁴.

Con todo, resulta a nuestro juicio indudable que la incorporación de la rectoría y planeación económica del Estado tiene un par de valores añadidos frente al régimen de libertades constitucionales. La primera, trae como consecuencia que no se admita constitucionalmente una libertad plena de los particulares para su personal y único desarrollo comercial¹⁵. La segunda, que la rectoría

¹³ Véase la jurisprudencia de la Suprema Corte: P./J. 76/2009, de rubro: *Planeación democrática del desarrollo nacional y sistema nacional de desarrollo social. Se fundamentan en los artículos 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

¹⁴ GONZALO HERNÁNDEZ LICONA, “Artículo 26”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, cit.; en especial, véase la enumeración de los problemas de la planeación en la Constitución desde 1983, considerados por el autor, en págs. 543-544; consúltese, asimismo, JOSÉ GAMAS TORRUCO, “Artículo 26”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, cit., págs. 459-472.

¹⁵ Así lo estableció la Suprema Corte al considerar que el artículo 25 constitucional no protege a los particulares contra la imposición de obligaciones fiscales, en la jurisprudencia

del Estado concomitantemente importa el recorte o limitación razonable de las libertades económicas¹⁶, convivientes en un libre mercado delimitado por reglas del juego.

En todo caso, las libertades “no económicas” no pasaron desapercibidas para el ordenamiento constitucional cuando ha sido reformado en esta materia¹⁷. Esto tampoco significa que el ordenamiento haya reconocido automáticamente la posibilidad de tutelar mediante vías procesales específicas, esas libertades, frente a las potestades de rectoría y planeación económica estatal, como lo ha considerado su interpretación judicial.

Cuando tuvo oportunidad, la Suprema Corte estableció que los principios relativos a la rectoría económica del Estado en el desarrollo nacional, establecidos en los artículos 25 y 26, no otorgan derechos a las personas, susceptibles de tutela mediante el juicio de amparo. Por tanto, estableció que el amparo no es un mecanismo para obligar a las autoridades a adoptar medidas específicas en el desenvolvimiento de esas potestades¹⁸.

Algo distinta ha sido la actitud respecto a la justiciabilidad de aspectos específicos de actos de los poderes público y privado, con fundamento en el artículo 28, otro de los preceptos considerados como pilares del régimen económico mexicano. En él, como consecuencia de la propia reforma de 1983, se estableció

P./J. 10/97, de rubro: *Máquinas registradoras de comprobación fiscal. El artículo 29 del Código Fiscal de la Federación no viola el numeral 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

¹⁶ Cfr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, “El constitucionalismo social (esbozo del modelo socioeconómico de la constitución reformada en 1994)”, en *Economía, constitución y derechos sociales* [GERMÁN J. BIDART CAMPOS, coord.], Buenos Aires, Ediar, 1997, pág. 183.

¹⁷ Incluso, posiciones doctrinales como la de IGNACIO BURGOA, quien consideraba que el resultado de las prevenciones constitucionales establecidas en los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución dependerían de la legislación que expidiera el Congreso de la Unión, o de aplicaciones concretas de la ley que posteriormente realizara el poder ejecutivo, reconoció —como no podía ser de otro modo— que esas actuaciones debían “respetar los derechos públicos subjetivos de los gobernados derivados de las garantías constitucionales, primordialmente los que se refieren a las libertades específicas distintas de la económica y a la seguridad jurídica” (cfr. IGNACIO BURGOA ORIHUELA, *Las garantías individuales*, cit., págs. 731 y 733).

¹⁸ Tesis P. CXIV/2000: de rubro: *Rectoría económica del Estado en el desarrollo nacional. Los artículos 25 y 28 constitucionales que establecen los principios relativos, no otorgan derechos a los gobernados, tutelables a través del juicio de amparo, para obligar a las autoridades a adoptar determinadas medidas*; más adelante, la Segunda Sala emitió, en esa misma dirección, la jurisprudencia: 2ª./J. 1/2009, de rubro: *Rectoría económica del Estado en el desarrollo nacional. El artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no otorga a los gobernados garantía individual alguna para exigir, a través del juicio de amparo, que las autoridades adopten ciertas medidas, a fin de cumplir con los principios relativos a aquella.*

la prohibición de los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, y las exenciones de impuestos, de conformidad con lo que establezcan las leyes.

El artículo 28 ordena que la ley debe establecer un castigo severo a toda concentración o acaparamiento en pocas manos de artículos de consumo necesario, con el propósito de obtener el alza de precios. Ello incluye todo acuerdo de productores, comerciantes o empresarios para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí, para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, o represente una ventaja indebida a favor de personas determinadas, con perjuicio del público en general, o de alguna clase social (párr. 2°).

También remite a la ley el señalamiento de precios máximos a los artículos o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular. La ley debe proteger a los consumidores y debe propiciar el mejor cuidado de sus intereses (párr. 3°)¹⁹.

Más recientemente, la reforma del 11 de junio de 2013 elevó a rango constitucional el reconocimiento del juicio de amparo indirecto como medio para controvertir normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones. Esa reforma estableció que estos actos, sin embargo, no pueden ser objeto de suspensión. Precisó que algunos de ellos, como las multas, la desincorporación de activos, los derechos, las partes sociales o las acciones, pueden ejecutarse hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva (artículo 28, párr. 20, fracción VII).

B) *Límites derivados de derechos fundamentales específicos*

A lo largo de su articulado, como cualquier otra Constitución Política contemporánea, consagra derechos individuales con mediata incidencia en la operación de una economía de mercado: la propiedad privada (artículo 27)²⁰, la libertad de industria, comercio y trabajo lícitos (artículo 5°), la libertad de tránsito de personas y mercancías (artículos 11 y 117), la libertad de contratación

¹⁹ Algunos criterios judiciales derivados de estas reglas constitucionales pueden verse en SERGIO LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Artículo 28 (párrafos primero a quinto)”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, cit., págs. 601-606. Véase, asimismo: DANIEL MÁRQUEZ GÓMEZ, “Artículo 28”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, cit., en especial, págs. 612-616.

²⁰ La dimensión colectiva —no solo meramente individual— de la propiedad privada en el constitucionalismo tiene una significativa importancia para el régimen económico, pues la existencia de una gama de bienes de propiedad privada hace posible las relaciones económicas al margen del poder político. En consecuencia, se dice, ello permite no solo diferenciar, sino también establecer la autonomía de la sociedad civil frente al Estado (cfr. LUIS MARÍA DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Thomson - Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 502).

(artículo 5º), la libertad de concurrencia al mercado y libre competencia (artículo 28)²¹, entre otras libertades.

Por otro lado, hay también derechos individuales y colectivos que se encuentran en inmediata vinculación con la dinámica operativa de los agentes económicos, que incluso se insertan en la configuración de directrices concretas del régimen jurídico de la economía. Asimismo, desde luego, se consagran derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuya construcción normativa implica, como se sabe, la exigencia de obligaciones presupuestarias y, por tanto, económicas para el Estado.

La Suprema Corte ha podido incidir en el control de actos del poder público con impacto en el entramado económico mediante sus competencias en juicio de amparo en revisión, a través de conflictos de competencia entre órganos constitucionales o el control abstracto de normas.

No teniendo la judicialización de la actividad económica un fundamento diáfano en los preceptos destinados a la planeación y rectoría económicas, desde la función judicial sí han podido establecerse orientaciones jurisprudenciales mediante la protección de derechos de índole social. Así lo demuestran algunos importantes —por inéditos— ejemplos de la reciente jurisprudencia constitucional.

a) *Los derechos y libertades frente a las telecomunicaciones y radiodifusión*. Con la reforma al artículo 28 constitucional del 11 de junio de 2013²², se estableció el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Este instituto regula y supervisa el uso y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y servicios de radiodifusión y las propias telecomunicaciones.

La Suprema Corte emitió diversos criterios en torno a la posición jurídica del IFT en la controversia constitucional 117/2014²³. Precisó que, derivado de lo dispuesto en el artículo 28, es un órgano regulador que goza de la condición de órgano autónomo respecto de los tres poderes clásicos. Cuenta con atribuciones propias de producción de normas generales, aplicación y adjudicación, oponibles a dichos poderes.

Estas funciones tienden a la consecución de un propósito constitucional: el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones con base en criterios científicos y técnicos, con plena observancia a la libertad de expresión y el acceso a la información.

²¹ JOSÉ GAMAS TORRUCO, “Artículo 25”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, cit., pág. 423.

²² Para un análisis y aspectos críticos sobre los puntos principales de la reforma de las telecomunicaciones, véase: CLARA LUZ ÁLVAREZ, “Mexican telecom reform: Private interest first?”, *Mexican Law Review*, nueva serie, vol. VIII, n.º 2, julio-diciembre 2015, págs. 47-74.

²³ Este caso se resolvió por el pleno de la Corte el 5 de julio de 2015.

El artículo 28 de la Constitución (párr. 20, fracción iv), otorga al IFT la facultad de emitir reglas o disposiciones administrativas de carácter general, abstracta e impersonal, a efecto de cumplir con su función regulatoria en el sector que le compete. Esto quiere decir, que la facultad regulatoria que posee el IFT es una facultad cuasilegislativa, cuyos límites en relación con las facultades de producción normativa de los otros poderes públicos (señaladamente, el legislativo) y la política pública definida por estos, debe determinarse de manera casuística²⁴.

En su labor, el IFT debe garantizar la libre manifestación de las ideas, el derecho a la información, así como la libertad de difundir opiniones, información e ideas a través de cualquier medio, derechos consagrados en los artículos 6° y 7° constitucionales. Las concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones pueden tener un uso comunitario e indígena, sujetándose a los principios de esos mismos artículos, además del 2° y 3° constitucionales.

La Corte ha interpretado la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión ante la tutela de ciertos derechos fundamentales. Estableció que esta ley no vulnera ni restringe la libertad de trabajo, consagrada en el artículo 5° constitucional al precisar cuáles son los servicios de interconexión. Con esta atribución incide en la finalidad de conseguir el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar de la población. Otro propósito es conseguir una función social: que el mayor número de usuarios acceda a dichos servicios en los mejores términos. Se trata de “instrumentos para hacer efectivos los derechos fundamentales”²⁵.

En ese mismo caso, se estableció que la ley no suspende o restringe derechos o libertades, y menos el derecho a la supuesta propiedad privada, al imponer a los concesionarios el cumplimiento de diversos requisitos en favor del público usuario del servicio. Las telecomunicaciones son un servicio respecto del cual el Estado debe garantizar que se preste en condiciones de competencia e interconexión.

²⁴ Esta facultad debe permanecer dentro del ámbito material de regulación propio del sector de radiodifusión y telecomunicaciones, sin invadir la esfera legislativa del Congreso de la Unión definida por el artículo 73, fracción xvii, de la Constitución. Así, existe un esquema de división del trabajo en la producción normativa en la materia —regulación y legislación, respectivamente—, sin un espacio material prefijado, reservado o claramente diferenciado entre ellos, sino un espacio material común y concurrente. Véanse las jurisprudencias P./J. 43/2015 y P./J. 45/2015, de rubros: *Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Es un órgano constitucional autónomo con una nómina competencial propia oponible al resto de los poderes del Estado, que puede utilizar al máximo de su capacidad para realizar sus fines institucionales;* e *Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). Su función regulatoria es compatible con una concepción del principio de división de poderes evolutiva y flexible;* respectivamente.

²⁵ Amparo en revisión 1017/2016, resuelto el 21 de febrero de 2018.

En otro asunto, la Segunda Sala de la propia Corte analizó la misma ley frente a los derechos al debido proceso y la seguridad jurídica. Determinó que si bien el legislador no previó las formalidades que deben observar las autoridades para notificar los requerimientos de entrega de datos de tráfico de comunicaciones de telefonía móvil, esos derechos no quedan vulnerados, pues el intérprete debe acudir a las formalidades previstas en una ley diferente, pero supletoria: la Ley Federal de Procedimiento Administrativo²⁶.

b) *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: aspectos generales*. Estos derechos se han incorporado a la Constitución mexicana de modo paulatino, en distintas y disímboles épocas políticas. El artículo 4º recoge, por ejemplo, el derecho a la vivienda, el derecho a un medioambiente sano, la protección de la salud, o el derecho al agua. Muchas vertientes de estos derechos han tenido un impacto en la judicialización de la actuación económica del Estado.

Con su reforma del 28 de junio de 1999, el artículo 25 establece que el Estado apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso de los recursos productivos, en beneficio general, y “cuidando su conservación y el medioambiente” (párr. 7º).

El Estado tiene la obligación de proteger el núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales. Si la vulneración de un derecho de este carácter afecta también la dignidad de las personas, los tribunales deben ordenar la protección inmediata del derecho en cuestión. Una vez conseguida la satisfacción del núcleo esencial, el Estado debe procurar su progresiva realización plena mediante una política pública razonable. Además, una vez alcanzado un nivel de protección, el Estado no puede dar marcha atrás en ello, salvo una justificación robusta de la medida²⁷.

Los tribunales deben analizar si la medida impugnada mediante un amparo se inscribe dentro de una política pública razonable para realizar el derecho social. La Primera Sala de la Corte ha considerado que las autoridades administrativas y legislativas están en mejor posición para determinar las

²⁶ Amparo en revisión 345/2017, decidido el 23 de agosto de 2017.

²⁷ Así lo determinó la Primera Sala en el amparo en revisión 566/2015 (resuelto el 15 de febrero de 2017), a propósito de la tutela del derecho a la cultura de varios artistas y promotores de la cultura, que reclamaron la falta de conclusión del proyecto “Ciudad de las artes”, en la ciudad de Tepic, Nayarit. No obstante, se negó el amparo porque en el caso no se observó afectación a la dignidad de las personas y se acreditó que los recursos derivados de la venta del terreno se destinarían, justificadamente, a la Universidad Autónoma de Nayarit. Cfr. Tesis 1ª. CXXIV/2017, de rubro: *Derechos económicos, sociales y culturales. Deber de proteger de manera inmediata su núcleo esencial*.

medidas adecuadas. Por ello, los tribunales deben ser deferentes con dichas autoridades²⁸.

c) *Derecho a la protección de la salud*. El derecho a la protección de la salud también ha empezado a incidir, en los últimos tiempos, en la definición de las responsabilidades económicas del Estado. La Segunda Sala emitió un criterio trascendente en relación con el derecho a la protección de la salud de personas que padecen VIH/SIDA. En el amparo directo en revisión 378/2014, determinó que la atención médica que les había sido proporcionada a los pacientes no estuvo apegada al derecho humano en el nivel más alto posible de salud.

En el juicio, estaba acreditada la necesidad de que se realizaran obras de infraestructura para prevenir riesgos adicionales en el tratamiento médico de los pacientes con VIH/SIDA. En ese sentido, la Sala consideró que la adecuación de la infraestructura del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER) debió atender los artículos 2º y 12 del PIDESC, al que está obligado el Estado mexicano.

En virtud de ese pacto internacional, el Estado debe contar con establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, de buena calidad, aceptables desde el punto de vista cultural, así como apropiados desde la perspectiva científica y médica.

La obligación del Estado, a la luz de ese tratado internacional, no se limita al acceso igual y oportuno a los servicios básicos de salud, preventivos, curativos y de rehabilitación, sino que se extiende al tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades. Ello implica establecer las medidas tendientes a evitar, en lo que sea posible, que en los establecimientos de salud pública las personas con VIH/SIDA se expongan a riesgos de coinfección de enfermedades que puedan prolongar su tratamiento médico, sometiéndolas a mayores sufrimientos, o que incluso conlleven un riesgo para su propia vida²⁹.

La Sala estableció que cuando el Estado mexicano alegue falta de recursos, frente a la exigencia de la plena realización del derecho al más alto nivel de salud, corresponde a él probar dicha situación, además de acreditar que ha llevado a cabo todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición a efecto de cumplir con dicho objetivo. Por tanto, no basta la simple afirmación de que existe una limitación presupuestaria para considerar la inexistencia de la violación a este derecho³⁰.

²⁸ Tesis 1ª. cxxv/2017, de rubro: *Derechos económicos, sociales y culturales. Deber de alcanzar su plena protección progresivamente*, emanada del mismo amparo en revisión 566/2015.

²⁹ Tesis 2ª. cviii/2014, de rubro: *Salud. Derecho al nivel más alto posible. Este puede comprender obligaciones inmediatas, como de cumplimiento progresivo*.

³⁰ Cfr. Tesis 2ª. cix/2014, de rubro: *Derechos económicos, sociales y culturales. Cuando el Estado aduce que existe una carencia presupuestaria para su realización, debe acreditarlo*.

Se concedió el amparo para el efecto de que los quejosos, portadores de VIH/SIDA, recibieran un tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes. Asimismo, se estableció que el cumplimiento de la sentencia implica también la posibilidad de que las autoridades responsables consideren la remodelación del servicio clínico en donde dichos pacientes hoy son tratados, o incluso, mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario para ese efecto.

En otro asunto relacionado con el virus del VIH/SIDA, la propia Segunda Sala concedió el amparo a una persona contagiada por este virus por medio de una transfusión de sangre practicada en un centro médico del Instituto Mexicano del Seguro Social. El Instituto había aceptado una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el sentido de otorgar una reparación del daño a favor de la persona contagiada, que, en el momento de los hechos, tenía doce años de edad, así como a sus padres; de manera que se restablecieran las condiciones físicas y psicológicas de estas personas.

