

CUBA MENESSES, ERICK GREGORY
La función social de la Administración en el ordenamiento constitucional peruano
Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo,
vol. 7, núm. 2, 2020, Julio-Diciembre, pp. 177-206
Universidad Nacional del Litoral
Santa Fe, Argentina

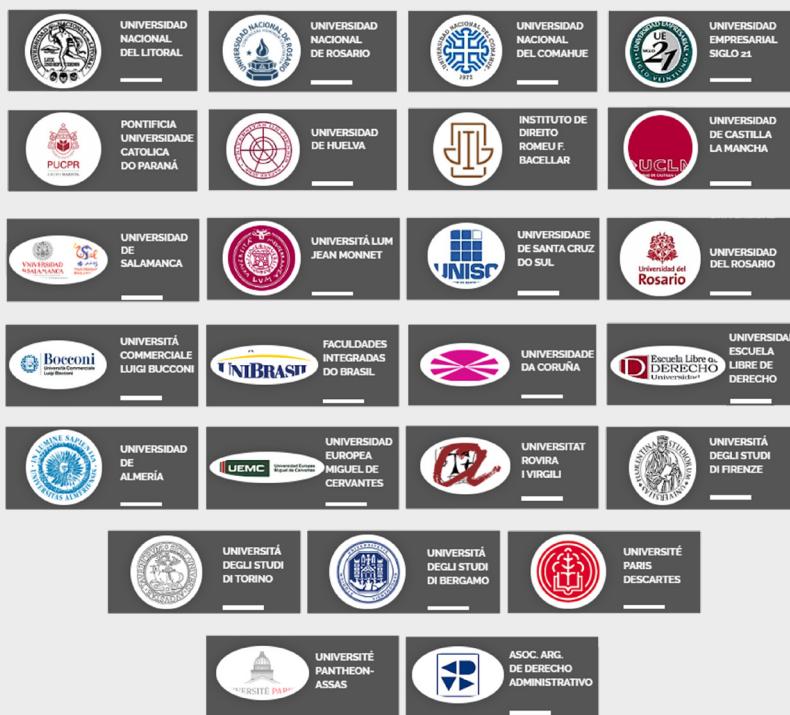
DOI: <https://doi.org/0000-0003-2730-2490>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=655969232013>

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 7 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2020 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



La función social de la Administración en el ordenamiento constitucional peruano

The social function of the Administration in the peruvian constitutional order

ERICK GREGORY CUBA MENESES ^{1,*}

¹Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

ecubam@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2730-2490>

Recibido el/Received: 30.08.2020 / August 30th, 2020

Aprobado el/Approved: 29.11.2020 / November 29th, 2020

RESUMEN:

Este artículo pretende ser la expresión de un trabajo de investigación como fruto de una tesis. Una tesis que tuvo por objeto las relaciones que existen entre el Estado Social, y, por tanto, la función social de la Administración Pública y el régimen económico de la Constitución peruana de 1993, específicamente con el principio de subsidiariedad. La finalidad de ese estudio fue dar cuenta de si el principio de subsidiariedad, lejos de complementar y hacer más efectiva la función social de la Administración, la obstaculiza. Para ello se construye un marco teórico sobre la función social, que se sirve de una variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo relacionada al régimen económico. Asimismo, con el fin de contrastar la hipótesis de la que parte el artículo, se consulta y muestran las conclusiones de los resultados obtenidos por programas sociales que asisten adultos

ABSTRACT:

This article tries to be the expression of a research work as the result of a thesis. A thesis that had as its object the relations that exist between the Social State, and, therefore, the social function of the Public Administration and the economic regime of the Peruvian Constitution of 1993, specifically with the principle of subsidiarity. The purpose of this study was to show whether the principle of subsidiarity, far from complementing and making the social function of the Administration more effective, hinders it. For this, a theoretical framework is built on the social function, which uses a varied jurisprudence of the Constitutional Court, especially related to the economic regime. Likewise, in order to contrast the hypothesis from which the article starts, the conclusions of the results obtained by social programs attended by adults or older women are consulted and shown. The article culminates with a series of conclusions and proposals

Como citar este artículo | How to cite this article: CUBA MENESES, Erick Gregory. La función social de la Administración en el ordenamiento constitucional peruano. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 7, n. 2, p. 177-206, jul./dic. 2020. DOI 10.14409/rededa.v7i2.9872.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Árbitro y Consultor independiente. Se ha desempeñado profesionalmente en el MIDIS, MTPE, MINAM, OEFA, MINJUS, INDECOP y la Contraloría General de la República. Cuenta con estudios de Maestría en Regulación de Servicios Públicos en la Universidad del Pacífico; y, de la Maestría en Derecho de la Empresa en la UNMSM. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Regulación. E-mail: ecubam@unmsm.edu.pe.



o adultas mayores. el artículo culmina con una serie de conclusiones y propuestas al Estado, con el fin de garantizar una mayor eficacia del bienestar social.