La Sala determinó la afectación a múltiples derechos: los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la igualdad y a la no discriminación, al desarrollo familiar y la libertad reproductiva, la protección del interés superior del menor, así como a las libertades de trabajo y de tránsito. Como consecuencia de ello, la Sala consideró que el Instituto debe prestar servicios médicos y psicológicos tanto a la persona contagiada y, de este último tipo, también a sus padres y hermanos, de manera vitalicia³¹.

Otros casos importantes del que se desprendieron implicaciones económicas con motivo de violaciones al derecho a la salud, fueron los amparos directos 50 y 51 del 2015³². En este asunto, la Primera Sala concedió un amparo para efecto de incrementar la indemnización por grave negligencia médica, tras un contagio de varicela en un albergue, que derivó en el lamentable fallecimiento de una niña de tres años de edad. Esas instalaciones estaban bajo la responsabilidad del gobierno de Ciudad de México, y, por tanto, este se encontraba en posición de garante respecto de la vida de la niña.

La Sala aludió al derecho a una justa indemnización y precisó la figura de los daños punitivos ante la responsabilidad patrimonial de agentes estatales. Se sostuvo que el castigo económico en estos casos no tendría por qué proyectarse en los contribuyentes. Más que desincentivar conductas futuras, en estos casos debe buscarse un cambio en el estado de cosas que permitió la violación de derechos humanos. Por esta razón, se dejó abierta la posibilidad de tramitar, en las vías legales conducentes, medidas de no repetición que garanticen que lo ocurrido en este caso, no se repita.

³¹ Este caso se resolvió en la sesión del 10 de mayo de 2017.

³² Resuelto en la sesión del 3 de mayo del 2017.

En todo caso, se observó que el gobierno de Ciudad de México contaba con una importante capacidad de pago para este tipo de casos, sin que pudieran admitirse sus alegatos genéricos respecto a la supuesta afectación a la sociedad. Máxime cuando corresponde a la autoridad explicar por qué los recursos se obtendrían de partidas presupuestarias vinculadas directamente con la ciudadanía, y no de otras en las que no se genere dicho impacto.

d) *Derecho a la educación pública superior gratuita*. El derecho a la educación pública en el nivel superior o universitario, con consecuencias económicas para la tutela de este derecho, fue motivo de un criterio inédito de la Primera Sala en el amparo en revisión 750/2015. Una estudiante de la Universidad Michoacana impugnó la constitucionalidad de un acuerdo universitario en el que se había determinado que los alumnos de educación superior (y media superior) debían cubrir las cuotas de inscripción o reinscripción correspondientes.

El artículo 138 de la Constitución del estado de Michoacán establece que la educación superior que imparta dicho estado debe ser gratuita. Tal como está configurado el derecho a la educación superior en la Constitución Federal, las autoridades educativas federales no tienen la obligación de otorgarla de manera gratuita, sino solo de implementar la gratuidad de manera progresiva³³.

Los actos reclamados vulneraron el derecho a la educación de la estudiante, previsto en el artículo 3º constitucional, y desarrollado en el referido precepto constitucional local. Pero también se estimó violado el principio de progresividad establecido en el artículo 1º, párr. 3º, de la Constitución Federal, porque las autoridades universitarias no demostraron la ausencia de recursos económicos destinados a garantizar la gratuidad de la educación superior, reconocida en la Constitución estatal, ni que hubieren realizado todos los esfuerzos posibles para obtener los mismos³⁴.

También señaló que la autonomía universitaria no exime la responsabilidad de respetar el referido derecho y, más importante aún, que en virtud del principio de progresividad, toda vez que el estado de Michoacán ha extendido la gratuidad a la educación superior, este tiene ahora prohibido adoptar, por regla general, medidas regresivas en este tema, salvo que se demuestre fehacientemente que ha realizado todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito alguno.

³³ Tesis 1ª. ccxc/2016, de rubro: *Derecho a la educación pública superior. El Estado mexicano tiene la obligación de implantar progresivamente su gratuidad*.

³⁴ En otro criterio jurisprudencial, la propia Primera Sala ha establecido que el principio de progresividad aplica no solo a los derechos sociales, sino también a todos los derechos humanos, de acuerdo con el artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución. Véase: 1ª./J. 86/2017, de rubro: *Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no solo a los llamados económicos, sociales y culturales*; jurisprudencia que terminó de integrarse el 8 de marzo de 2017.

Asimismo, se determinó que, en términos generales, la prohibición de adoptar medidas regresivas (legislativa, administrativa o incluso judicial) no es absoluta, pues dichas medidas podrían implementarse siempre y cuando encuentren alguna justificación plena (en este punto, la sentencia alude al ejemplo de la acreditación de la “falta de recursos”), la cual, en todo caso, estaría sujeta a un escrutinio estricto.

Las acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y la tutela de un derecho humano solo pueden justificarse si: a) se acredita la falta de recursos; b) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito; y c) se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos disponibles o que los recursos de que se disponía se aplicaron a la tutela de otro derecho humano (no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente, era mayor³⁵.

Al tratarse el juicio de amparo de un medio de constitucionalidad concreto, la Sala determinó como efecto de su sentencia que el gobernador del estado transfiriera a la Universidad Michoacana los recursos necesarios para garantizar la gratuidad de la educación de la promovente, hasta el nivel de licenciatura, incluidas las cuotas de inscripción³⁶.

e) *Derechos colectivos indígenas*. La importante presencia en el territorio nacional de pueblos o comunidades indígenas y recursos medioambientales ha

³⁵ Tesis 1ª. CCXCIII/2016, de rubro: *Principio de progresividad de los derechos humanos. La prohibición que tienen las autoridades del Estado mexicano de adoptar medidas regresivas no es absoluta, pues excepcionalmente estas son admisibles si se justifican plenamente.*

³⁶ En esta materia, debe considerarse también que, en el 2015, la Suprema Corte resolvió un conjunto de amparos en revisión en los que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley General del Servicio Profesional Docente, emitida por el Congreso de la Unión como consecuencia de la trascendente reforma constitucional del 26 de febrero de 2013, en materia educativa. Esta reforma implementó un nuevo sistema de evaluación obligatoria para el ingreso, promoción y permanencia en el servicio del personal docente. Esos criterios jurisprudenciales incidieron en diversos contenidos interpretativos del derecho a la educación, consagrado en el artículo 3º de la Constitución, en su relación con el derecho a la estabilidad en el empleo de los profesores, previsto en el artículo 123, apdo. B, fracción IX, de la propia Constitución, según el cual los trabajadores solo pueden ser suspendidos o cesados por causa justificada, en los casos previstos en la ley. La problemática de esos amparos básicamente giraba en torno a la alegada inconstitucionalidad de los artículos 52 y 53 de la ley, así como de sus artículos 8º y 9º transitorios. Estos preceptos establecen los supuestos de cesación, separación o remoción, así como de readscripción de los docentes que hayan obtenido por tercera vez un resultado desfavorable en la evaluación, o su incorporación a programas de “retiro voluntario”. Para una nota más amplia sobre estos criterios, permítasenos remitir a ALFONSO HERRERA GARCÍA, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2015”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 20, enero-diciembre 2016, Madrid, CEPC, págs. 508-509.

apuntalado estándares inéditos frente a infraestructuras para la explotación o desarrollo de actividades económicas. El derecho a la consulta previa y a la participación de estas comunidades, previsto en el artículo 2º constitucional (B, fracción IX), y, desde luego, en diversos tratados internacionales, ha acrecentado su importancia práctica en recientes casos relevantes.

La Corte ha determinado que el derecho a la consulta previa no se limita a la participación en asuntos políticos de estas comunidades, sino que incluye las actividades que impliquen políticas y proyectos medioambientales. Así, por poner un caso reciente, la comunidad de Bacánuchi en Sonora presentó un juicio de amparo con motivo de un derrame de residuos provocado por la operación de instalaciones mineras.

Cabe destacar que la población de Bacánuchi no se encontraba físicamente en el territorio afectado por la construcción de las obras (el municipio de Cananea), sino en uno adyacente. La Corte concluyó que los pobladores de esa comunidad sí acreditaron la afectación a sus derechos, y que, por tanto, debió consultárseles con anterioridad a la emisión de la autorización otorgada para construir y operar las instalaciones³⁷.

El deber estatal de utilizar el máximo de recursos disponibles para dar respuesta a las exigencias de los derechos colectivos indígenas se ha hecho presente también en el caso del pueblo de San Andrés Mixquic. La Segunda Sala concedió un amparo contra la omisión de las autoridades de Ciudad de México de adoptar medidas a su alcance para restaurar y sanear ecológicamente los canales de ese pueblo, a raíz del daño generado por agentes contaminantes.

En el caso, se acreditó que las autoridades no habían adoptado todas las medidas posibles, hasta el máximo de los recursos disponibles, con el propósito de evitar y controlar procesos de degradación de las aguas. Se declaró vulnerado el derecho humano al medioambiente sano, así como el derecho al acceso suficiente, seguro e higiénico de agua disponible para el uso personal y doméstico de los habitantes de esa comunidad³⁸.

4. CONSIDERACIONES FINALES: ¿CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA ECONÓMICO EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO?

Si calibrar la relación de los derechos humanos y la economía implica conocer el grado de impacto de la ordenación constitucional de esta sobre los

³⁷ Más allá de la Constitución, resulta desde luego relevante que se haya previsto también el derecho a la consulta en ordenamientos legislativos. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Hidrocarburos que establece que la industria de este sector debe garantizar aquel derecho cuando pretenda desarrollarse en territorios habitados por comunidades y pueblos indígenas (artículos 118 y 120) [cfr. MARISOL ANGLÉS HERNÁNDEZ, “Artículo 27”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, cit., en especial, págs. 509-510].

³⁸ Amparo en revisión 641/2017, resuelto en la sesión de 18 de octubre de ese año.

derechos, la conclusión general que puede formularse, en el caso mexicano, es su precariedad. Entre las muchas razones que fundan este diagnóstico se encuentra la distancia hoy existente entre las normas positivas y amplios sectores sociales, así como la propia eficacia, en términos socialmente considerados, de los derechos.

Sin embargo, en el último lustro, y fundamentalmente en torno a la promulgación de la reforma constitucional sobre derechos humanos del 2011, es creciente encontrarse con esfuerzos, desde la judicatura, para conseguir la eficacia normativa de algunos derechos. Pueden constatarse búsquedas esforzadas a favor de la eficacia de ciertos derechos frente a la actividad económica constitucionalmente regulada.

No debe abrigarse duda en que las constituciones deben establecer lineamientos mínimos sobre el desenvolvimiento del sistema económico. Posiblemente no deban caracterizarse, en todo caso, por una excesiva amplitud, en cuanto a la actuación regulatoria del Estado. Pero sí deben ser en especial precisos y contundentes frente a la prevalencia de los derechos.

Dado que el signo democrático de las constituciones de nuestro tiempo es el de las constituciones normativas, es preciso un poder judicial eficaz y en especial sensible a imponer las limitantes previstas en ellas, ante un fenómeno económico que no necesariamente se reduce a un territorio nacional.

México no escapa a esta apreciación. Por un lado, la Suprema Corte está llamada a ejercer un papel clave en la gobernabilidad, estabilidad, certeza y la confianza de los mercados. El poder judicial no desempeña cualquier papel, sino que su actuación puede tornarse determinante en ese sentido. Grandes transformaciones económicas que se emprendieron en algunos países no tuvieron el impacto esperado en la economía por no haber sido procesadas adecuadamente por tribunales efectivos³⁹.

En su época reciente, la Suprema Corte ha empezado a contribuir a la implementación en sede jurisdiccional de reformas “estructurales” que se incorporaron en los últimos años a la Constitución. Además, es palpable su aproximación cada vez más determinante en el contenido vinculante de deberes y obligaciones estatales frente a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Se advierte, en ese sentido, una actitud judicial ascendente en el contrapeso de los poderes políticos en esta materia.

De este modo, la posición de la Corte frente al novedoso sistema económico constitucionalizado, se revela como fundamental para el progreso material e igualitario de la economía. La judicialización se advierte como una ruta posible para conseguir ese alto objetivo en los tiempos de transición política que hoy se viven en el país.

³⁹ Estas son algunas conclusiones a las que arriba ARTURO ZALDÍVAR en sus artículos: “La Suprema Corte ante la transformación de México”, cit.; y “La Suprema Corte en la democracia mexicana”, *Nexos*, 1º de septiembre de 2017.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, CLARA LUZ, “Mexican telecom reform: Private interest first?”, *Mexican Law Review*, nueva serie, vol. VIII, n.º 2, julio-diciembre 2015.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, MARISOL, “Artículo 27”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. VII (sección tercera), México, Porrúa, 2016.
- ARROYO ORTIZ, JUAN PABLO; ISLAS ARREDONDO, ISABEL; DÍAZ CASTILLO, ARIADNA y CORTÉS BASURTO, MARÍA ÁNGELES (COORDS.), *Balance de las reformas estructurales*, México, Senado de la República - Instituto Belisario Domínguez, 2018.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El constitucionalismo social (esbozo del modelo socioeconómico de la Constitución reformada en 1994)”, en *Economía, constitución y derechos sociales* [GERMÁN J. BIDART CAMPOS, coord.], Buenos Aires, Ediar, 1997.
- *La constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2002.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, 41ª ed., México, Porrúa, 2011.
- CARBONELL, MIGUEL y SALAZAR, PEDRO (COORDS.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa - UNAM, 2012.
- CARPIZO, JORGE, *La Constitución mexicana de 1917*, 5ª ed., México, UNAM, 1982.
- CORTÉS CAMPOS, JOSEFINA y SANTOS, MARIANA, “Artículo 25”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada* [JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ, coord.], t. I, México, Tirant Lo Blanch, 2017.
- COSSÍO D., JOSÉ RAMÓN, “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez* [FERNANDO SERRANO MIGALLÓN, coord.], México, Porrúa, 1999.
- *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- DE LA MADRID HURTADO, MIGUEL, “Artículo 25”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, t. I, 18ª ed., México, Porrúa - UNAM, 2004.
- DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Thomson - Civitas, Cizur Menor, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “La Constitución y el estado social de derecho”, en VV. AA., *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después*, t. V, México, UNAM - IJ, 1988.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2ª ed., México, Porrúa - UNAM, 2001.

- GAMAS TORRUCO, JOSÉ, “Artículo 25”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. VII (sección tercera), México, Porrúa, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO y MORALES SÁNCHEZ, JULIETA, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa - UNAM, 2012.
- HERNÁNDEZ LICONA, GONZALO, “Artículo 26”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada* [JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ, coord.], t. I, México, Tirant Lo Blanch, 2017.
- HERRERA GARCÍA, ALFONSO, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2015”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 20, enero-diciembre 2016, Madrid, CEPC.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, SERGIO, “Artículo 28 (párrafos primero a quinto)”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, t. I, 18ª ed., México, Porrúa - UNAM, 2004.
- MAGALONI, ANA LAURA y ZALDÍVAR, ARTURO, “El ciudadano olvidado”, en VV. AA., *Corte, jueces y política* [RODOLFO VÁZQUEZ, comp.], México, Fontamara - Nexos, 2007.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, DANIEL, “Artículo 28”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. VII (sección tercera), México, Porrúa, 2016.
- NORIEGA CANTÚ, ALFONSO, *Los derechos sociales, creación de la revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM - IIIJ, 1988.
- ZALDÍVAR, ARTURO, “La Suprema Corte ante la transformación de México”, *Nexos*, 1º de agosto de 2014.
- “La Suprema Corte en la democracia mexicana”, *Nexos*, 1º de septiembre de 2017.

Suprema Corte: P/J. 10/1997.

Suprema Corte: P/J. 43/2015.

Suprema Corte: P/J. 45/2015.

Suprema Corte: P/J. 76/2009.

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

CÉSAR LANDA*

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre el orden constitucional y el orden económico de un país ha sido un punto constantemente discutido en la academia, tanto desde una perspectiva política como económica y legal. Dicha discusión se centra en la supuesta función que debe cumplir el Estado con respecto a la regulación de la economía, entendiéndose por esta no solo a la proyección estatal respecto a la distribución presupuestaria para los diversos sectores relevantes de la población, sino también en cuanto al alcance de la regulación constitucional con respecto a las normas del mercado, mediante principios rectores que orienten la economía.

El papel de la regulación del orden económico, y del mercado, toma mayor importancia en el contexto constitucional actual, el cual ha transitado del Estado liberal basado en el principio de legalidad al Estado social basado en el principio de constitucionalidad, distinguiéndose, ante todo, por la presencia de principios orientadores que rigen no solo la actuación de los particulares, sino también del Estado. Así, “el mercado, en el Estado constitucional, es —como toda la vida social— estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es, constituido” (HÄBERLE, 1997). Es en este contexto que aumenta la importancia de la dicotomía entre la mano invisible del mercado y la mano visible del derecho; además, una regulación constitucional del mercado debe tener como finalidad alinear los presupuestos económicos básicos con los conceptos de dignidad, solidaridad y derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento constitucional.