Palabras clave: función social; Estado Social; programas sociales; régimen económico; principio de subsidiariedad.

to the State, in order to guarantee greater effectiveness of social welfare.

Keywords: social function; Social State; social programs; economic order; subsidiarity principle.

SUMARIO:

1. Introducción; **2.** Antecedentes; **3.** Antecedentes en la historia republicana del Perú; **4.** La Función social en la Constitución de 1993; **4.1.** Marco constitucional de la función social de la administración; **4.1.1.** Constitución económica; **4.1.2.** Estado Social; **4.1.3.** Economía Social de Mercado; **4.1.4.** Principios constitucionales de la función social de la Administración; **4.1.4.1.** De legalidad; **4.1.4.2.** De dignidad humana; **4.1.4.3.** De igualdad; **4.1.4.4.** De solidaridad; **4.1.4.5.** De subsidiariedad; **5.** El caso de los adultos y las adultas mayores: pensión 65 y Red Amacha; **6.** Conclusiones; **7.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución desde el Estado de Derecho o liberal burgués al Estado Social de Derecho y recientemente a los contemporáneos Estado Constitucionales, más allá de no haber sido un proceso pacífico e indoloro en lo absoluto, ha significado una revolución en la forma de teorizar sobre la esencia y funciones del Estado, sobre sus actividades, entre ellas especialmente, la administrativa (una huella francesa revolucionaria en el camino). Hemos pasado de pensar en el Estado como la máxima creación humana, tan máxima que se desliga y hasta contrapone a la sociedad, a pensar en un Estado que es solo una de las muchas instituciones y estructuras humanas que, en consecuencia, cumple una determinada *función* en el entramado social. esto importa e importa mucho, porque este camino ha llevado a la doctrina contemporánea a hablar sobre la función social de la Administración. Prueba de ello son los dos tomos de la "Función social de la Administración" que tuvieron lugar en la XV reunión del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en el 2016.

En ese sentido, este artículo se propone revisar el contenido del calificativo "social" de la función de la Administración a partir de un repaso histórico sobre las labores y las concepciones que ha habido sobre la actitud del Estado frente a la pobreza, el desempleo, y, en general, todos los pueblos vulnerables. En el camino se irá topando, el lector, con cuatro de las figuras que han sentado las bases teóricas de la actividad de la Administración como lo son León Duguit, Hermann Heller, Ernst Forsthoff, así como la influencia del constitucionalismo social de las Constituciones sociales de principios del siglo XX. No podría cerrarse este primer bloque sin tocar cómo estas concepciones han aterrizado en el Perú, sobre todo la historia constitucional peruana.



El siguiente paso necesario será ver cómo esta idea contenida en lo social de la función administrativa se encuentra reflejada en el ordenamiento constitucional. Para ello se revisarán conceptos como Constitución económica, Estado Social y Economía Social de Mercado, pues, la función social, lo que será evidente, está íntimamente relacionada con la actuación del Estado respecto a las libertades económicas y al mercado mismo. Este bloque culminará con una exposición de los principios que rigen la función social de la administración, entre ellos: la legalidad, la dignidad, la igualdad, la solidaridad y la subsidiariedad económica.

El tercer y último momento del artículo será el momento de la contrastación entre el marco teórico presentado y sus bases históricas y los resultados de dos aparatos destinados al cumplimiento de lo que ya estaremos en aptitud de entender como la función social de la Administración: Pensión 65 y la reciente Red AMACHAY.

Cabe destacar que este trabajo corresponde a una tesis realizada por el mismo autor que versa sobre las relaciones entre la función social de la Administración y el principio de subsidiariedad, por lo que el discurso de esta interrelación será transversal todo el desarrollo de este artículo.