En el caso peruano, es con la Constitución de 1993 que se da el paso a un Estado constitucional de derecho regido por una economía social de mercado, la cual se centra en otorgar al Estado un papel en la economía como regulador, cuya función se limita a corregir los excesos y desbalances que surgen de la actuación de los agentes económicos en el libre mercado. Es así, que dicha teoría se encuentra en directa contraposición con la postura más tradicional

* Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor San Marcos. Expresidente del Tribunal Constitucional Peruano.

de la Constitución de 1979, que ponía al Estado como un agente activo del mercado, en el cual podía participar con total libertad, por lo cual es un papel sumamente criticado por sus resultados económicos deficitarios.

2. RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Si bien la Constitución Política del Perú de 1993 no es la primera en colocar en su texto la regulación del régimen económico, sí puede diferenciarse sustancialmente de su antecesora de 1979 por la teoría económica que adopta. Así, el título III de la Constitución de 1979 planteaba un régimen económico en el cual el Estado era un actor del mercado, susceptible no solo de realizar actividad empresarial por cuenta propia en sectores estratégicos, sino además de regular de manera más específica con precios sociales bienes o servicios ofrecidos por los privados en el mercado. Si bien la Constitución de 1979 también proponía un modelo de economía social de mercado, tal como lo señalaba su artículo 115¹, este no era tanto una expresión de la concepción alemana neoliberal que suele entenderse como libre mercado, sino de una versión restringida, que fomenta la libertad de mercado pero bajo lineamientos estatales impuestos y permitiendo la presencia del Estado como un agente competidor.

La Constitución de 1993 varía sustancialmente esta regulación. Si bien se mantiene el régimen económico dentro del título III de la constitución, el mismo ya no empieza planteando como principio rector la justicia social, sino que inicia con el artículo 58 de la siguiente manera:

“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”.

De este modo, el constituyente plasma un modelo de economía social de mercado² que es coherente con lo establecido en el pacto de la Ley Fundamental de Bonn alemana de 1949, teniendo como característica prominente la libertad del mercado. En este sentido, la nueva constitución peruana no otorga al Estado un papel de actor capaz de involucrarse en el mercado, sino una función de

¹ Cfr. Constitución Política de la República Peruana de 1979: “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”.

² Debe señalarse que la economía social de mercado es un modelo económico que surgió en Alemania, luego de la segunda guerra mundial, momento en el cual se buscó implementar un modelo que se distanciara de los extremismos de la planificación estatal obligatoria —que subordinó la iniciativa privada— y de la economía de libre de mercado —que, insólitamente, deshumanizó al trabajo en función del interés del capital y la empresa—. Es por ese motivo que se le conoce como la tercera vía entre el capitalismo y el socialismo.

promotor y orientador; por lo cual sus deberes se limitan a la regulación y mantenimiento del equilibrio de la economía, combatiendo los monopolios y con respeto por los principios y derechos fundamentales expresados por la misma Carta Magna.

En este contexto, los principios rectores económicos más destacados serán explicados a continuación.

A) *Economía social de mercado*

La economía social de mercado, como ya se ha señalado, es el modelo económico propio del Estado constitucional social de derecho. Dicho modelo tiene como principal objetivo integrar de una manera razonable dos principios de extremos opuestos: el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y el principio de igualdad y solidaridad social. De esta manera, la economía social de mercado busca una libertad de mercado que continúe asegurando los estándares mínimos de bienestar social para los ciudadanos, considerando que la iniciativa privada coadyuve a la función social del Estado. Así, si bien el Estado no limita o dirige la actividad económica de manera expresa, esta sí debe regirse con base en los principios constitucionales establecidos.

Es así, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 58 de la constitución vigente, la Administración Pública tiene una función de supervisor y promotor de la actividad económica privada y pública; pero, limitándose, a su vez, a la actuación empresarial pública, como se verá más adelante. Esta facultad cobra especial importancia en el contexto peruano, al rechazarse una política de inacción del Estado, en una sociedad que vive en una situación evidente de desigualdad económica, social y cultural, que convive con la pobreza de grupos vulnerables. Asimismo, el papel promotor de la Administración Pública es vital con respecto a aquellas condiciones necesarias para que la dignidad humana sea verdaderamente efectiva para todos, y activa, asegurando la realización de los derechos fundamentales sociales y, en ese sentido, remover los obstáculos que dificulten su plena realización (LANDA, 2006a).

B) *Papel subsidiario del Estado*

El también llamado principio de subsidiariedad de la actividad estatal se encuentra tutelado en el artículo 60 de la Constitución³, el mismo varía el tratamiento dado a la actividad empresarial estatal en la Constitución de 1979, sentando lineamientos excepcionales para su actuación, la cual, a su vez, debe

³ Cfr. Constitución Política de la República Peruana de 1993:

“Art. 60. [...] Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. [...]”.

cumplir con determinados requisitos establecidos. Así, la jurisprudencia lo describe como “de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común” (Tribunal Constitucional, 2003).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado, además, que este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal. Por tanto, puede entenderse como subsidiariedad vertical a aquella “relación existente entre un ordenamiento mayor —que puede ser una organización nacional o central— y un ordenamiento menor —que pueden ser las organizaciones locales o regionales—; según la cual, el primero de ellos solo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social” (*idem*). Así, lo que plantea la subsidiariedad vertical es una especialidad por competencia; según la cual, el órgano estatal estará facultado para realizar actividad económica siempre que sea de su competencia, no pudiendo asumir deberes de ordenamientos menores sin ahondar en un conflicto competencial. Asimismo, se desprende la proscripción de que los órganos de ordenamientos menores puedan realizar actividades económicas que correspondan a ordenamientos superiores.

Mientras tanto, la subsidiariedad horizontal tiene lugar en la relación que existe 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” (*idem*). En este sentido, y de manera coherente con el artículo 60 de la Constitución, la actuación del Estado será tan solo supletoria cuando sus fines respondan al interés general y siempre que los privados no estén en condiciones de brindar dicho servicio, o no deseen incursionar en el sector que necesita de la actuación económica del Estado. Es tan importante el mantener la actuación del Estado como una actividad subsidiaria que, incluso, se le exige estar facultada mediante ley expresa. Con respecto a la subsidiariedad en sentido horizontal, en el nivel legal, el Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) se ha pronunciado en el caso “Pollería el Rancho”, emitiendo el siguiente precedente de observancia obligatoria que resume los requisitos de su actuación:

“3. Para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una «ley expresa» aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. [...]

”4. En segundo lugar, se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial. Este análisis requiere delimitar primero el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal [...]

”5. Como tercer requisito, la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. [...] Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito” (Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 2010).

C) *Libertad de empresa*

La libertad de empresa es un principio y derecho sustentado en el derecho fundamental al libre desarrollo de la persona, junto con el derecho social de todo ciudadano a participar en la vida económica de su país. Así, el principio y derecho bajo comentario se encuentra regulado en el artículo 59 de la Constitución⁴.

El contenido esencial de este derecho puede definirse como la libertad para, de manera conjunta o individual, crear una empresa, acceder a un sector económico de producción o prestación de servicios y elegir libremente el modelo empresarial. Asimismo, el contenido de este derecho se extiende al reconocimiento de la capacidad de autoorganización empresarial y el cese de actividades y posterior liquidación de la sociedad. Todo ello conforme a los procedimientos establecidos en las leyes vinculantes (DE JUAN, 1984).

La función del Estado con respecto a este principio-derecho, y de manera coherente con el modelo de economía social de mercado en el que se enmarca, es una función de garante del libre acceso al mercado y de fiscalizador de la actuación de los privados; de manera que esta sea conforme a los principios de la libre y leal competencia, que rechaza los monopolios, las fusiones y acaparamientos que afectan a los usuarios y consumidores. Así, el Estado también tiene el deber de velar por que el desarrollo de la economía privada se dé en condiciones de igualdad jurídica, para una leal y libre competencia en el mercado.

D) *Promoción de la libre competencia*

Como se mencionó, el Estado tiene un papel vital en garantizar el acceso al mercado en condiciones de igualdad. Dicho papel guarda estrecha relación con la libre y leal competencia, de manera que los agentes ofertantes y demandantes en el mercado gocen de iguales condiciones para competir, encontrando, mediante la comparación de precios, la oferta más óptima para la satisfacción de sus intereses (KRESALJA y OCHOA, 1999).

⁴ Cfr. Constitución Política de la República Peruana de 1993:

“Art. 59. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

Un ideal de la libre competencia llevaría al “óptimo de Pareto”, situación económica en la que el equilibrio entre la oferta y la demanda sea tal que ambos agentes se vean satisfechos en su bienestar, sin verse perjudicada ninguna parte. Sin duda, esta situación de perfección es prácticamente imposible de alcanzar, sobre todo en una sociedad y un mercado tan fragmentado y desigual como el peruano, debido a la informalidad económica, que alcanza al 70% de la economía nacional. Por lo que la función del Estado no solo se limitará a la corrección de las imperfecciones del mercado formal, sino también a promover la superación de dichas desigualdades, facilitando el acceso a la pequeña y mediana empresa.

Asimismo, el papel de la Administración Pública será el de observar la dinámica del mercado, a fin de asegurar que no se produzcan posiciones preferenciales ni dominantes en él, que restrinjan o discriminen la necesaria redistribución equitativa de los recursos entre la oferta y la demanda que postula el Estado social de derecho. Además, de corregir las imperfecciones del mercado que puedan causar dicha desigualdad o menguar la confianza de los consumidores. En este orden de ideas, la Constitución, en su artículo 61, asigna al Estado el deber de combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas⁵.

E) *Derecho de propiedad y derechos intelectuales*

La propiedad, ya sea privada, comunal o pública, es un derecho de validez internacional, cuya promoción y protección forma parte esencial del Estado social de derecho; más aún, si la función de la propiedad, como parte integrante del orden social, protege y fomenta la libertad (DOEHRING, 1986). Es por ello que el derecho a la propiedad no debe entenderse únicamente como un derecho subjetivo, sino también como una garantía institucional, de conformidad con el artículo 70 de la Constitución⁶.

Cuando la Carta Fundamental señala que el Estado garantiza el derecho de propiedad y agrega que este se ejerce en armonía con el bien común dentro de los

⁵ Cfr. Constitución Política de la República Peruana de 1993:

“Art. 61. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

⁶ Cfr. Constitución Política de la República Peruana de 1993:

“Art. 70. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el poder judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

límites de ley, está estableciendo ciertos lineamientos para el ejercicio de este derecho. Es así que la utilización y el poder de disposición de la propiedad no queda en la esfera absoluta de los derechos del titular individual, sino que conciernen también al interés general o público de la comunidad (PÉREZ LUÑO, 1999). Un ejemplo claro del uso de la propiedad, incluso privada, en aras del bien común, se encuentra en la expropiación o cuasiexpropiación, la cual si bien tiene un justiprecio que se da a cambio de la propiedad y debe seguir las garantías expuestas de manera legal, no puede refutarse en términos de su realización.

Además de su tutela en el capítulo correspondiente al régimen económico, la constitución también consagra el derecho fundamental a la propiedad en su artículo 2º, inciso 16. Además de ello, en el inciso 8 del mismo artículo reconoce el derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica junto con la correspondiente propiedad de las mismas y sus productos. Así, el Estado más allá de la protección a la propiedad en su sentido tradicional, también es garante de la protección a la propiedad intelectual y a los derechos de autor, teniendo para ello marcos regulatorios que aseguren acciones y sanciones administrativas para cuando estos derechos se vean vulnerados.

F) *Protección de consumidores y usuarios*

El mandato constitucional de defensa del interés de los consumidores y usuarios se encuentra regulado en el artículo 65 de la constitución⁷, el cual se funda en la soberanía del consumidor como expresión de los derechos y libertades económicas que le son inherentes. Este principio es una expresión del Estado social de derecho y se entiende como la intervención de los consumidores en los procesos de formación de precios y de la calidad de los bienes y servicios en el mercado, tanto mediante sus asociaciones como por medio de la tutela por reclamos en su defensa.

El contenido esencial de dicho mandato va más allá de la participación de los consumidores y usuarios mediante la negociación del precio o composición del servicio; incluye el derecho a la información sobre el producto o servicio que se oferta, de manera que puedan tomar una decisión racional y consciente conforme a sus necesidades. Asimismo, el artículo 5º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716 (Ley de Protección al Consumidor) desarrolla los derechos de los consumidores que el ordenamiento legal reconoce.

⁷ Cfr. Constitución Política de la República Peruana de 1993:

“Art. 65. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular por la salud y seguridad de la población”.

G) *Servicios públicos y organismos reguladores*

En línea con los principios constitucionales que guían la actuación del Estado, la Administración Pública tiene un papel de garante del interés general de la población, de administrar los servicios básicos establecidos por ley, que sean necesarios para satisfacer las necesidades básicas de vida, en igualdad de condiciones e independientemente del sector social al que pertenezcan.

En tal sentido, los servicios públicos esenciales que el Estado oferte de manera directa o indirecta —infraestructura física, educación, salud, empleo, seguridad— deben contar con precios sociales para los estratos en estado de pobreza y con precios de mercado proporcionales para las demás clases sociales (LANDA, 2007). Es así que toda actividad empresarial o concesión que el Estado otorgue para la realización de servicios públicos debe obedecer a fines sociales y de utilidad pública.

De manera coherente con el principio subsidiariedad, en cuanto no se cumplan los requisitos ya examinados para fundamentar la actividad empresarial del Estado, la Administración Pública cumplirá su deber de garante y protector mediante la creación de entidades públicas supervisoras de los servicios que gestione el agente particular; con la finalidad de regular *ex ante* como fiscalizar y sancionar *ex post*, la actuación que no respete los principios de eficiencia y equidad que demanda un mercado social que procura el bienestar general y la seguridad de los ciudadanos, así como la transparencia y contribución al desarrollo integral y equilibrio nacional.

H) *Inversión extranjera y libre comercio*

El panorama mundial actual tiene a la globalización e internacionalización como elementos principales de la realidad. Así, el Estado tiene la obligación de proteger el interés general de los productores y consumidores nacionales de la competencia desleal del mercado internacional; basándose en el principio constitucional de reciprocidad e igualdad de trato en las relaciones internacionales económicas y políticas, y asegurando la protección de las empresas, productos y servicios nacionales, mediante precios de garantía y refugio, excepcional y transitoriamente (LANDA, 2007). De lo anterior, se desprende que toda diferenciación que pueda darse entre la inversión nacional y la extranjera debe ser razonable y proporcional.

Por otro lado, existen a su vez diversos tratados y acuerdos de libre comercio entre el Estado peruano y otros estados, los cuales deben aprobarse dentro de los límites de lo estipulado por la constitución. No obstante, la suscripción de este tipo de acuerdos por el Estado peruano, por ejemplo los tratados de libre comercio, no debe permitir la configuración de una regresión de los principios rectores de la constitución económica, ni desnaturalizar la protección y vigencia de los derechos laborales, medioambientales, entre otros (LANDA, 2004).

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA ECONÓMICO ACTUAL

Como se señaló, uno de los mayores cambios del siglo xx, del modelo constitucional económico, se dio con la Constitución de 1993 y la adopción de un modelo de economía social de mercado. Dicho modelo, a su vez, se encuentra enmarcado en el ya mencionado Estado social del derecho, sobre el cual puede señalarse:

“El Estado social y democrático de derecho define un rol activo del Estado en la economía y en la sociedad civil, con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas básicas, como trabajo, seguridad social, vivienda y salud. En este sentido, dentro de un Estado social y democrático de derecho, el Estado no se limita a reconocer y otorgar derechos a los ciudadanos, sino que establece mecanismos para garantizar los derechos de los ciudadanos” (ELGUETA, 2009).

Tal y como se desprende de lo anterior, el papel del Estado en un modelo social y democrático y, por tanto, de la constitución económica, se encuentra intrínsecamente ligado con los derechos fundamentales de la persona; toda vez que los principios rectores de la economía buscan asegurar una actuación del mercado que sea compatible con la dignidad del ser humano y la protección de sus derechos. Así, como se ha demostrado en el acápite anterior, todo principio plantea un papel del Estado o de los privados, que se encuentra dentro de ciertos márgenes de actuación para asegurar el respeto de los derechos de terceros.

Asimismo, debe recordarse que la constitución plantea como fin supremo del Estado, en su artículo 1º, la protección de la persona, su dignidad y sus derechos; de manera que teniendo en cuenta los principios de interpretación de la constitución que el Tribunal Constitucional oportunamente ha desarrollado, sobre todo el principio de unidad, la constitución debe tomarse como un “todo” armónico; es decir, que no cabe hacer una interpretación aislada de una sección de la misma, sino que todas las secciones deben interpretarse tomando en cuenta lo que dicen las otras (Tribunal Constitucional, 2005).

Con base en lo anterior, no puede pretenderse tomar los principios rectores como obligaciones del Estado aisladas de su interacción con los particulares, en tanto, dado el fin supremo constitucional de la Administración Pública, toda su actuación debe verse dirigida a la protección y garantía de los derechos de sus ciudadanos.