2. ANTECEDENTES

La historia de la, actualmente, llamada función social del Estado y, por tanto, de la Administración, es la historia del paso del Estado liberal burgués o Estado de Derecho al actual Estado Constitucional (en ocasiones identificado con el Estado Social y Democrático de Derecho), pasando por el (jurídico políticamente) Estado Social o (económicamente) Estado de Bienestar. Por lo tanto, es la historia de las distintas concepciones sobre el servicio público, la actividad Administrativa, la relación entre el Estado y la sociedad y de los derechos humanos y fundamentales. En este apartado haremos ese repaso, procurando presentar de manera general las razones históricas por las que hoy se teoriza sobre la función social de la Administración.

El Estado Social de Derecho nace de la mano del constitucionalismo social como una respuesta política y económica al liberalismo, el individualismo y el capitalismo exacerbados del s. XIX y cristalizado en las Constituciones sociales de inicios del siglo XX: la Constitución de Querétaro de 1917, la Constitución de la URSS de 1918 y la Constitución de Weimar de 1919¹. Estas constituciones se caracterizan no solo porque representan una victoria frente al poder político, sino porque a ellas subyacen un consenso entre las clases sociales burguesa y obrera en pugna e inician la idea de que el Estado no solo debe proveer bienes y prestar servicios, sino que debe desempeñar esta actividad dirigida hacia un fin: el goce por parte de todos los ciudadanos de condiciones

¹ De igual manera, aunque no se mencione, el año de 1919 se había celebrado el Tratado Versalles, que instauró la paz luego de la Primera Guerra Mundial, y que es el documento de reconocimiento de derechos humanos económicos y sociales –sobre todo en materia laboral- más antiguo.



mínimas de bienestar que les permita desarrollarse plenamente. Como concepto político aparece con los movimientos sociales de finales del s. XIX e inicios del s. XX de la mano de las Constituciones sociales.

En cuanto a la primera de las Constituciones sociales, la Constitución mexicana de 1917 o Constitución de Querétaro se constituye como la primera de todas ellas y sienta las bases del modelo de una Constitución social y de los fundamentos de un Estado social. Esta constitución fue fruto de los movimientos revolucionarios que estallaron en 1910 en México en contra del Porfiriato. Durante este periodo de tiempo (desde 1875 a 1911) el crecimiento de la economía mexicana se dio a costa de los grupos menos favorecidos de la sociedad. Fue, entonces, que en 1917 se promulga una nueva constitución que reemplazaría a la Constitución liberal de 1875².

Por su parte, la Constitución de Weimar de 1919, como se dijo una de las Constituciones sociales. El contexto en el que se promulgó la Constitución de Weimar fue el de levantamientos de grandes colectivos de trabajadores respaldados por militares, que, bajo la figura de Consejos “arrebataron al Estado el control de algunas poblaciones”³ (Restrepo Zapata, 2018). Mas, luego, el conservadurismo retomó el poder, pero era consciente de la imperiosa necesidad de adoptar políticas destinadas a compensar a las clases menos favorecidas que acababan de ser derrotadas. Así, el 11 de agosto de 1919 se publicó la Constitución de Weimar que se presenta como una conciliación de las clases en pugna, instituyendo un Estado Social. Esta Norma Fundamental es, en palabras de Bobbio y de Schmitt citados por Restrepo, una constitución mixta, pues reúne en sí principios conservadores y sociales revolucionarios.

Ahora bien, el Estado Social de Derecho, terminológicamente, es una construcción que la doctrina usualmente atribuye al constitucionalista de la socialdemocracia alemana Hermann Heller o a Lorenz von Stein. En este trabajo nos decantaremos por seguir la primera alternativa, pues es Heller quien más ha desarrollado la idea de fondo en su famoso artículo de 1929 “¿Estado de Derecho o Dictadura? es un estado respetuoso de las libertades y derechos de los individuos, pero que va más allá. El Estado adquiere nuevas funciones respecto de la sociedad. La actividad administrativa se redimensiona en todas sus expresiones. Pero también implica una renuncia a los principios jurídicos del Estado de Derecho, pues estos devinieron en un límite a la implementación del Estado Social. Así, el principio de legalidad y el de separación de poderes estuvieron

² GARRIDO DEL TORAL, Andrés (2015). Constitución de Querétaro. In GALEANA, Patricia; CASTAÑEDA SABIDO, Fernando; JÁUREGUI, Luis; ÁLVARO, Matute; PANI, Érika; POZAS HORCASITAS, Ricardo; RUEDA SMITHERS, Santiago; SANTANA HERNANDEZ, Adalberto; SEMO, Enrique; DE VEGA ARMijo, Mercedes; VILLEGAS MORENO, Gloria (Orgs.). **Querétaro de la Constitución. Constitución de Querétaro.** Primera edición. México DF: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. 2015. p. 157-186. p. 184.

³ RESTREPO ZAPATA, Juan David. La Constitución de Weimar (1919) ¿en medio de la crisis? Un análisis histórico a sus aspectos interventores, modernizadores y derechos sociales. **Estudios Internacionales.** Santiago de Chile. 50. 190. pp. 85-106, mayo/ago. 2018. p. 88-89.



pensados para un Estado abstencionista y contenido en el ejercicio de su poder, pero no resultan útiles en la misma medida para un Estado (exclusivamente) Social que tiene a hincharse de discrecionalidad. Buena parte, también del desarrollo teórico de las bases del Estado Social y de la función social de la Administración son debidas a la Escuela de Burdeos fundada por León Duguit⁴.

La autora Lesa Kerstenetzky señala que la intervención del Estado para corregir la pobreza no era nueva afinales del s. XIX, pero “la intervención...se manifestaba mediante la represión de la mendicidad y obligatoriedad del trabajo de las personas físicamente aptas, así como de selectividades y condicionamientos en el suministro de asistencia pública a los incapacitados, por entonces llamados “pobres meritorios”⁵; cuyo tratamiento a través del Derecho partía de la “hipótesis de la pobreza estructural”, reflejada, para el caso inglés, en las sucesivas Leyes de Pobres recién abolidas en 1948 por la Ley de Asistencia Nacional (impulsada por movilizaciones sociales de sindicatos y sectores empobrecidos), y como resultado del Informe de la Minoría de la Comisión Real Británica creada para evaluar el fracaso de las Leyes de los pobres y Alivio de la Miseria⁶.

El panorama cambia con los que -afirma la autora- son los países que sentaron las bases del “Estado de bienestar social”: Alemania e Inglaterra. Por un lado, Alemania, desde la década de 1870 con Bismarck había instaurado un “seguro nacional obligatorio...contra el riesgo de la pérdida de la capacidad de generar ingreso por causa de accidente, enfermedad, invalidez o vejez. El seguro se financia con las contribuciones de empleados, empleadores y, marginalmente, por el propio Estado” en el marco de las políticas de unificación del Estado alemán. Mientras que, por otro lado, Inglaterra también introdujo el seguro social obligatorio “basa[do] en el estatus de ciudadanía y establece el derecho a un patrón de vida mínimo para todos, financiado con recursos tributarios”⁷

La Segunda Guerra Mundial encontró una Europa –y un mundo- que se debatía entre las medidas intervencionistas, el fracaso de decisiones de política económica y las consecuencias perniciosas de la Primera Guerra y el Crack de 1929; un terreno fecundo para el fascismo⁸. La primera dictadura fascista, la de Mussolini, implementó otro mo-

⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Cuatro ideas en torno a la función social de la Administración pública. In. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I**. Primera edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 107-136. p. 110-117.

⁵ KERSTENETZKY, Celia Lesa. **El Estado de Bienestar en la edad de la razón**. Primera Edición electrónica. México: Fondo de Cultura Económica, 2016. p. 33.

⁶ KERSTENETZKY, Celia Lesa. **El Estado de Bienestar en la edad de la razón**. Primera Edición electrónica. México: Fondo de Cultura Económica, 2016. p. 32-34.

⁷ KERSTENETZKY, Celia Lesa. **El Estado de Bienestar en la edad de la razón**. Primera Edición electrónica. México: Fondo de Cultura Económica, 2016. p. 32.

⁸ CAMERON, Rondo; NEAL, Larry. **Historia Económica Mundial**: Desde el paleolítico hasta el presente. Cuarta edición. Madrid: Alianza Editorial, 2014. p. 397.



delo de Estado, alejado del capitalista y del socialista: el Estado corporativo, que, si bien reconocía derechos individuales, sometía el goce de estos a los intereses de la colectividad, representados en el Estado. Cameron & Neal explican bien el modelo corporativo implementado por el fascismo italiano:

Para conseguir esto, todas las industrias del país fueron organizadas en doce «corporaciones», correspondientes a ramos de actividades. En ellas estaban representados los trabajadores, los propietarios y el Estado, con funcionarios del partido ostentando los puestos claves. Todos los sindicatos obreros anteriores fueron suprimidos. Las funciones de las corporaciones comprendían la regulación de precios, salarios y condiciones de trabajo, y proporcionar una seguridad social⁹.