Si bien en el análisis individual de los principios rectores de la economía ya se ha logrado vislumbrar su relación con los derechos fundamentales, hay dos áreas específicas del derecho constitucional económico en donde estos derechos tienen vital importancia, a saber, el derecho presupuestario y el derecho tributario.

A) *Impacto en el derecho presupuestario*

La constitución regula el procedimiento de aprobación del presupuesto anual del Estado, asegurando en sus disposiciones las directrices mínimas para controlar la arbitrariedad de los poderes del Estado en el manejo de los recursos económicos públicos. El artículo 77 de la constitución señala la titularidad del Congreso en la aprobación del presupuesto anual, el cual debe dividirse en dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas.

Con respecto a los derechos fundamentales que se ven envueltos en la aprobación del presupuesto, el artículo 77 señala también el mandato de reparto equitativo de recursos públicos, de manera que aseguren su distribución con criterios de eficiencia y necesidades básicas sociales. En este sentido, el Estado tiene el deber de asegurar que el Presupuesto General de la República sea conforme a los derechos fundamentales de los ciudadanos y se exprese de manera que permita que se cubran las necesidades básicas de la sociedad, en especial, de aquellos sectores menos favorecidos.

Los artículos 78 y 79 de la constitución, por su lado, plantean límites a los poderes del Estado para la creación y aprobación del Presupuesto de la República, de manera que permiten la transparencia y el control constitucional de las actuaciones del Gobierno. Así, se promueven los derechos de la población, puesto que al limitar el margen de acción del Estado se buscan evitar actos de corrupción que ponen en peligro la estabilidad de la democracia y el uso adecuado de los recursos estatales.

Otro mecanismo de protección de los derechos fundamentales planteado por los artículos ya mencionados, es la búsqueda del consenso en el procedimiento de creación y aprobación del Presupuesto; en tanto que el hecho de que el presidente, representante del poder ejecutivo, sea el encargado de crear y enviar el proyecto de Presupuesto; y sea el Congreso de la República el encargado de analizarlo mediante sus comisiones y aprobarlo en los plazos propuestos, es un método que asegura la preservación de la democracia.

a) *Principios del régimen presupuestario.* Con respecto a los principios constitucionales presupuestarios, la doctrina ha visto prudente hacer énfasis en varios principios derivados directa e indirectamente de los mandatos constitucionales. KRESALJA y OCHOA en su texto logran identificar algunos de estos principios, los cuales para cuestiones prácticas pueden dividirse entre aquellos que regulan los aspectos formales, entendidos como los referentes a la creación y aprobación del Presupuesto; y los aspectos materiales: aquellos referidos al contenido y administración del mismo. Estos principios son, al igual que los del régimen económico, directrices a seguir por el Estado al momento de presentar y aprobar el proyecto de Presupuesto.

a') *Con respecto a sus aspectos formales.* Los principios más sobresalientes en esta materia derivan de manera directa de los mandatos constitucionales

analizados previamente. Así, en primer lugar se encuentra el principio de *legalidad presupuestaria*, el cual se expresa en el mandato de que la aprobación del Presupuesto es competencia exclusiva del Congreso de la República y debe aprobarse por ley. En este sentido, solo la Ley del Presupuesto Anual será vinculante para efectos de control y entrega de recursos.

Junto con este principio, se encuentra tutelado en el artículo 77 el principio de *anualidad*, que implica que el Presupuesto será renovado de manera periódica en el plazo de un año, siguiendo los plazos establecidos en la constitución de manera que la vigencia de una Ley de Presupuesto será anual, tiempo en el cual deberá derogarse por el nuevo proyecto aprobado.

Otro de los principios formales, al que ya se ha hecho referencia de manera previa, es el principio de *competencia*. Mediante este, la constitución señala determinados agentes y les otorga tareas específicas con respecto a la realización del Presupuesto. En este sentido, es el poder ejecutivo el responsable de elaborar el proyecto de Presupuesto y derivarlo al poder legislativo, quien tiene la facultad de revisión y el deber de aprobación y publicación.

El principio anterior se complementa con el principio de *anticipación*, el cual resalta la importancia de contar con un marco legal aprobado previo al inicio del año fiscal. De esta manera, entran en discusión, respecto de este principio, los plazos planteados por la constitución para la presentación del proyecto de Presupuesto, su revisión y remisión; señalándose mecanismos accesorios en caso de incumplimiento de los mismos.

El principio de *exclusividad presupuestaria* no es propiamente un principio explícito derivado de la constitución; no obstante ello, sí se trata de un principio con sustento legal. Por tanto, este principio impone como límite a la Ley Anual de Presupuesto que esta solo puede versar sobre temas presupuestarios. Este principio debe tomarse en consideración, además, con base en lo dispuesto en el artículo 74 de la constitución, que será analizado posteriormente, en cuanto señala la prohibición de que la Ley Anual de Presupuesto contenga disposiciones en materia tributaria.

b') *Con respecto a sus aspectos materiales*. El contenido de la Ley Anual de Presupuesto debe seguir dos principios rectores que se derivan del mandato constitucional, a saber: por un lado, el principio de *justicia financiera*, el cual implica que debe existir una conexión entre lo dispuesto en el Presupuesto y los fines sociales del Estado, de manera que se pueda atender las necesidades básicas de la sociedad; y, por el otro, el principio de *publicidad y transparencia fiscal*, el cual no solo implica un deber para el Gobierno de hacer de público conocimiento el proyecto de Presupuesto aprobado, sino que además es un mecanismo idóneo para mantener la seguridad jurídica de la ciudadanía y asegurar el mantenimiento de la democracia en el Estado; puesto que la transparencia otorga a los individuos las herramientas necesarias para exigir

sus derechos, permitiéndose una verdadera representatividad por parte de los poderes públicos.

Con relación a la distribución de los recursos en el Presupuesto, esta debe basarse en ciertos principios. El primero de ellos es el principio de *unidad*, el cual implica que todos los ingresos, gastos y presupuestos sectoriales realizados deban ajustarse a la Ley Anual de Presupuesto, siguiendo los montos planteados por ella. Asimismo, importa el principio de *universalidad*, el cual requiere que se informe respecto de los ingresos, gastos y riesgos financieros a la Hacienda Pública. Otro principio relevante respecto a la distribución de recursos es el de *equilibrio presupuestario*; este principio implica la necesidad de que exista una relación proporcional entre la evolución de ingresos y recursos con los gastos realizados y los créditos presupuestarios.

Otro punto que contiene lineamientos para la actuación del Estado con respecto a su actividad financiera, es la de la administración de los recursos públicos asignados en el Presupuesto. Así, se encuentra el principio de *administración común de los recursos públicos*, el mismo que implica la regla de que los ingresos del Estado se encuentren en un fondo común utilizado para la gestión; considerando que todos los ingresos serán usados a manera de cobertura de los gastos de forma indiscriminada, no existiendo una reserva de ciertos ingresos para actividades específicas. Otro de los principios relacionados a la Administración, es el de *sanidad de las finanzas públicas*; dicha directriz requiere que exista una sana situación de las finanzas públicas con la finalidad de mantener la vigencia del Estado social y democrático de derecho.

B) *Impacto en el derecho tributario*

Si bien el Perú sigue un modelo de una economía social de mercado basado en la libre iniciativa privada y la libre competencia, el Estado tiene el deber de prestar los servicios públicos, directa o indirectamente, así como satisfacer las necesidades esenciales de las personas de bajos recursos; velando, ante todo, por la vida, salud e integridad de los grupos más vulnerables. Es en este contexto que se hace de vital importancia el reconocer a los tributos como la principal fuente de riqueza del Estado, que serán redistribuidos en función de dichas finalidades públicas y sociales.

El derecho tributario tiene cuatro principios constitucionales que todo tributo independientemente de su categoría, cuantía, ubicación u otra característica debe seguir. Estos principios tributarios constitucionales se encuentran regulados en el artículo 74 de la Carta Magna y tienen como finalidad regular y limitar la actuación del fisco ante una mayor protección de los derechos fundamentales, actuando como garantía para los contribuyentes. Así, la ausencia u omisión del cumplimiento de uno de estos principios causará que el

tributo en cuestión devenga inconstitucional, siendo de esta forma inexigible y debiendo procederse a la devolución de lo recaudado, de ser el caso.

Los principios en cuestión son los que se enuncian a continuación.

a) *Principio de legalidad y reserva de ley tributaria*. El artículo 74 de la constitución señala que “los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley”.

Así, el mandato constitucional anterior contiene en su texto dos principios de distinta identidad. De esta manera, por una parte, se encuentra el *principio de legalidad*, el cual implica “la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes” (LANDA, 2006b). Mientras, por la otra, el principio de *reserva de ley* señala la existencia de la limitación a que cierta regulación sea dada exclusivamente por ley. De manera específica, dicho principio complementa al de legalidad por cuanto implica que “el ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la constitución al legislativo” (DE CABO, 2000).

En este sentido, el mandato constitucional faculta al poder legislativo a regular los impuestos y subsidiariamente al poder ejecutivo por previa delegación del Congreso. De modo que la constitución hace reserva de la potestad impositiva, para que dicha potestad solo pueda ejercerse mediante ley o decreto legislativo.

En cuanto a la facultad de regular las tasas y aranceles mediante decreto supremo, se discute si esta es una excepción al principio de reserva de ley, o si, por el contrario, esta potestad es tan solo residual, dado que se pueden regular ciertos aspectos por decreto supremo, pero requiriéndose una ley que regule los aspectos principales del tributo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha variado el criterio del Tribunal Fiscal, al señalar que los aranceles y tasas se encuentran en una situación de excepción con relación al principio de reserva de ley (Tribunal Constitucional, 2007). Otra excepción a ese principio de reserva de ley es la competencia de los gobiernos locales, quienes se encuentran facultados para crear, modificar o suprimir contribuciones y tasas dentro de su jurisdicción y ajustándose a los lineamientos legales establecidos.

El máximo intérprete de la constitución ha precisado también respecto del principio de legalidad, que “abarca la determinación de todos los elementos que configuran un tributo (es decir: el supuesto de hecho, la base imponible, los sujetos de la relación tributaria —acreedor y deudor—, el agente de retención

y la percepción y alícuota), los cuales deben estar precisados o especificados en la norma legal, sin que sea necesaria la remisión —expresa o tácita— a un reglamento o norma de inferior jerarquía” (Tribunal Constitucional, 2003).

Así, en torno a la relación de este principio con los derechos fundamentales, analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede determinarse que dicha limitación “cumple una función de garantía individual al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos” (LANDA, 2006b); además, es un mecanismo que permite mantener la democracia al requerir que el instrumento facultativo de imposición tributaria corresponda al poder legislativo, órgano que representa los intereses de todos los sectores de la sociedad.

b) *Principio de igualdad*. La igualdad es uno de los principios generales del Estado social y democrático de derecho, siendo así que no solo se encuentra regulado en calidad de derecho fundamental, sino también de principio. En este sentido, la Carta Magna reconoce tanto la igualdad ante la ley, entendida como el trato por igual por parte de la norma, como la igualdad en la ley, la cual implica la imposibilidad de modificar arbitrariamente las decisiones jurídicas en casos iguales. Asimismo, también se reconoce la igualdad en la aplicación de la ley, entendida como la interpretación idéntica para casos iguales, y distinta para casos diferentes. Estas expresiones de la igualdad se encuentran a lo largo de la constitución, pero de manera específica en los artículos 2º y 103.

No obstante, es preciso realizar la distinción entre las categorías de *diferenciación* y *discriminación*. En principio, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, “cabe decir que la *diferenciación* está constitucionalmente admitida; ello es así en la medida que se permiten leyes especiales dada la naturaleza de las cosas, pero no por la diferenciación arbitraria entre las personas” (LANDA, 2006b). Así, siempre que la medida cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, se tratará de un caso de diferenciación; de manera que cuando este trato desigual incumpla dichos lineamientos, se tratará de un caso de discriminación.

Un tema de especial relevancia con respecto a la regulación tributaria es la llamada discriminación positiva o acción afirmativa, mediante la cual el Estado promueve un trato diferenciado a grupos sociales determinados por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad; siendo así, se les otorgan mayores ventajas, incentivos o tratamientos más favorables, con la finalidad de compensar jurídicamente a dichos grupos la discriminación o desigualdad histórica, de manera que puedan superar la discriminación real en la que se encuentran.

“Esencialmente, este principio en materia tributaria directa debe ser entendido en el sentido [de] que las situaciones económicas iguales deben ser tratadas de la misma manera y, a la inversa, situaciones económicamente disímiles, deben recibir un trato diferenciado” (LANDA, 2006b).

Del principio de igualdad, la doctrina y jurisprudencia constitucional han rescatado otros principios indirectos, tales como el de capacidad contributiva, generalidad y solidaridad.

El principio de capacidad contributiva, si bien no se encuentra contenido de manera expresa en la constitución, se ha convertido en una de las principales garantías frente al poder tributario del Estado; porque limita el poder de este y se encuentra íntimamente vinculado con el principio de igualdad (BRAVO, 2003). Así, este principio requiere que cada persona contribuya en proporción directa con su capacidad económica; por tanto, quien tenga un mayor patrimonio o mayores ingresos económicos deberá contribuir de manera proporcional a ello, puesto que quienes tengan menores ingresos tendrán un deber menor de contribuir (GARCÍA, 2000).

La relevancia de este principio se encuentra en el lineamiento de objetividad y razonabilidad que impone al Estado la necesidad de tomar en cuenta la realidad al imponer los tributos. El Tribunal Constitucional ha advertido, por tanto, que la capacidad contributiva debe tener un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición; en este sentido, solo se podrá gravar a quien obtenga ingresos o patrimonio y de manera proporcional a la cuantía de los mismos.

El principio de generalidad, por su lado, también es un principio implícito del artículo 74, según el cual todos los ciudadanos se encuentran obligados, a raíz de su capacidad contributiva, a concurrir en el pago de tributos para contribuir con el sostenimiento de las cargas públicas. Es importante interpretar este principio a la luz del de capacidad contributiva, porque no implica un mandato de que todos concurren de igual manera al pago de tributos, sino que se haga de manera proporcional. Así, habrá individuos que a causa de sus bajos ingresos no se vean obligados al pago de tributos, funcionando los mínimos impuestos por la ley como excepciones legítimas al principio de generalidad. Sin embargo, debe esclarecerse que no se puede eximir a nadie de contribuir por razones que no sean la carencia de capacidad contributiva (FERNÁNDEZ, 1998).

El principio de generalidad es uno de los presupuestos para la realización del principio de igualdad. “Ello es así en la medida que, por un lado, este principio supone la interdicción de privilegios o áreas inmunes al pago de tributos; de lo cual se deriva, por un lado, que el deber de tributar alcanza a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras” (LANDA, 2006b). No obstante, también funciona como principio limitador del Estado, en tanto que le impone la obligación de tipificar todo acto que sea susceptible de ser indicador de capacidad económica y pasible de hacer al sujeto agente contribuyente. Así, toda exoneración o inafectación tributaria deberá encontrarse debidamente justificada, cumpliendo con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; pues de no ser así, se estaría atentando contra el principio de igualdad y su derivado de generalidad.

Por último, se encuentra el principio de solidaridad. Este tiene su base en el artículo 59 de la constitución, cuando señala que el “Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”. Así, el máximo intérprete de la constitución ha señalado que este principio es uno de los rectores de la actuación fiscal, por lo cual se deben distribuir los tributos de manera que se recauden conforme a la capacidad contributiva de la persona y asegurando el apoyo a aquellos sectores que más lo requieran (Tribunal Constitucional, 2004).

c) *Principio de interdicción de la confiscatoriedad*. El principio de interdicción de la confiscatoriedad se encuentra en íntima vinculación con el principio de capacidad contributiva y respeto de los derechos fundamentales, en específico, el derecho fundamental a la propiedad. En este sentido, se trata de una concretización del principio de proporcionalidad en cuanto busca prohibir el exceso en el cobro tributario.

Así, su relación con el derecho fundamental a la propiedad vela por la misma evitando el cobro desproporcionado o irrazonable de tributos, en el sentido en que el monto pueda ser excesivo hasta el punto de vulnerar la propiedad y las rentas del individuo. Por tanto, es errónea la postura que implica que este principio cumple la sola misión recordatoria de que la capacidad económica tiene unos límites que revelan la efectiva aptitud para contribuir al sostenimiento del gasto público (GARCÍA y MARTÍNEZ, 1999).

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que las instituciones que forman parte de la *constitución económica* —como el pluralismo económico, propiedad, libertad de empresa, ahorro—, no resulten suprimidas o vaciadas de su contenido esencial cuando el Estado ejercite su potestad tributaria (Tribunal Constitucional, 2004).

d) *Principio de respeto a los derechos fundamentales*. El último principio constitucional tributario explícito actúa como límite a la actuación estatal en la medida que su validez depende del respeto a los derechos fundamentales. Este principio se acoge a las vertientes objetivas y subjetivas de los derechos fundamentales, ya que irradia su fuerza normativa a todos los poderes públicos, mediante la *eficacia vertical*, y a los poderes privados a través de la *eficacia horizontal*.

Por consiguiente, este principio funciona como una cláusula abierta para los individuos, dado que no se limita a una lista taxativa de derechos, sino que prevé que ante cualquier vulneración de un derecho fundamental se pueda limitar la actuación fiscal, ya sea mediante eficacia vertical (es decir, entre un privado y el Estado) u horizontal (entre privados).

Este principio debe ser entendido más allá de las diversas teorías que puedan existir con respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales, pues es relevante que se le respete (LANDA, 2006b). Así, lo relevante para el

cumplimiento de este lineamiento es asegurar que la actuación fiscal no cause situaciones de conflicto en los que un derecho fundamental se vea limitado de manera desproporcional, teniendo en cuenta que toda afectación en todo caso deberá seguir las reglas de la ponderación, pasando por los ya mencionados juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto.

4. EL PAPEL DE LA CONSTITUCIÓN EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Como se ha apreciado durante el desarrollo del presente trabajo, la Constitución de 1993 en su capítulo de régimen económico regula la actuación principal del Estado y los agentes privados, con la finalidad de asegurar el goce de los derechos fundamentales. Así, mediante los principios del régimen económico, se regula la actuación del mercado de manera que los privados tengan derechos exigibles que no afecten a los usuarios y consumidores, cuya tutela corresponde al Estado, y que deben ser respetados tanto por el Estado como por los privados.

En este sentido, la función de la constitución en la regulación económica es firme expresión del modelo de economía social del mercado, puesto que limita las actuaciones del Estado y de los privados, fomentando una economía basada en la libre competencia y ausencia de monopolios. El Estado tiene el papel de fiscalizar y promover el ejercicio de los derechos fundamentales de los privados, ya sean empresas o consumidores.

De lo expuesto, puede determinarse que el papel de la constitución en la economía cumple una función dual. Por un lado, mediante los principios constitucionales económicos, limita y regula la actuación estatal y de los agentes privados, con la finalidad de asegurar la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales, y que permite el desarrollo del Estado democrático y social de derecho. Por otro, mediante los deberes esenciales que la constitución asigna al Estado, este tiene la obligación de proteger los derechos económicos y sociales de los sectores más vulnerables de la sociedad, mediante los servicios públicos y la solidaridad e inclusión social.

5. CONCLUSIÓN

El régimen económico postulado por la Constitución Política del Perú de 1993 responde a un modelo neoliberal de economía social del mercado, el cual tiene como principal directriz la limitación de la actuación estatal y la promoción de la libre competencia. En este sentido, la Carta Magna plantea diversos principios del régimen económico, que sirven como directrices para la actuación y regulación estatal y la protección y promoción de los derechos.

Estos principios han sido desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional quien ha podido modular o limitar la versión neoliberal, a partir

de desarrollar la economía social de mercado en un modelo de Estado democrático y social de derecho.

Asimismo, tanto los principios generales del régimen económico, como aquellos específicos del orden tributario y presupuestal, tienen su base en los derechos fundamentales de la persona, buscando garantizar la protección de los mismos y de su dignidad mediante la imposición de los límites al Estado y a los particulares.

Por tanto, con respecto a los principios del régimen económico, destaca la importancia de la libre competencia, la libertad de empresa, la protección a los consumidores y usuarios, y la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. Estos principios, junto con los demás, buscan asegurar una situación de igualdad de los agentes económicos, de manera que puedan actuar en el comercio de formas libre y responsable, sin permitirse ejercicios o limitaciones que no cumplan con un estándar de proporcionalidad constitucionalmente válido.

Los principios presupuestales y tributarios también cumplen con los fines de protección de los derechos fundamentales, y, a su vez, protegen el régimen democrático peruano. Así, no solo plantean la división y colaboración entre los poderes como mecanismo idóneo para la aprobación del Presupuesto y los tributos, de manera que aseguran que el Estado pueda cumplir con sus deberes esenciales de promover el bienestar general de los ciudadanos.

A manera de conclusión, el marco económico de la constitución se plantea como un mecanismo promotor de la actuación del Estado, que tiene como fin último la promoción y protección de los derechos fundamentales y la democracia en el ámbito nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAVO CUCCI, JORGE (2003), *Fundamentos de derecho tributario*, Lima, Palestra Editores.
- Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (1990), “Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik”. Disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/wwsuvtr/WWSUVtr.pdf>.
- DE CABO MARTÍN, CARLOS (2000), *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta.
- DE JUAN ASENJO, ÓSCAR (1984), *La constitución económica española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DOERING, KARL (1986), “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”, en ABENDROTH, WOLFGANG, FORSTHOFF, ERNST y DOERING, KARL, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ELGUETA, DANIEL (2009), “El concepto de Estado social y democrático de derecho en el Tribunal Constitucional”, UPC, *Revista de Economía y Derecho*, 6 (22).

- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (1998), “Los principios constitucionales tributarios en España”, en *Scribas. Revista de Derecho*, año II, n.º 3, Arequipa.
- GARCÍA DE LA MORA, LEONARDO y MARTÍNEZ LAGO, MIGUEL ÁNGEL (1999), *Derecho financiero y tributario*, Barcelona, Bosch.
- GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO, LUIS (2000), *Derechos de los contribuyentes*, México, UNAM..
- HÄBERLE, PETER (1997), “Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”, *Pensamiento Constitucional*, año IV, n.º 4, Lima, PUCP Editores.
- KRESALJA, BALDO y OCHOA, CÉSAR (1999), “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional”, *Revista Pensamiento Constitucional*, 6 (6), Lima.
- (2012), *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, PUCP.
- (2004), “El Tratado de Libre Comercio Perú - Estados Unidos: una perspectiva constitucional”, en *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra.
- (2006a), “Dignidad de la persona humana”, en *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra.
- (2006b), “Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional”, en *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria*, Lima, Gaceta Jurídica.
- (2007), “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993”, *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, 6 (III), noviembre, Lima, Justicia Constitucional.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE (1999), *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos.
- Tribunal Constitucional (2003). Sentencia del Exp. 0489-2000-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (2003). Sentencia del Exp. 0008-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional (2004). Sentencia del Exp. 0004-2004-AI/TC y otros.
- Tribunal Constitucional (2005). Sentencia del Exp. 05854-2005-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2007). Sentencia del Exp. 08078-2006-PA/TC.
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (2010). Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi.

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA EN URUGUAY

MARTÍN RISSO FERRAND*

1. INTRODUCCIÓN

La constitución y la economía nunca fueron compartimentos estancos, sino que, incluso en aquellas Cartas en que no aparecen disposiciones concretas con contenidos económicos, las vinculaciones y los condicionamientos recíprocos han sido siempre evidentes.

La realidad nos señala que siempre, con mayor o menor claridad, las constituciones contienen disposiciones que permiten definir algunas pautas respecto a la economía. Asimismo, no puede desconocerse que el cumplimiento de múltiples disposiciones constitucionales, en especial en materia de derechos humanos, está relacionado, de una forma u otra, a las pautas constitucionales en materia económica.

De todas formas, no es fácil moverse en estos temas y aparecen, al menos, tres realidades que dificultan el estudio de la relación existente entre el derecho constitucional y la economía. A saber:

A) Se encuentra muy aceptada en la actualidad la distinción entre disposición (texto positivo constitucional, legal o de otra naturaleza) y la norma (disposiciones interpretadas). La primera es única y tiende a perdurar en el tiempo, salvo modificación formal por una disposición posterior. La segunda, en cambio, no suele ser única y va cambiando con el paso del tiempo, pese al mantenimiento de la disposición sin reformas.

Pero cuando hablamos de hermenéutica constitucional, como ha señalado CHEMERINSKY¹, hay tres factores que hacen especial y más compleja la interpretación de la constitución: 1) la constitución debe entenderse como un documento contramayoritario: en la base de la democracia americana está la afirmación de que hay que cuidarse de las mayorías²; 2) la Carta debe apreciarse desde la perspectiva de límite a las mayorías, en especial en los tiempos de crisis;

* Director de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Uruguay.

¹ ERWIN CHEMERINSKY, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, New York, Aspen Publishers, 2006, págs. 6 y ss.

² Es tan peligrosa la tiranía de una mayoría como la de un grupo o la de una persona.

y 3) la constitución aparece como una forma de proteger *long-term values* de los *short-term passions*.

B) A lo anterior debe agregarse otra dificultad que tiende a complicar más el análisis de estas cuestiones. Siempre es más sencilla la interpretación de una disposición constitucional luego de que ella fuera aplicada en períodos más o menos largos. Cuando se trata de disposiciones que se están aplicando por primera vez, o incluso que aún no se han aplicado, las confusiones son comunes y será recién luego cuando se puedan valorar las consecuencias interpretativas de estas disposiciones.

C) En tercer lugar, en temas tan complejos como este, se puede apreciar cómo la interpretación de una disposición va cambiando en períodos relativamente breves³. Incluso, están fuertemente cuestionadas algunas premisas económico-constitucionales y no faltan quienes señalan que, en la evolución del Estado de derecho, hemos comenzado a transitar una tercera etapa, sustitutiva del Estado social (que a su vez había sustituido al Estado liberal). Y todavía debe repararse en que, en muchas ocasiones, el pasaje del Estado social a la tercera etapa se ha verificado sin reformas constitucionales formales, sino como consecuencia de la nueva realidad política, social y cultural en que se vive, que impacta necesariamente en la interpretación y en la aplicación constitucional.

Para el estudio de estos problemas intentaremos, en primer lugar, definir algunos puntos de partida jurídicos que serán altamente discutibles. Realizado esto volveremos sobre el viejo concepto de constitución económica, que parece cobrar nueva fuerza, especialmente en Europa. Luego realizaremos una síntesis de la evolución de Uruguay en esta materia, para pasar a los problemas que generan los derechos humanos frente a las exigencias de la economía, y viceversa.

De más está decir que todo lo que se dirá será especialmente provisional, por su novedad, por su complejidad, pero especialmente en la medida que esta relación entre el derecho y la economía no puede ser objeto de un análisis exclusivamente jurídico, así como tampoco puede ser encarado con un análisis solo económico. Por el contrario, el estudio interdisciplinario, con perspectivas jurídicas, económicas, sociales, políticas, etc., parece ser el único camino válido.

Como en pocos temas puede advertirse que el enfoque con una sola perspectiva es equivocado y solo podrá lograrse algo útil con una perspectiva interdisciplinaria.

2. PERSPECTIVA JURÍDICA

El Estado liberal de derecho (básicamente abstencionista, basado en la igualdad en su sentido formal y en los derechos de primera generación) evi-

³ MARTÍN RISSO FERRAND, "Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay", *Estudios constitucionales*, año 12, n.º 2, Talca, 2014, págs. 239-283.

taba inmiscuirse en temas económicos que dejaban librados a las *leyes del mercado*. Esta modalidad fue sustituida en el siglo xx, en general a partir de la segunda guerra mundial, por el Estado social de derecho (que completa la igualdad formal decimonónica y agrega los derechos económicos, sociales y culturales), que aparece como básicamente intervencionista, procurando lograr que la igualdad exista en la realidad y protegiendo los derechos de segunda generación. Es un Estado productor de bienes y servicios.

Parecería que este Estado social, o ha sido sustituido por una tercera modalidad (todavía no claramente determinada) o ha sufrido cambios importantes. Algunos hablan de Estado constitucional de derecho para referir a esta variante. Esta tercera forma mantiene los principios, objetivos y derechos del Estado social, pero cambia los instrumentos que deben utilizarse.

La globalización en todos los sentidos posibles (en especial, en materia económica), los avances tecnológicos y culturales han cambiado radicalmente la visión de la función del Estado y la tutela de los derechos humanos. Hace unas décadas los ciudadanos podían soñar con un Estado que satisficiera todas sus necesidades en materia de derechos humanos, pero la realidad nos demuestra que, incluso en los Estados más desarrollados, esto es imposible. Los sistemas de seguridad social, la atención de la salud y la protección del medioambiente, entre otros, no pueden ser atendidos en los términos con que se encaraban hace treinta o cuarenta años. Se requiere de cambios profundos.

En este esquema y como marco jurídico para el estudio de las cuestiones planteadas, podría decirse:

A) Los derechos humanos de todas las generaciones, tanto los establecidos en las constituciones como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), son necesariamente el punto de partida. O como alguna vez se dijo: los derechos humanos son el puerto de partida para el operador jurídico, pero también son el puerto de destino y el compañero de ruta para el intérprete.

B) Estos derechos implican obligaciones puntuales de hacer o no hacer a cargo del Estado. En especial, el DIDH establece obligaciones ineludibles para los Estados, que no son otra cosa que los derechos de los habitantes y que implican que se deben adoptar medidas inmediatas y desarrollarlas dentro del marco de la progresividad⁴. Esto es, se deben asegurar las condiciones que permitan que la protección se desarrolle en forma progresiva, gradual y constante⁵.

⁴ MATÍAS PEDERNERA ALLENDE, “Los compromisos internacionales sobre derechos fundamentales y su influencia en la política económica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 23, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2017, págs. 149-164.

⁵ JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ, “La crisis económica y el principio de adecuación a las decisiones políticas como nuevo canon de constitucionalidad. Límites a la interpretación constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 20, 2016, págs. 117-158.

C) Los derechos deben ser interpretados conforme al principio *pro homine*, del que derivan, entre otras cosas: 1) la interpretación en *favor libertatis*; 2) la protección de la víctima; 3) interpretación expansiva de las normas que reconocen derechos; 4) interpretación estricta de las excepciones a las normas que reconocen derechos (nunca expansiva o analógica); 5) las limitaciones de los derechos humanos deben tener base constitucional o convencional (no deben estar prohibidas, sino permitidas) y deben cumplir con los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad; y 6) debe respetarse en todos los casos el “contenido esencial” de cada derecho, evitando su desnaturalización o caricaturización, etc.

D) Las limitaciones, o las medidas que no tiendan a la protección integral de un derecho, deben estar justificadas, a cuyos efectos el principio de proporcionalidad es la herramienta básica, con el estudio de la idoneidad de la limitación, la necesidad y realizando una ponderación en sentido estricto.

E) El realismo y el pragmatismo, sin afectar lo anterior, se transforman en básicos para encarar este tema. No se puede gastar lo que no se tiene y esto debe ser asumido.

La cuestión es que estos objetivos deben analizarse en términos nuevos. No se puede seguir razonando en clave de ideologías o creencias que es claro que no resultan hoy posibles. Por el contrario, se debe actuar con pragmatismo y abrirse ante una nueva realidad.

3. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

En la primera mitad del siglo XX, SCHMITT⁶ hizo uno de los desarrollos más interesantes sobre la constitución económica y desde entonces se utilizó esta expresión de “constitución económica”, no exactamente en el sentido de SCHMITT, sino para referirse a todas las disposiciones constitucionales que de una u otra forma relacionan a la economía. Esta noción, en cierta forma, cayó luego en desuso, pero ahora parece recobrar su brillo.

DE VERGOTTINI⁷, refiriéndose a la noción de los años cuarenta, que considera superada, y a la Constitución italiana de 1948, señala que la constitución económica surgió de una concurrencia de ideas de izquierda (socialistas y comunistas), del catolicismo social y del viejo liberalismo. Esta concurrencia se aprecia con nociones que podrían hasta considerarse contradictorias: la planificación, un Estado intervencionista con poderes importantes de contralor sobre la actividad privada, ciertas reticencias respecto a la propiedad privada (debe responder a un fin o tener una función social) y sobre la iniciativa privada

⁶ CARL SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

⁷ GIUSEPPE DE VERGOTTINI, “La Constitución económica italiana: pasado y actualidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, UNED, 2012, págs. 339-354 (Dialnet).

(se mira al empresario con desconfianza), frente a la extensa regulación y protección de los derechos de primera generación (mayor que la de los sociales).

Resulta interesante ver la precisión de DE VERGOTTINI en los conceptos anteriores y, a su vez, tener presente que seguramente en la post-segunda guerra esto no se veía con la claridad con que se puede visualizar en nuestros días mirando lo que ha acontecido desde entonces.

Siguiendo la línea de este autor, se puede advertir, en cierta forma, la existencia de tres visiones de la economía desde la constitución. Primero la forma transaccional, que claramente fracasó y que fue sustituida en la realidad, aunque no necesariamente en los textos constitucionales que en general no se reformaron. Las nociones sustitutas de la anterior podrían agruparse bajo la expresión “economía mixta” (aunque las denominaciones han sido múltiples), que en una situación ideal pretendía ver la coexistencia equilibrada de las visiones contrapuestas. Tampoco esto funcionó.

Luego, fundamentalmente en Europa, se revalorizó el mercado y se advirtió la importancia de la libre competencia, de la protección del usuario y del consumidor, etc. Comenzó un nuevo dirigismo orientado a la regulación del mercado y el Estado asumió el papel de regulador. Pero no cualquier regulación, sino una conforme al mercado. Hay dos diferencias básicas entre este nuevo Estado y el social anterior: 1) La intervención estatal está orientada a tutelar y promover la competencia, en lugar de reducir el número de operadores con monopolios u otras formas de intervención; y 2) las autoridades reguladoras tienden a ser autoridades independientes y no unidades burocráticas insertadas y dirigidas por el Gobierno. O sea, cambia el papel del Estado, pero también cambia la regulación que debe procurar el buen funcionamiento del mercado y no su combate. No se desconfía del mercado, sino que se busca su buen funcionamiento.