Al otro lado del mundo, el gobierno ruso revolucionario y pos revolucionario tuvo su propio desarrollo administrativo. Durante los primeros años del gobierno bolchevique liderado por Lenin, se nacionalizó la industria y la tierra y la dio en posesión a los campesinos. El gobierno bolchevique había repartido la tierra entre los campesinos, mas se les obligó a estos a vender su producción a los precios artificiales y bajos establecidos por el gobierno mismo. "Ya en agosto de 1918, el gobierno había enviado tropas y destacamentos de obreros industriales armados al campo para confiscar las cosechas, y proliferaba el mercado negro". En este contexto, Lenin vio necesaria la implementación de una Nueva Política Económica, que era un régimen de planificación económica con ciertos, extremadamente pocos, elementos de una economía de mercado¹⁰. Asimismo, Stalin implementó un régimen de planificación estatal de la economía centralizado, enérgico y dirigido a sustituir el mercado y a la colectivización de la producción, para lo que se creó la Comisión para la Planificación Estatal¹¹, encargada de los Planes Quinquenales.

Una de las reflexiones más marcadas a que da lugar el paso del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar es la de la relación entre el Estado y la sociedad¹². El Estado de Derecho o liberal se basa en la idea de origen lockiana de que la sociedad, agregado de individuos portadores de derechos (naturales), es anterior al

⁹ CAMERON, Rondo; NEAL, Larry. **Historia Económica Mundial**: Desde el paleolítico hasta el presente. Cuarta edición. Madrid: Alianza Editorial, 2014. p. 398.

¹⁰ CAMERON, Rondo; NEAL, Larry. **Historia Económica Mundial**: Desde el paleolítico hasta el presente. Cuarta edición. Madrid: Alianza Editorial, 2014. p. 401.

¹¹ CAMERON, Rondo; NEAL, Larry. **Historia Económica Mundial**: Desde el paleolítico hasta el presente. Cuarta edición. Madrid: Alianza Editorial, 2014. p. 402-403.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos. **DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PÚBLICO GENERAL**: Estudios y Semblanzas. Buenos Aires: B de f. 2020. p. 4-5.

Lo mismo sugiere a lo largo de todo su trabajo: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Cuatro ideas en torno a la función social de la Administración pública. In. RODRGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRIGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I**. Primera edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 107-136.



Estado, por lo tanto, sociedad y Estado son distintos. En consecuencia, el Estado debe abstenerse (resultado que se logra mediante la positivización de derechos naturales) frente a la sociedad. El Estado es gendarme de libertades. Por su parte, el Estado Social de Derecho mantiene esta dualidad, pero no se entiende en clave de conflicto sino de consenso¹³. Por el contrario, en los Estados Totalitarios es en los que se pretende destruir la línea divisoria entre el Estado y la sociedad hasta identificarlos, disolviendo la sociedad en el Estado, asesina la espontaneidad (en palabras de Cassagne), con una consecuente y fuerte intervención del Estado en la esfera privada.

En este punto es relevante analizar lo pertinente a la Constitución rusa de 1918, una de las Constituciones sociales, como ya se dijo. Esta Constitución, es la primera constitución que reconoce derechos sociales en la historia. Como ley fundante, socializa la tierra, los medios de producción en general: ahora es de los "obreros trabajadores y explotados" -como se rotula la primera parte del texto constitucional-, se yergue para acabar con la explotación del trabajo de un hombre por otro (art. 9) y, como es obvio, extingue la propiedad individual; reconoce al proletariado el derecho a "una instrucción general completa y gratuita" (art. 17), e instituye la obligatoriedad del trabajo para todos los ciudadanos (art. 3, f)¹⁴.

Posteriormente, la Constitución de la URSS de 1936 amplia el catálogo de derechos, reconociendo, en su Capítulo X (arts. 118-129), el derecho al trabajo remunerado y permanente y la libertad sindical, al descanso laboral, a la seguridad social, a la educación, la igualdad de derechos de hombres y mujeres y en general la igualdad ante la ley.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, los Estados de los países que participaron en ella se convirtieron en Estados hinchados en burocracia, fuertes e interventores en la economía que fueron llamados a asumir la dirección de la reconstrucción nacional. En ese sentido, los Estados asumieron el rol de promoción del empleo, gestión de la seguridad social y prestación de otros servicios sociales, en general, y el control y planificación e intervención de la economía, lo que culminó por una alineación de varios estados occidentales al modelo del Estado de Bienestar.

No obstante, a finales de la década de 1970 el mundo entró en crisis de nuevo debido principalmente a la crisis del petróleo que dejó ver la inestabilidad de la economía inspirada en los postulados de Keynes. Aunque ya a inicios de la década de 1970, el gobierno de Margaret Thatcher había emprendido una política de reducción del Estado mediante privatizaciones y el alivio de la política fiscal que había ayudado al Gobierno británico a sustentar sus medidas de recuperación económica.

¹³ HELLER, Hermann. *Rechstaat und Dictatur?*. **Economy and Society**. [s.l.], 16, 1, p. 127-142.

¹⁴ Pero esta constitución no solo reconoce derechos sociales, sino que también reconoce derechos civiles como la libertad de conciencia y religión (art. 13), la libertad de prensa (art. 14), de reunión –junto a una obligación del gobierno central de poner "a la disposición de la clase obrera y del proletariado de los campos todos los locales con mobiliario, alumbrado y calefacción, propios para la organización de reuniones populares" (art. 15) y la igualdad ante la ley (art. 22). Lo mismo hará su sucesora de 1936.



Por su parte, los gobiernos de América Latina veían fracasar su modelo de desarrollo cepalino que promovía una economía con medidas proteccionistas, basada en la sustitución de importaciones y respaldada en la teoría de la dependencia. Esta situación, sumada y, en parte provocada por, la crisis del petróleo, la crisis mexicana de 1982, la apreciación del dólar americano, trajeron como consecuencia que los países latinoamericanos no pudieran hacer frente a la deuda externa y graves procesos de inflación.

Ante esta situación, en 1989 aparece el Consenso de Washington¹⁵ "cuyas reformas de política económica estaban basadas en una lógica de mercado caracterizada por la apertura y disciplina macroeconómica" y cuyo sustrato teórico (o hasta ideológico) se encuentra en el neoliberalismo. El Consenso de Washington tenía como objetivo determinar aquellas decisiones y medidas de política económica que impedían la generación de riqueza y la recuperación y salida de la crisis. Buena parte de las propuestas fue reducir al Estado, por cuanto los particulares están en mejores posiciones de generar riqueza y bienestar general que el Estado. Por lo que a este no le queda otra alternativa que reservarse los servicios que se ofrecen fundados en la titularidad del dominio público y el rol regulatorio de la economía, pero siempre, como regla general, desde fuera y sólo muy excepcionalmente desde dentro de ella. Del resto se puede encargar el mercado¹⁶. Todo este desarrollo histórico permite hacer una observación simple pero trascendental si se quiere comprender la función social actual de la Administración Pública: el mundo de la posguerra es el mundo de los derechos humanos. El Estado se (re) legitima: su fundamento está en la dignidad humana, y su fin la protección, garantía, promoción y plena eficacia de los derechos fundamentales. Esto, jurídica y políticamente hablando, generó fuertes transformaciones. El Estado está obligado a garantizar las libertades y, por lo tanto, a abstenerse de actuar y de interferir en el ejercicio de la autonomía de los ciudadanos, sino que está obligado a actuar positivamente para hacer efectivos los derechos prestacionales o asistenciales. Esto es: la paz y la seguridad mundiales solo son posibles en la medida en que las condiciones mínimas para una existencia humana mínimamente adecuada sean satisfechas.

Hasta aquí se puede concluir que la medida de la función social de la Administración es la de las exigencias y pugnas políticas y sociales.

¹⁵ KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.: "Las formulaciones del Consenso de Washington fueron las siguientes": "1) Disciplina presupuestaria", "2) Reorientación del gasto público", "3) Reforma fiscal encaminada a buscar bases imponibles amplias y tipos marginales moderados", "4) Liberalización financiera con... énfasis... en que los tipos de interés vengan determinados por el mercado y sean positivos en términos reales", "5) Búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos, en lugar de aspirar a los llamados «tipos de cambio de equilibrio fundamental»", "6) Liberalización comercial", "7) Política de apertura respecto a la inversión extranjera directa", "8) Empresas públicas: debían privatizarse", "9) Política de desregulación", "10) [El reconocimiento y defensa de los] Derechos de propiedad".

¹⁶ MARTÍNEZ RANGEL, Rubí; SOTO REYES GARMENDIA, Ernesto. El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. **Política y Cultura**. Ciudad de México. n. 37, p. 35-64. p. 46-49.