Lo anterior responde a cambios básicamente acaecidos en Europa, pero también en América Latina, en general sin reformas constitucionales; parece que se está yendo en este sentido.

En Uruguay no se ha modificado la Constitución de 1967, pero los cambios políticos son evidentes. Desde 1985 a 2018, han gobernado tres partidos distintos. Los dos primeros podrán ser considerados por algunos como de centroderecha, aunque entiendo que es más apropiado hablar de centro. Desde 2005 gobierna un partido de izquierda, que ha triunfado en tres elecciones consecutivas. Pero más allá de las diferencias que existen y que son importantes, en lo que refiere a la orientación económica, se aprecian tendencias más o menos similares:

- a) Preocupación central por la apertura de mercados internacionales para los productos nacionales.
- b) Atracción de inversiones y capitales extranjeros.

c) Protección de la libre competencia, del usuario y del consumidor (regulada mediante leyes). Aunque en América Latina esta orientación coexiste con el mantenimiento de empresas públicas, muchas veces monopólicas.

d) Aparece una preocupación especial por el déficit fiscal y el endeudamiento externo excesivo, aunque luego, por razones políticas, las soluciones no van en la línea de evitar estos excesos. Hoy, uno de los problemas principales de los países, desarrollados y no desarrollados, se encuentra en los abultados déficits fiscales y en un endeudamiento externo excesivo.

e) El Gobierno parece menos como un “conductor, líder o reformador” y más como un “timonel” que procura llevar la nave a través de mares a veces calmos, pero en general tormentosos.

No deja ser curioso que estos cambios en materia económica, no acompañados de una reforma constitucional, resulten imperceptibles para la mayoría de la población y, a veces, para parte de los actores políticos. Pero más extraño es que estos cambios parecen ser inevitables.

Claro que estos cambios no son meramente jurídicos y económicos, sino que se enmarcan en procesos históricos, culturales, internacionales muy fuertes y complejos que, con variantes, se presentan en todo el mundo occidental.

Hace quince años DUNCAN KENNEDY⁸, analizando lo que él denominó las distintas globalizaciones, realizó una interesante distinción de ciertos contenidos centrales de tres períodos que llamó “pensamiento legal clásico” que sitúa entre 1850 y 1914, el “período social” entre 1900 y 1968, y el período que podríamos simplificar como “contemporáneo”, aunque este autor lo señala hasta el 2000. Por supuesto que DUNCAN KENNEDY piensa y estudia la realidad de Estados Unidos, pero fácilmente se podrán encontrar en los tres períodos inequívocas coincidencias, dentro de nuestro Estado de derecho, con el Estado liberal, el social y la tercera etapa que está apareciendo. Cambian la denominación y las fechas, pero las similitudes son claras.

El esquema de este autor puede verse en las páginas siguientes.

Este planteo, reiteramos, tiene notorias coincidencias con visiones más comunes en América Latina que distinguen, al menos, tres grandes etapas en la evolución del Estado de derecho que comienza en el siglo XVIII. Creemos que lo más interesante es ver que se trata de un fenómeno sumamente amplio y complejo. Hay cuestiones constitucionales, económicas, políticas, de visiones del mundo, de la sociedad y del individuo. Un proceso complejo y muy difícil de captar.

Muchas veces la ciudadanía y los actores políticos no entienden los cambios y siguen, total o parcialmente, razonando en claves superadas y, quienes procuran aproximarse a estos problemas, encuentran dificultades enormes.

⁸ DUNCAN KENNEDY, “Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968”, *Suffolk University Law Review*, vol. XXXVI, n.º 3, 2003, págs. 631-679.

	1st:1850-1914 Classical Legal Thought	2nd:1900-1968 The Social	3rd:1945-2000 Policy analysis, neo-formalism and adjudication
Rights	individual rights Property rights	group rights social rights	human rights
Equality Ideal	formal equality Freedom, system & legal science	social justice solidarity, evolution & social science	non-discrimination democracy, rights, rule of law & pragmatism
Legal Core	Private law	social law	constitutional law
Legal Philosophy	legal positivism	legal pluralism	multiple normative Reconstruction Projects
Normative Ideas	right, will, fault	social welfare	rights & policies
Boundary	law/morality	law/society	law/politics
Governance Idea	unitary state	corporatism	federalism
Societal Unit	a people	social classes, National Minorities	plural identities
Socio-legal Unit	the nation-state	the institution	civil society
Legal Instrument	code	special legislation	constitution, treaty, charter
Legal Agency	law professor (drafts code & expounds it)	legal sociologist & legislator & administrator	the judge (& the litigants)

Economic Image	the free market	alternatives to the market	the pragmatically regulated market
Family Image	patriarchy with Unenforceable High moral duties	the family regulated in the interest of the State/society	the liberal family
Public International Law	nation-states Colonies treaties	international institutions	international civil society, human rights & Adjudication
International Economic law	gold standard, free trade, private international law	autarchy, bilateralism, blocs, IMF, World Bank, GATT	EC, NAFTA, WTO, structural adjustment
Privileged Legal Fields	contract law, commercial	labor law, law administrative Law, family law International law	constitutional law, business law, international law

Un juego de palabras puede definir, en parte, la situación actual en Latinoamérica: muchos siguen razonando en clave de “Estado de bienestar” y reclaman a este lo que saben no les podrá dar. Luego, cuando no reciben lo que pedían, comienza el “Estado de malestar” en el que se protesta por no recibir lo que sabían que no iban a recibir. En Uruguay, todos los sindicatos estatales (educación, salud, atención a la infancia y grupos vulnerables, seguridad, etc.) claman por mejores presupuestos, lo que significa quitar a un sindicato para darle al otro. Primero, protestan para defender reivindicaciones que saben no obtendrán y luego, protestan por no haberlas obtenido.

4. LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL URUGUAYA

La evolución constitucional uruguaya permite profundizar más en esta noción de constitución económica. Comenzando por una constatación que

refiere a que ninguna constitución uruguaya hizo una declaración expresa sobre el sistema o modelo económico que establecía.

La primera constitución rígida entró en vigor en 1830 y, como en toda América Latina, siguió los lineamientos propios de aquellos tiempos. Esto es, se estableció: 1) un Estado centralista (coherente con la extensión territorial del país y su población); 2) se siguieron los parámetros históricos en lo que refiere al establecimiento de un sistema democrático; 3) se recogieron principios típicos de soberanía, legalidad, separación de poderes, etc., y 4) se regularon los derechos humanos de primera generación, o individuales o civiles o políticos, y se utilizó una noción de igualdad en su sentido formal (la igualdad ante la ley). En este esquema, el Estado apareció como básicamente abstencionista.

Si bien no había definición del modelo económico constitucional, era claro que la Carta se movía en un esquema capitalista, con libertad de mercado y con las típicas nociones liberales (en materia política y económica) propias del siglo XIX. No se puede decir que el Estado tenía una visión liberal en sentido estricto, ya que esto no surgía de la constitución y, además, en los hechos, tanto razones políticas como pragmáticas implicaron apartamientos parciales del liberalismo clásico. En especial, a finales del siglo XIX y principios del XX, se aprobó una serie de leyes de dudosa constitucionalidad que crearon las primeras empresas públicas. Por ejemplo, el Banco de la República, fundado en 1896, que en un régimen de libre competencia ha actuado en un mercado con bancos privados, nacionales y extranjeros, transformándose en el principal banco del país. Pero también comenzó a planearse, en el ámbito político, la existencia de empresas públicas monopólicas, así como la necesidad de atender a ciertos grupos vulnerables.

La segunda constitución uruguaya, en vigor desde 1918, siguió los lineamientos de la anterior, aunque previó la posibilidad de que existieran servicios descentralizados con distintos objetivos. Nuevamente, el texto constitucional fue desbordado por la realidad y en este período se aprobaron diversas leyes que eran más propias de un Estado social. Así se regularon los derechos centrales de los trabajadores, se aprobaron normas para la protección de los niños, en materia educativa y sanitaria, etc. El abstencionismo estatal comenzó a ceder y a dar paso a un creciente intervencionismo. Sin duda, el Estado social uruguayo comenzó a gestarse sin reforma constitucional en la segunda década del siglo XX.

Los grandes cambios constitucionales aparecieron en la Constitución de 1934 y sus enmiendas de 1938 y en especial de 1942. Se estableció inequívocamente un Estado social de derecho, incorporándose los derechos económicos, sociales y culturales (autoejecutables u operativos en la mayoría de los casos), en función de estos ingresaron otras formas de igualdad, en especial la igualdad material, y cambiando el papel del Estado en claramente intervencionista.

Las reformas constitucionales posteriores no introdujeron grandes modificaciones, aunque sí se consolidaron aspectos relevantes, y entre los que más inciden en el tema en estudio, pueden señalarse los siguientes.

A) Un sistema de seguridad social basado en la solidaridad intergeneracional y con una fuerte intervención estatal. Este es uno de los principales problemas contemporáneos en la medida que los aportes estatales cada vez son mayores para financiar el sistema (miles de millones de dólares por año) y su aumento constante (la constitución establece un sistema rígido de reajuste de las jubilaciones) llevará, inevitablemente, al colapso del sistema.

La constitución en vigor dispone:

“Artículo 67. Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales.

”Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del índice medio de salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central.

”Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán sobre la base de:

”a) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados; y

”b) La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuere necesario”.

B) Se afianzó la vocación de integración política, económica, cultural, etc., con otros países de América Latina (una visión americanista propia de los años sesenta).

“Artículo 6°. En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

”La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.

C) Se afirmó la conducción de la economía por parte del Estado, claramente proteccionista, con disposiciones como las siguientes:

“Artículo 50. El Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación. La ley promoverá las inversiones destinadas a este fin, y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público.

”Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el control del Estado.

”Asimismo, el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general”.

D) Se incluye una amplia regulación constitucional respecto a la actuación del Estado en diversas actividades (productivas, educación, salud, protección de los niños, protección del trabajo y de los trabajadores, etc.).

Estas disposiciones, entre otras, permiten delinear la orientación económica de la constitución vigente en el marco de un Estado social de derecho, intervencionista, director del comercio exterior y americanista.

Pero como señalamos antes, las previsiones constitucionales fueron desbordadas por la realidad y, en los hechos, se ha orientado en una línea en la que reconoce los valores y derechos humanos en su totalidad, pero cambia el enfoque económico y los instrumentos a utilizar. No se desconfía por principio de la empresa privada y del empresario o al menos la desconfianza cede, sino que se busca que actúe en un régimen de libre competencia, respetando los derechos de los consumidores. La vieja idea de planificación se diluye ante la constatación de que en un mundo tan cambiante no se pueden hacer planificaciones a muy largo plazo, salvo en sus aspectos más generales.

Asimismo, se comienzan a plantear, aunque aún con tibieza, los grandes problemas nacionales en materia económica, en especial el inmenso costo que representa para el Estado la seguridad social y su inevitable colapso en no mucho tiempo.

Junto con la seguridad social, los otros grandes problemas económicos aparecen en el abultado déficit fiscal (actores políticos afirman, sin ningún escrúpulo, que si para tutelar ciertos derechos, se debe aumentar el déficit fiscal y la deuda pública, así deberá hacerse). En especial, el endeudamiento ha cobrado proporciones insólitas y vemos cómo el Gobierno contrae nuevos créditos externos para pagar los intereses de los actuales. Esto es, sin ningún escrúpulo intergeneracional se está pasando este costo para las generaciones venideras. Hoy se contraen deudas en beneficio de las actuales generaciones, que serán pagadas por personas que aún no nacieron.

5. CLÁUSULAS FISCALES

A principios del siglo xx, el derecho constitucional debió responder a problemas reales que tendían a afectar perjudicialmente las finanzas estatales. Al-

gunos analizaron, bajo el rótulo de “demagogia parlamentaria”, una tendencia creciente, en especial cerca de los períodos electorales, de otorgar por la vía legislativa exoneraciones tributarias para ciertos grupos, disponer aumentos de los salarios públicos o de las jubilaciones, disponer la realización de obras sin contar con recursos genuinos para su financiación, etc. La respuesta consistió en un conjunto de disposiciones constitucionales que permitieran combatir estas prácticas: iniciativa del ejecutivo en materia presupuestal, limitación de las competencias legislativas para aprobar obras o servicios sin recursos genuinos para su financiación, etc.

Si bien Europa ha comenzado a atacar los problemas de endeudamiento público, déficit fiscal excesivo, con nuevas disposiciones constitucionales en Suiza, Alemania, Italia, España, Polonia, etc., en Uruguay estos temas son eludidos y, cuando se les plantea, aparecen resistencias políticas de todos los sectores. Nadie en el sistema político, sea del partido que fuera, quiere autolimitarse constitucionalmente en el uso de las herramientas económicas y quizá deba reconocerse cierta lógica en la resistencia, pues las consecuencias pueden ser perjudiciales en términos electorales.

6. DERECHOS HUMANOS Y RECURSOS ESTATALES

La vinculación entre la economía en general y entre las cuentas públicas y los derechos humanos es muy clara. Una economía floreciente, en crecimiento, permite la efectiva protección de los derechos humanos. A su vez, es evidente que las posibilidades del Estado para atender los derechos humanos dependen, necesariamente, de la disponibilidad de los recursos.

Uno de los problemas de los derechos humanos son los recursos limitados que no se reparten habitualmente según las necesidades de los derechos humanos, sino que la distribución se realiza con base en criterios políticos, presiones sindicales, decisiones populares que serán bien vistas por los votantes, etc. Por ejemplo, en Uruguay un área tradicionalmente postergada en términos presupuestales es la de las cárceles y procesos de rehabilitación de los delincuentes. Esto conduce a que la situación de las cárceles sea penosa, en franca contradicción con el respeto de otros derechos humanos, más populares, que tienen estándares de protección buenos. A los votantes, en general, no les preocupan las cárceles ni les gusta gastar dinero en esto.

No es fácil decir cómo cambiar una práctica política tan asentada, y solo podría decirse que la distribución de los recursos debe realizarse atendiendo y ponderando las urgencias en la protección de los derechos humanos y respetando los principios de proporcionalidad e igualdad. También sería útil distinguir, respecto a la asignación de estos recursos, cuáles son las “obligaciones” de las que el Estado es titular con relación a los derechos humanos y

que debe necesariamente cumplir; cuáles son las “facultades” en esta materia y qué áreas no guardan relación con dichos derechos. Hacerlo sería sin duda muy provechoso.

7. REFLEXIÓN FINAL

Lo anterior son solo algunas reflexiones generales respecto a la relación entre la constitución (en especial, los derechos humanos) y la economía en general y los recursos públicos en particular.

Mucho debe avanzarse en esta línea, ya que no puede ignorarse que constituyen temas centrales en lo que refiere a la protección de los derechos humanos. Y siempre procurando los estudios interdisciplinarios y evitando las visiones parciales.

BIBLIOGRAFÍA

- CHEMERINSKY, ERWIN. *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, New York, Aspen Publishers, 2006.
- DE VERGOTTINI, GIUSEPPE. “La Constitución económica italiana: pasado y actualidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, UNED, 2012.
- GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL. “La crisis económica y el principio de adecuación a las decisiones políticas como nuevo canon de constitucionalidad. Límites a la interpretación constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 20, 2016.
- KENNEDY, DUNCAN. “Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968”, *Suffolk University Law Review*, vol. xxxvi, n.º 3, 2003.
- PEDERNEIRA ALLENDE, MATÍAS. “Los compromisos internacionales sobre derechos fundamentales y su influencia en la política económica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 23, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2017.
- RISSO FERRAND, MARTÍN. “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, *Estudios Constitucionales*, año 12, n.º 2, 2014, Talca.
- SCHMITT, CARL. *La defensa de la Constitución*. Madrid, Tecnos, 1983.

EL ORDEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y SU DESNATURALIZACIÓN

JESÚS M. CASAL H.*

1. LA CONSTITUCIÓN Y EL ORDEN ECONÓMICO

La constitución contiene diversas normas referidas al orden económico. Establece en varias materias pautas sobre la actuación del Estado en la economía, siendo frecuente que fije lineamientos para la regulación en ámbitos como la protección al consumidor, la garantía de la libre competencia y ciertos sectores productivos. Consagra derechos fundamentales vinculados a actividades económicas, como la libertad económica o libertad de empresa o la libertad de profesión u oficio. Contempla disposiciones relativas al manejo de las finanzas públicas, la política monetaria y la banca pública. En ocasiones incluye normas sobre la planificación económica. La propia definición constitucional de la forma política repercute en el plano económico, como sucede con la adopción del extendido paradigma del Estado democrático y social de derecho.

La existencia de estas normas no obedece a que la economía deba o esté llamada a formar parte del orden constitucional ni a que su regulación sea un capítulo indispensable del derecho constitucional. La economía pertenece a la dinámica social y conforma los fundamentos sociales o humanos sobre los cuales se erige la estructura estatal y constitucional. La función de la constitución se contrae esencialmente a la determinación de las reglas básicas sobre la organización de los poderes públicos y al reconocimiento de derechos inherentes al ser humano, entre ellos los referidos a la actividad económica; pero, por lo general, incorpora también normas sobre los aspectos presupuestarios y otros afines asociados al sostén de la hacienda pública y enuncia principios sobre la actuación del Estado en la economía. El tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho o, en otros términos, la asunción por el Estado de

* Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con estancia de investigación posdoctoral en Alemania, en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Derecho Público Comparado de la ciudad de Heidelberg, como becario de la Fundación Alexander von Humboldt. Profesor de Derecho Constitucional y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

tareas ligadas al orden social, cultural o económico explica esa expansión de los contenidos constitucionales¹, lo cual no debe llevar, sin embargo, a equiparar la esfera conceptualmente necesaria o estricta de una constitución con la que resulte de las opciones políticas que esta recoge.