3. ANTECEDENTES EN LA HISTORIA REPUBLICANA DEL PERÚ

Hasta Constitución de 1920, la historia constitucional peruano se había caracterizado por un vaivén entre liberales y conservadores y por una gran inestabilidad política que a su vez se replicaba en la política fiscal. El Perú era un Estado con poca recaudación tributaria y con baja participación del Estado en la provisión de servicios públicos. Situación que mejoró con el descubrimiento del guano y el salitre que proporcionó una efímera y falaz prosperidad¹⁷.

Fue durante la República aristocrática en la que florecieron los movimientos sociales, sindicales y laborales que forzaron a la clases de poder político y económico a ceder poco a poco ante los movimientos sociales y fue durante esta época que se legisló y reglamentó sobre el trabajo y los accidentes del trabajo con lo que se consiguió el reconocimiento de varios derechos laborales como la jornada laboral de 8 horas diarias para los obreros del Puerto del Callao (durante el gobierno de Billinghurst), se permitió el acceso a la educación superior a mujeres, se estataliza la Empresa de Agua Potable de Lima¹⁸⁻¹⁹. Según los profesores Kresalja & Ochoa (2012), la Constitución de 1920 –dada bajo el gobierno de Augusto B. Leguía, luego de una plebiscito- representa un hito en la historia constitucional (económica) peruana. Ello debido a que este texto constitucional recibe la influencia de las recientes constituciones de Querétaro de 1917 y de Weimar de 1919, a lo que hay que agregar el antecedente del Tratado de Versalles de 1919.

En efecto, la Norma Fundamental de 1920 está impregnada de términos que resaltan *lo social*; contiene un Título IV sobre las “Garantías sociales” (siguiendo la nomenclatura de la Constitución de Querétaro). En este título, además de consagrarse la dimensión social de la propiedad, no reconocida hasta entonces, imputa ciertos deberes al Estado que califican como propios de un Estado Social, promotor del bienestar²⁰.

Según el profesor Chanamé Orbe²¹, la Constitución de 1933, promulgada luego del oncenio, aumenta la implementación del constitucionalismo social, pues instaura la función social de la propiedad en su art. 34 y otorga, en su art. 69, la protección mediante

¹⁷ CONTRERAS CARRANZA, Carlos. **La economía pública en el Perú después del guano y del salitre: crisis fiscal y élites económicas durante su primer siglo independiente**. Lima: Banco Central de Reserva; IEP Instituto Estudios Peruanos. 2012. p. 4-95.

¹⁸ Eso último parece intrascendente, por cuanto la libertad religiosa o de cultos no se suele catalogar como un derecho de bienestar o prestacional y, de hecho no lo es, pero si se recuerda bien en las Constituciones sociales, empezando por la de Querétaro y sobre todo se puede ver en la Constitución Rusa de 1918, la libertad de cultos fue defendida fuertemente y positivizada por cuanto las corrientes comunistas y socialistas proponían una separación del Estado con la Iglesia que representaba la fuerza del régimen capturado por la burguesía, especialmente en Rusia donde la Iglesia ortodoxa era uno de los pilares más fuertes del zarismo.

¹⁹ Milla Batres, C. **Compendio Histórico del Perú, vol. VI**. Lima: Editorial Milla Batres, 1993.

²⁰ KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

²¹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Constitución Económica. **Derecho & Sociedad**. Lima, n. 40, p. 43-63.



habeas corpus de todo aquel que se considere vulnerado en un derecho social. El autor da cuenta de que esta Constitución evidencia el sobredimensionamiento del Estado peruano, sobre todo en su actividad empresarial.

La penúltima constitución peruana es la Constitución de 1979, la que es conocida como una constitución de corte político más social. Esta constitución reconoce una mayor actividad del Estado para con la vida económica y social y es la primera en prever un apartado dedicado al Régimen económico, el Título III, que en general se puede calificar, si se sigue a pie de la letra de la Constitución, como una de corte (en lo económico) liberal.

Bajo esta Norma Fundamental, se positiviza una actividad de planificación estricta y más cercana al régimen de planificación de la economía de un Estado Social de Derecho –sería falso afirmar que la letra de este texto constitucional es pro comunista-, al establecer en su art. 111 que: “El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio” (radicalmente distinto al régimen actual). De igual manera, instituye un régimen empresarial del Estado no limitado por el principio de subsidiariedad (art. 113). En general, esta es una constitución alineada más fuertemente al constitucionalismo social, que fortalece la intervención del Estado en la economía. No necesariamente por eso fortalece su dimensión social.

Asimismo, la Constitución de 1979 instituye una economía social de mercado, pero como se podrá inferir de lo ya dicho, “este [modelo] 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”²².