Importa, en todo caso, tener en cuenta que la presencia de normas en la constitución referidas a la economía, habitualmente englobadas bajo la expresión de la constitución económica, no supone que haya un orden jurídico-constitucional específico o separado relativo a la actuación del Estado en la economía. Tales normas se insertan en la constitución propiamente dicha y están sujetas a los rasgos distintivos y a la identidad de la constitución como totalidad. De allí que las categorizaciones doctrinales dominantes que perfilan a la constitución como una norma marco, no como un programa político-jurídico, o las que la conciben como una norma abierta a la historia y al proceso político², impacten en la fase de elaboración e interpretación de las disposiciones constitucionales que versan sobre aquella materia.

Sabemos que la constitución no es un código de la política o de la organización político-social, sino más bien una serie de normas fundamentales referidas principalmente a los aspectos medulares de la organización del poder público y a la garantía de los derechos del ser humano. Como norma con vocación de perdurabilidad, no ha de intentar petrificar las concepciones o el esquema de relaciones de poder existentes al momento de su elaboración, sino ha de fijar cauces por los cuales aquellos puedan sufrir alteraciones de manera ordenada o estable. Como norma abierta a la dinámica política, gestada en principio en un proceso democrático y llamada a regirlo en adelante, no debe asumir como propia, esto es, constitucionalizar una específica visión comprensiva del mundo³, ni una ideología política determinada, muchos menos una posición programática de partido, pues ha de preservar un amplio campo dentro del cual se desarrolle la lucha política entre actores que defiendan corrientes de pensamiento discrepantes, como expresión de una alternancia que ha de ser posible no solo en los gobernantes, sino también en las posturas ideológicas que estos propugnan. La democracia se sustenta tanto en la soberanía popular como en ese pluralismo de concepciones filosófico-políticas y una constitución democrática debe estar en consonancia con estos postulados, al igual que su interpretación.

¹ Vid. MANUEL ARAGÓN, *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, págs. 2 y ss.

² Vid., por todos, IGNACIO DE OTTO, *Derecho constitucional (sistema de fuentes)*, Barcelona, Ariel, 1987, págs. 46 y ss.; KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1995, págs. 3 y ss.; JESÚS MARÍA CASAL, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2004, págs. 29 y ss.

³ En el sentido empleado por JOHN RAWLS en *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, págs. 29 y ss.

No se trata de que la constitución sea filosófica o ideológicamente neutra, aseptica, pues suele albergar normas materiales que reflejan determinadas posturas filosófico-políticas, favorables, por ejemplo, a la libertad individual, al respeto a la dignidad humana, a la participación política de los ciudadanos o a la procura de condiciones mínimas de existencia. Pero no solo la parte material o dogmática de las constituciones pone de manifiesto conexiones o afiliaciones ideológicas, sino también su parte formal u orgánica, ya que la piedra angular del constitucionalismo se encuentra en la separación de los poderes como garantía de la libertad. La propia definición constitucional del sistema político como democrático o la adopción de la fórmula del Estado social de derecho tiene una significación sustantiva y trasluce una concepción de la persona y de sus derechos, de su protagonismo en la esfera pública, del fundamento y límites del poder público y del papel del Estado.

Sin embargo, esta presencia de conexiones o trasfondos materiales o ideológicos en la constitución no implica que esta tome partido por alguna concepción filosófico-política o ideológica específica, en detrimento de otras, por lo que puede afirmarse que es neutral respecto de los sistemas o modelos ideológicos globalmente considerados, o está llamada a serlo, por más que no sea ideológicamente indiferente⁴. En toda constitución es posible identificar inclinaciones ideológicas. Siendo su esencia originaria de naturaleza liberal, a ella se han añadido contenidos diversos con uno u otro acento. Algunas constituciones se aproximan más a un pensamiento socialdemócrata, mientras que otras poseen un mayor anclaje liberal. Pero es también de la esencia de la constitución democrática que subsista un extenso espacio para la oscilación de posiciones ideológico-partidistas; en otras palabras, una función primordial de la constitución es preservar el pluralismo político y social y esto repercute en la lectura que ha de darse a las disposiciones constitucionales. Esa amplitud de la arena democrática se logra también en virtud de la habitual convivencia en el Texto Fundamental de principios cuya fuente ideológica es diversa, los cuales con frecuencia se hallan en tensión al apuntar en direcciones opuestas. Esto es fruto de los procesos democráticos de formación de las constituciones y tiene trascendencia en el plano interpretativo, pues tales principios, una vez que entran en el mar abierto de la materia constitucional, se alejan de sus marcos filosóficos originarios, puros o coherentes, y resultan moldeados por el pluralismo.

Las consideraciones anteriores se proyectan sobre la llamada “constitución económica”. Las constituciones no son indiferentes ante las tesis que intentan determinar el papel del Estado en el ámbito económico-social. Normalmente contienen preceptos relativos a esta materia y estos denotan unas u

⁴ En relación con esta temática *vid.* LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson Reuters, 2013, págs. 237 y ss.

otras preferencias o tendencias sobre el modelo económico. Algunas son más densas en esta regulación y propenden a estrechar el campo de la oscilación democrática, mientras que otras apenas enuncian indicaciones al respecto, lo cual puede ser demostrativo de la voluntad de preservar un amplio espacio democrático o ser la manifestación de la proximidad implícita a un sistema específico reflejado en pocos preceptos.

En todo caso, también en este ámbito cabe hablar de la apertura (limitada) de la constitución a distintos modelos de política económica. Nuevamente, no se está afirmando que las constituciones contemporáneas sean por lo general neutras o asépticas en materia económica o que deban serlo. La existencia en las constituciones de bases u orientaciones al respecto no responde solo a la extendida adopción del concepto del Estado social de derecho, sino también a la dificultad de que aquellas se desentiendan completamente de las bases económicas de la organización sociopolítica. No sería exacto decir que las constituciones del liberalismo de finales del siglo XVIII y de comienzos del XIX se ocupaban de la política mas no de lo económico o social; pues aquellas, al garantizar la libertad individual y el derecho de propiedad de la forma en que lo hacían, protegían asimismo los fundamentos de un orden económico. La libertad que ese primer constitucionalismo pretendía amparar era política y era económica también. Con el tránsito al Estado social de derecho la posición y la actuación del poder público en el campo socioeconómico cambia tanto cuantitativa como cualitativamente. No porque las constituciones regulen ahora de manera indiferenciada al Estado y a la sociedad⁵, sino porque el Estado dispone de facultades reguladoras o de intervención en el campo económico antes desconocidas en cuanto a su finalidad y alcance.

Se ha llegado a reconocer un principio de neutralidad del Estado en relación con los modelos o sistemas económicos o de política económica. Así lo ilustra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual ha rechazado que de la Ley Fundamental se deduzca una opción del constituyente en favor de un determinado sistema económico o de un modelo político-económico. Al revisar la constitucionalidad de leyes que inciden en la esfera socioeconómica, dicho tribunal se ha rehusado a asumir como lineamiento de validez las directrices o principios asociados a una postura, doctrina o sistema político-económico. Ni la economía de mercado ni la economía social de mercado, que no están contempladas expresamente en esa constitución, han sido aceptadas como cánones constitucionales⁶. No obstante, la Ley Fundamental alemana traza límites a los programas económicos que pretendan ser desarrollados, concretados en derechos fundamentales y otras disposiciones.

⁵ Como parece desprenderse de afirmaciones de MANUEL ARAGÓN, *op. cit.*, pág. 6.

⁶ *Vid.* HANS-JÜRGEN PAPIER, "Ley Fundamental y orden económico", en BENDA *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 561 y ss.

Debe advertirse, sin embargo, que esa invocada neutralidad de la Ley Fundamental está relacionada con circunstancias particulares de su gestación⁷. Fue pensada como un texto constitucional provisional y, en la materia que nos ocupa, se esperaba a una regulación futura que comprendiera a toda Alemania. Debía ser el pueblo alemán, en su totalidad, el que habría de sopesar la adopción de algunos lineamientos al respecto, una vez que fuera superada la división resultante de la segunda guerra mundial. Pesó en ello también la resistencia a la incorporación en la constitución de normas programáticas o de determinaciones sobre los fines del Estado⁸. Esto no implica que dicha constitución sea neutra en temas económicos, pues la calificación del Estado como social tiene consecuencias relevantes en este ámbito (art. 20.1), al igual que el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales, pero las normas correspondientes son escasas, si se les compara con las de la Constitución de Weimar o con otras constituciones europeas contemporáneas, como la italiana. Pese a esta parquedad constitucional, el sistema de economía social de mercado ha distinguido el progreso económico de ese país desde la reconstrucción del tiempo de posguerra y ha dejado su impronta en el proceso de reunificación, pues el tratado correspondiente contempló a la economía social de mercado como el orden económico vigente en la Alemania unida. Además, es el sistema (abierto) previsto en el Tratado de la Unión Europea.

Con todo, estas peculiaridades de la Ley Fundamental y las mencionadas referencias normativas posteriores a su aprobación, no desvirtúan la significación democrática general de la idea de la neutralidad de la constitución respecto a los sistemas político-económicos omnicomprensivos o de ofertas programáticas específicas. No se trataría ya de una neutralidad entendida como ausencia de compromiso constitucional con determinados principios concernientes al orden económico o con elementos fundamentales de algún sistema económico, sino, como antes se dijo al examinar la neutralidad ideológica, de su comprensión como piezas desligadas de las doctrinas sistemáticas o depuradas en que pudieron inspirarse o tener origen, y de su inserción en un conjunto nuevo atravesado por el pluralismo. La extensión del campo que cada constitución entrega al libre desenvolvimiento del proceso democrático y a la alternancia político-ideológica varía según los textos y contextos, siendo asimismo importante a estos efectos el papel de la jurisdicción y de la interpretación constitucional, pero debe preservarse un espacio lo suficientemente amplio como para que ese pendulamiento sea posible. Si este no existe o se reduce al mínimo, hay un problema referido a los fundamentos genuinamente democráticos de la constitución. Un buen ejemplo de una constitución que contiene alusiones al sistema económico, pero que lo hace de manera abierta

⁷ HANS-JÜRGEN PAPIER, *ibid.*, pág. 563.

⁸ *Idem.*

o flexible, con permeabilidad democrática, se halla en la Constitución española, que proclama la economía de mercado, con limitaciones (art. 38) y, a la vez, justifica la intervención estatal (art. 128, p. ej.). Se ha señalado que las respectivas normas configuran un “orden constitucional económico”, que podría calificarse como un “modelo genérico en materia económica”⁹, en contraposición a lo que sería un modelo económico específico. De allí que se sostenga igualmente que no existe una “absoluta neutralidad constitucional en la materia”¹⁰. Esto confirma lo antes afirmado, pues también en relación con esta constitución es posible aseverar que se mantiene neutral respecto a los sistemas o modelos económicos omnicomprendidos o concretos, por más que no sea neutra en ese ámbito. Una muestra de absolutismo ideológico y de completo estatismo se halla, por el contrario, en la Constitución cubana (arts. 5º, 9º, 12, 62, entre otros).

2. CONSTITUCIÓN, SISTEMA ECONÓMICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Interesa preguntarse qué papel desempeñan los derechos fundamentales en el perfilamiento de la llamada constitución económica y en el sistema económico, así como las implicaciones del orden constitucional económico contemplado en un país sobre tales derechos. Es indudable que en un Estado de derecho, cimentado sobre la idea de la limitación del poder y del control de los gobernantes, como condición necesaria para la garantía de la dignidad del ser humano, los derechos fundamentales influyen en la constitución económica y en el sistema económico. En particular, una perspectiva comparada referida al Estado constitucional y democrático de derecho, pone de relieve la significación de la libertad de empresa, libertad económica o libertad de profesión u oficio sobre el orden económico. Igual significación ostenta el derecho a la propiedad privada.

Si centramos la atención en la Constitución venezolana, constataremos la consagración de la libertad económica (art. 112), la cual comprende a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada en el campo económico. También se garantiza la libertad de trabajo (arts. 87 y 112) y el derecho de propiedad (art. 115). Sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre el conjunto de reglas referidas al sistema económico contenidas en esa constitución, tales derechos están concebidos como pilares esenciales del orden económico. Tienen el carácter de auténticos derechos fundamentales¹¹, no de simples garantías institucionales o de principios rectores de la política económica y social. Imponen límites relevantes a la política económica que el Gobierno de

⁹ MANUEL ARAGÓN, *op. cit.*, pág. 11.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Como lo sostuvimos en *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2006, págs. 151 y ss.

turno y las mayorías parlamentarias quieran desarrollar, ya que la regulación o intervención estatal no puede llegar al extremo de desplazar o relegar esas libertades a un segundo plano, a una posición marginal. Al contrario, deben conservar un lugar cardinal en el sistema económico, sin que esto implique negar oscilaciones propias de la dinámica democrática y, en particular, la existencia de programas que fijen, con base en la ley, restricciones destinadas a proteger bienes jurídicos compatibles con la constitución, que podrán ser más o menos intensas según las concepciones y circunstancias imperantes, siempre que esos derechos no sean vulnerados.

Los derechos fundamentales inciden, además, en el plano económico cuando imponen al Estado cargas prestacionales, lo cual repercute, desde luego, en los presupuestos públicos. Todos esos derechos se traducen, sin duda, de alguna manera en gastos públicos, pero el costo asociado a los derechos es más directo en el caso de los derechos de dimensiones preponderantemente prestacionales.

Por otra parte, los derechos fundamentales pueden ser impactados por el orden constitucional económico establecido. Las normas constitucionales sobre la economía pueden favorecer o dificultar el entero disfrute de ciertos derechos. Es decir, los derechos de significación económica arriba mencionados, no rigen en el vacío o con prescindencia de los contextos constitucionales, sino que suelen recibir de estos, fuerzas que propician o limitan, al menos potencialmente, su pleno despliegue. Así, cuando la constitución prevé reservar al Estado, mediante ley orgánica, amplios sectores de la economía, como sucede con la venezolana (art. 302)¹², o contempla con mucha facilidad la posibilidad de que ello ocurra, se reduce el espacio dentro del cual la libertad económica y la iniciativa privada están en principio llamadas a ejercerse. Esto no significa que tal derecho fundamental esté global y automáticamente excluido del sector de la economía de que se trate y sea irrelevante como lineamiento de validez. Conserva al respecto, por el contrario, su significación jurídica. No solo porque puede ser invocado en la medida que la ley reconozca márgenes para la participación privada en las actividades correspondientes, sino también porque la propia determinación legislativa relativa a la reserva al Estado puede ser objeto de control de constitucionalidad con apoyo en ese derecho fundamental, el cual apunta en la dirección de una interpretación restrictiva de la propia disposición constitucional sobre la reserva e integra el lineamiento de constitucionalidad de las leyes correspondientes. Asimismo, los preceptos

¹² “Art. 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

constitucionales que autorizan de manera muy prolija la introducción de limitaciones a la libertad económica o que contienen amplios mandatos de regulación o intervención estatal, comprimen las opciones de goce efectivo de dicha libertad. Un tema clave, desde esta perspectiva, es el de la planificación estatal, pues las economías enteramente dirigidas o de planificación centralizada (vinculante) se contraponen de entrada a la vigencia de los derechos mencionados. La justificación de formas de planificación solo indicativa en relación con ciertas esferas de la economía, ha de ser examinada sin perder de vista las implicaciones de esos derechos.

3. EL ORDEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Un tema ampliamente analizado en Venezuela es el del orden económico previsto en la constitución. El tratamiento del asunto fue extenso durante la vigencia de la Constitución de 1961, texto que representaba la recuperación democrática emprendida el 23 de enero de 1958. En parte, como expresión de su proceso de elaboración, caracterizado por la búsqueda de consensos y por soluciones de compromiso, y también como consecuencia de las ideas dominantes en el tiempo de su gestación, dicha constitución adoptó un régimen sobre la economía que fue calificado mayoritariamente como de economía mixta¹³, ya que aquella consagraba el libre desenvolvimiento de la personalidad como derecho y principio general del sistema de derechos, la libertad económica, la iniciativa privada en la materia y el derecho de propiedad; pero también establecía, en paralelo, sólidos fundamentos para la regulación o intervención estatal y para su actuación directa y en ocasiones exclusiva en sectores económicos, bajo la figura de la reserva al Estado. Durante la vigencia de esa constitución se desarrolló un modelo de economía rentista petrolera, con una extensa e intensa intervención estatal que no siempre discurrió por cauces constitucionales, como lo pone de relieve el abuso de la suspensión o restricción de garantías y de la invocación de estados de excepción en que se incurrió para sostener regulaciones y controles económicos en los más diversos ámbitos.

La actual constitución, de 1999, reproduce en buena medida el esquema económico de la de 1961. Contiene disposiciones que prevén potestades relevantes que permiten al Estado reservarse actividades, industrias, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico, a la vez que constitucionaliza la propiedad estatal exclusiva sobre las acciones de Petróleos de Venezuela;

¹³ Vid. LUIS A. HERRERA ORELLANA, "Sistema económico constitucional venezolano: del Estado abstencionista a la economía social de mercado", en JESÚS MARÍA CASAL y JORGE LUIS SUÁREZ (COORDS.), *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, Caracas, UCAB, 2011, págs. 33 y ss.

amplía las referencias a la planificación pública de la economía; introduce como cometido estatal el de promover la pequeña y mediana empresa y formas de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva; entre otras disposiciones que consolidan la posición del Estado en el campo económico. Pero también garantiza los derechos fundamentales antes mencionados, con alusión explícita a la libertad de empresa y con una mejor regulación de la garantía expropiatoria y del derecho de propiedad. Además, se incorporan la libre competencia y la seguridad jurídica como principios del orden constitucional económico. Determinados principios generales del ordenamiento constitucional se proyectan igualmente en un sentido garantista sobre estas libertades, tales como el reconocimiento de la preeminencia de los derechos humanos y del pluralismo político (art. 2°), y también de la dignidad humana como límite infranqueable al poder estatal (art. 3°), la cual debe conducir a una interpretación correctiva de preceptos que, como el propio artículo 3° en su único aparte, han sido cuestionados porque propenderían a subordinar al Estado el desarrollo del ser humano, al igual que la educación y el trabajo, como esferas primordiales de autonomía y perfeccionamiento personal.

Por otra parte, la constitución incluyó disposiciones orientadas a ordenar el manejo de los asuntos fiscales y macroeconómicos, mediante la fijación de principios rectores de la gestión hacendística y de límites y cautelas destinados a asegurar el equilibrio presupuestario. Asimismo, se introducen controles especiales al endeudamiento público; se regula adecuadamente el régimen tributario y el sistema monetario, y se promueve la estabilidad macroeconómica. Se prevé la autonomía del Banco Central de Venezuela en la formulación y ejecución de la política monetaria y en el ejercicio de sus demás atribuciones.

Varios autores han sostenido que la Constitución de 1999 establece, implícitamente, un sistema de economía social de mercado¹⁴. Ya la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia había expresado, refiriéndose a la Constitución de 1961, que esta consagraba dicho sistema¹⁵. Ambas afirmaciones son discutibles. En los dos casos, por supuesto, el orden constitucional económico resulta compatible con la economía social de mercado; incluso, cabría decir que es próximo o afín a ella, pero es dudoso que la consagre.

La regulación de la economía contenida en la Constitución de 1999 está llena de pugnas internas por la existencia de factores contrapuestos que apuntan en la dirección tanto del control o planificación estatal, como de la economía de mercado y la libertad económica. Compartimos la idea de que una lectura sistemática de la constitución, la única correcta, refuerza los fundamentos del

¹⁴ Vid. las referencias en LUIS A. HERRERA ORELLANA y la propia opinión de dicho autor al respecto, *op. cit.*, págs. 38 y ss.

¹⁵ *Idem.*

orden económico vinculados con la libre iniciativa privada, que está asociada a la libertad económica y, en un sentido más general, a la libertad individual y al libre desenvolvimiento de la personalidad. Una iniciativa privada que no concurre simplemente con la acción del Estado en el desarrollo de la economía nacional, sujeta además a la planificación pública, como el artículo 299 constitucional sugiere, sino que está en la base del orden económico, dada su imbricación con el derecho fundamental a la libertad económica y a la libertad de empresa, es deber del Estado promoverla, sin perjuicio de sus facultades reguladoras (art. 112). Pero aun así luce impreciso aseverar que esa constitución adopta el sistema de la economía social de mercado.

El asunto depende tal vez del modo en que definamos ese sistema. De manera sintética ha sido caracterizado como la “combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social”¹⁶, lo cual parece corresponderse ciertamente con el diseño normativo de la constitución vigente relativo a la economía. Pero la doctrina o modelo de la economía social de mercado no solo predica la existencia de una combinación o articulación entre las exigencias del mercado y las de la equidad social, sino que también propugna una determinada manera de asociarlas, bajo premisas conceptuales específicas, que si bien tienden a ser abiertas o a estar dotadas de cierta flexibilidad, confieren a la libertad de mercado un peso y significación particular y medular, frente a las razones que el Estado puede aducir para justificar una intervención¹⁷. Esto, como ya se apuntó, no está reñido con el marco trazado por la Constitución de 1999, mas ello no implica que esta ordene exactamente el mismo punto o esquema de convivencia entre esas exigencias que el preconizado por aquella doctrina o sistema. Tampoco esa constitución asume de manera necesaria el conjunto de principios o fundamentos conceptuales en que ese sistema se sustenta. Acaso podría ser de utilidad acudir aquí a la noción de modelo económico en sentido genérico, diferenciado del específico. Con ese alcance genérico cabría aceptar que la constitución vigente establece el orden económico de una economía social de mercado.

En suma, la Constitución de 1999, como consecuencia, en parte, de sus tensiones internas, dibuja un amplio marco en el que caben distintas opciones de política económica y de modelos económicos, siempre que no se sobrepasen los límites que ella impone tanto a las orientaciones favorables a la libre actuación de los particulares, como a las que se inclinen por el dirigismo estatal. No sería admisible negar o suprimir la economía de mercado como componente del orden constitucional económico, como tampoco desconocer el papel que

¹⁶ Según la definición de ALFRED MÜLLER-ARMACK, citado por MARCELO RESICO, *Introducción a la economía social de mercado*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pág. 107.

¹⁷ LUDWIG ERHARD, *La economía social de mercado. Política económica de Alemania*, Barcelona, Omega, 1964; también, MARCELO RESICO, *op. cit.*, págs. 98 y ss.

la constitución reconoce al Estado en el ámbito de la planificación, que ha de entenderse de índole indicativa, la regulación, el fomento y la actuación económica directa en ciertos sectores.

4. EPÍLOGO: LA DESNATURALIZACIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL ECONÓMICO VENEZOLANO POR LAS POLÍTICAS Y PRÁCTICAS ECONÓMICAS DE UN RÉGIMEN AUTORITARIO

La constitución económica prevista en el Texto Fundamental de 1999 ha sido completamente tergiversada y, a la postre, vulnerada por el régimen encabezado primero por HUGO CHÁVEZ y luego por NICOLÁS MADURO. Más allá de que dicha constitución contiene algunos elementos objetables, que pueden conducir a un cierto sobredimensionamiento del papel del Estado en el orden económico, ella también contiene muros de contención frente a políticas estatistas, ideológicamente impuestas, que han sido derribados por un proyecto político-económico de vocación totalitaria que no comulga con los principios del Estado de derecho y que se ha empeñado en usar las potestades estatales de regulación, planificación, fomento y actuación directa para estrangular al sector privado y crear redes de clientelismo que han convertido la política social en programas de partido y que han acentuado la dependencia de los individuos de dádivas gubernamentales.

Para captar el alcance de este desmantelamiento de la constitución económica, es preciso verlo como parte de un proceso global de demolición de la democracia, de los balances o equilibrios políticos, y de las garantías de los derechos humanos. Todo como expresión de la firme determinación de ocupar primero la institucionalidad estatal para lograr una absoluta concentración de poderes y luego de invadir las esferas de autonomía social e individual para imponer el llamado socialismo del siglo XXI.

En virtud de medidas adoptadas desde el 2001, tendientes a introducir mayores controles y discrecionalidad de la Administración Pública, que se recrudecieron desde comienzos del 2007, se perfiló un esquema de dirigismo estatal de la economía y de ideologización de los espacios sociales o comunitarios de participación y organización popular que degradó la libertad de empresa y el derecho de propiedad privada. Ello estuvo signado por la existencia de regulaciones y actuaciones ejecutivas que menoscabaron las garantías jurídicas de tales derechos, al dejar de lado o relativizar la reserva legal, las reglas constitucionales sobre la expropiación, el derecho al debido proceso y otros derechos frente a acciones administrativas ligadas al dominio sobre tierras rurales o a la aducida protección de los consumidores en el acceso a bienes y servicios. En cuanto a lo primero, se dificultó enormemente la defensa y prueba de la titularidad de la propiedad sobre tierras con vocación agrícola, frente a actos administrativos de ocupación o rescate, y en relación con lo segundo, se esta-

blecieron medidas cautelares administrativas de toma de posesión de bienes y de ocupación temporal de empresas, con limitadas posibilidades de protección judicial¹⁸. Se acudió a la expropiación como instrumento de castigo y se hicieron frecuentes las supuestas expropiaciones que no estaban acompañadas del pago de la correspondiente indemnización, con lo cual representaban confiscaciones. La seguridad jurídica constitucionalmente proclamada fue obviada por completo y la iniciativa privada fue cercada por la discrecionalidad política y luego por la corrupción generalizada. Se impusieron controles de precios de creciente intensidad y el giro económico fue obstruido mediante un férreo control cambiario. Esto fue posible merced al apoyo militante del Tribunal Supremo de Justicia, sobre todo de su Sala Constitucional, erigida en artífice de la desconstitucionalización acelerada.

El principal instrumento normativo empleado en este proceso fueron los decretos-leyes dictados por el presidente de la República con apoyo en leyes habilitantes genéricas, dócilmente conferidas por la mayoría oficialista de la Asamblea Nacional. Entre esos decretos sobresalen los que fueron emitidos después del 2007 para llevar adelante un proyecto de abierta institucionalización y penetración social del denominado “socialismo del siglo XXI”, pese a que el pueblo había rechazado en referendo, en diciembre de 2007, la reforma constitucional que pretendía consagrar de manera expresa en la constitución el sistema socialista y el llamado poder popular, y que suprimía la libertad económica como derecho fundamental y degradaba la propiedad privada a una posición subalterna, frente a la propiedad pública y la social. Aunque la reforma no obtuvo respaldo popular mayoritario, el Gobierno mantuvo su programa ideológico e insistió en la aprobación parlamentaria del Plan de Desarrollo Económico y Social 2007-2013, oficialmente denominado Primer Plan Socialista e inscrito en el que fue calificado como Proyecto Nacional Simón Bolívar. Dicho plan preveía, entre otras cosas, la necesidad de reducir el alcance de la propiedad privada en la economía nacional, y de manera correlativa expandir la propiedad social y la pública, ello como primer paso hacia la construcción del socialismo.

En ese contexto se afianzaron también los esfuerzos gubernamentales por integrar en un “nuevo” o más bien desempolvado modelo la visión política en despliegue, lo cual cristalizó en el llamado “Estado comunal”, como fórmula que enlaza una determinada organización territorial, anclada en las comunidades, no en las entidades político-territoriales constitucionalmente establecidas, con la ideología socialista oficial, la propiedad social y la dirección estatal de la participación popular. Se instauró una compleja red de consejos comunales, comunas y otras modalidades del que fue calificado como poder popular, la cual, si bien no llegó a desarrollarse del todo, anticipó prácticas

¹⁸ Vid. JESÚS MARÍA CASAL y JORGE LUIS SUÁREZ (coords.), *op. cit.*, págs. 170 y ss.

hoy muy extendidas de partidización de espacios y de programas que, bien concebidos, deberían estar a disposición de cualquier ciudadano. Allí se han promovido mecanismos indebidos de subordinación del ser humano al populismo gubernamental. Esto se ha traducido en el desvío de fondos públicos desde los organismos regionales y locales democráticamente legitimados hacia instancias ideológica y partidistamente estructuradas, ajenas a la idea del sufragio universal y directo y controladas por el ejecutivo nacional. En diciembre de 2010, después de que los partidos de oposición obtuvieran buenos resultados en las elecciones parlamentarias, que si bien no les daban la mayoría de escaños sí suponían su retorno a una Asamblea Nacional que en los hechos habían abandonado cuando se abstuvieron de participar en los comicios del 2005, la agónica mayoría progubernamental procedió a sancionar de forma expeditiva leyes de gran carga ideológica, con proyección importante sobre el ámbito económico, entre las que se encontraban las denominadas leyes del poder popular, que consolidaron aquel modelo¹⁹.

La planificación ha tenido un papel relevante en el estrangulamiento de la libertad económica. Ya mencionamos el Primer Plan Socialista, sustituido por otro más ambicioso, titulado Plan de la Patria: Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación (2013-2019). Preparado por el entonces presidente HUGO CHÁVEZ, fue aprobado como su obra póstuma en diciembre de 2013, por la Asamblea Nacional de mayoría oficialista. En medio de los dos planes se dictaron reformas legislativas que robustecieron el control ejecutivo sobre la planificación, la cual se hizo más centralizada.

Así se llegó a la elección parlamentaria de diciembre de 2015, en la cual la oposición obtuvo la holgada mayoría de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, que de manera rápida sería recortada y luego desconocida funcionalmente por el Gobierno y el Tribunal Supremo de Justicia, el cual había sido írrita y de forma precipitada renovado en parte por el oficialismo en la Asamblea Nacional, en las postrimerías de su control sobre el parlamento, en diciembre de 2015. No sería pertinente aludir en este trabajo a todas las acciones que el régimen autoritario ahora dirigido por NICOLÁS MADURO llevó a cabo para bloquear a la nueva Asamblea Nacional y luego, impedir que pudiera abrirse alguno de los cauces constitucionales que hubieran permitido resolver democráticamente la grave crisis política, como el referendo revocatorio del mandato. Lo cierto es que, cuando la presión popular sobre el Gobierno se acrecentaba, para que diera paso a una solución de esa naturaleza, las manifestaciones callejeras fueron reprimidas brutalmente, se acentuó la persecución política y se generalizaron las violaciones a los derechos humanos. La estocada represiva estuvo representada por una supuesta asamblea

¹⁹ Al respecto *vid.* ENRIQUE SÁNCHEZ FALCÓN, *Estado comunal y Estado federal en Venezuela*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2016.

nacional constituyente impuesta por MADURO, quien se rehusó a que el pueblo decidiera mediante referendo si quería ejercer su poder constituyente, como lo exige la constitución (arts. 5° y 347), y fijó unilateralmente reglas electorales que aseguraban al oficialismo mayoría en ese órgano aun cuando el sufragio popular fuera ampliamente favorable a la oposición y, peor aún, que dejaban al Gobierno, y al Consejo Nacional Electoral que domina, un extenso margen para ajustar a conveniencia el efecto electoral de las normas (antidemocráticas) referidas a la elección de representantes por sectores sociales, mediante la elaboración de los respectivos registros electorales.

Lo que interesa destacar aquí de esos episodios culminantes de la demolición democrática que ha padecido Venezuela, es que ha tenido repercusión directa en el campo económico. Desde enero de 2016, visto el triunfo opositor en los comicios parlamentarios, el poder ejecutivo ha declarado y prolongado hasta el presente el Estado de excepción, violando francamente la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Esa declaratoria le ha servido para prescindir de la Asamblea Nacional en la toma de decisiones que requieren su concurso, llegándose hasta el extremo de que el ejecutivo ha dictado mediante decreto el Presupuesto Nacional, cuya aprobación es competencia irrenunciable de la Asamblea Nacional. Le ha permitido también mantener y en algunos aspectos agudizar los controles abusivos sobre la economía, a lo cual ha contribuido la espuria Asamblea Nacional Constituyente. El saldo económico de esta concentración de poderes ha sido devastador para el país, que se encuentra sumido en un proceso hiperinflacionario de ingentes proporciones y ha padecido desabastecimiento en los rubros más básicos. El sector privado ha sido, en gran medida, liquidado y la industria petrolera está sumamente debilitada por falta de mantenimiento y de acompañamiento técnico, lo que se ha visto reflejado en la caída severa de la producción.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, MANUEL: *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- CASAL H., JESÚS MARÍA: *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.
- *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2006.
- CASAL H., JESÚS MARÍA y SUÁREZ, JORGE LUIS (COORDS.): *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, Caracas, UCAB, 2011.
- DE OTTO, IGNACIO: *Derecho constitucional (sistema de fuentes)*, Barcelona, Ariel, 1987.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA: *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson Reuters, 2013.

- ERHARD, LUDWIG: *La economía social de mercado. Política económica de Alemania*, Barcelona, Omega, 1964.
- HERRERA ORELLANA, LUIS A.: “Sistema económico constitucional venezolano: del Estado abstencionista a la economía social de mercado”, en JESÚS MARÍA CASAL y JORGE LUIS SUÁREZ (coords.), *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, Caracas, UCAB, 2011.
- HESSE, KONRAD: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1995.
- PAPIER, HANS-JÜRGEN: “Ley Fundamental y orden económico”, en BENDA *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- RAWLS, JOHN: *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RESICO, MARCELO: *Introducción a la economía social de mercado*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
- SÁNCHEZ FALCÓN, ENRIQUE: *Estado comunal y Estado federal en Venezuela*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2016

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES
DE EDITORIAL NOMOS, EL VEINTICUATRO DE MAYO DE
DOS MIL DIECINUEVE, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO
DE MANUEL RODRÍGUEZ TORICES Y QUIRÓS
(n. 24, V, 1788 y m. 5, X, 1816).

LABORE ET CONSTANTIA