Finalmente, entró en vigencia la Constitución de 1993. Esta constitución nace en un contexto de liberalización de la economía, que tiene su centro en el ideario económico neoliberal. Por ello, la Constitución de 1993 da un giro revolucionario en la relación del Estado con la economía instituyendo el principio de subsidiariedad económica. “Del Estado intervencionista, prestador, productor y planificador de los años setenta se pasó al Estado mínimo en la década del noventa”²³. Como el resto del presente trabajo se centra en la Constitución de 1993, solo nos limitaremos a dejar sentado esta observación: la Constitución de 1993 es una constitución no absolutamente neoliberal, porque contiene un Régimen Económico formalmente instituido, pero sí funda un Estado mínimo, lo que históricamente obedece a la necesidad de recuperación de la economía

²² LANDA, César. Constitución y economía en el constitucionalismo peruano. In: ÁVILA, Lorena (Coord.). **Constitución y economía: Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2019. p. 191-210. p. 192-193.

²³ KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. p. 54.



luego del excesivo intervencionismo y de las medidas irrationales tomadas para afrontar la crisis que aquejó a Latinoamérica durante las décadas de 1970-80, relacionadas a la deuda externa y al alza del precio de petróleo, a lo que ya nos hemos referido en el punto anterior²⁴. Más adelante, entraremos a tallar sobre la Constitución económica contenida en la Constitución de 1993.

4. LA FUNCIÓN SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Debe quedar claro que toda administración pública cumple una función social, porque el Estado mismo cumple una. Genéricamente, de la revisión de la bibliografía y del repaso histórico es posible inferir que cuando se habla de *función social de la Administración* se denota las actividades que lleva a cabo la Administración Pública para la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos. Esa lo que Forsthoff llama la *procura existencial*²⁵.

Evidencia de esto es que el calificativo de *social* tiene su punto de partida en una determinada corriente de pensamiento (en varias) según la cual del Estado se predica una obligación de satisfacer derechos fundamentales económicos y sociales y de velar por el bienestar de los ciudadanos: acceso al trabajo, seguridad social, salud, educación, etc. En consecuencia, la Administración Pública emplea sus potestades y prerrogativas públicas, su titularidad sobre el dominio público y despliega toda su organización e institucionalidad para conseguir dicho fin, que le ha sido encargado por la Constitución, a través de la actividad que le es propia (art. 43 Const.).

La función social, asimismo, es una orientación de la actividad administrativa por lo que no se concretiza por una única vía de acción. El cumplimiento de esta función puede ser de forma inmediata o mediata como en el caso de las concesiones o de la regulación de sectores de la economía o el desempeño de la actividad de fomento (por otorgamiento de subvenciones u otorgamiento de garantías jurídicas, por ejemplo). Pero el fin perseguido siempre será el mismo: el bienestar de todos los ciudadanos a través de la satisfacción de sus derechos asistenciales o prestacionales.

Actualmente, la huida del Derecho Administrativo marca el desenvolvimiento de la actividad de la Administración lo que indefectiblemente tiene consecuencias para el

²⁴ KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. p. 39-45.

²⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**: (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: ARA Editores, 2004. p. 88-93. FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la sociedad industrial**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 122. MEIL LANDWERLIN, Gerardo. El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, n. 42, p. 211-225, nov/dic. 1984, p. 215. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Cuatro ideas en torno a la función social de la Administración pública. In. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I**. Primera edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 107-136, p. 125-130.



desempeño de su función social. por ello, se hace más necesario un reforzamiento del control interinstitucional a nivel de los órganos y poderes del Estado y, sobre todo, un reforzamiento del control judicial de los actos administrativo; así como concentrar más la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Esta función social se materializará de distintas maneras a través de la actividad de policía, la de fomento, la de prestación, la actividad empresarial del Estado y de planificación²⁶.

Sobre la primera, la actividad de policía, como se ha dicho, se redimensiona. Partiendo de la premisa de que los particulares no pueden ser dejados en el mercado y esperar que, sin el Estado, generen y respeten reglas de juego y generen equidad social. Por ello, la Administración dirige la actividad de los particulares para garantizar necesidades humanas básicas mediante la creación de organismos reguladores u otras entidades. Puede hacerlo a través de amonestaciones, multas, inhabilitaciones, lo importante es destacar que cualquier medio que emplee la Administración será en función de conducir u orientar "los comportamientos individuales en dirección de lo que ella considera que es correcto desde la perspectiva del interés público"²⁷. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha llamado a esta, la *función orientadora del Estado*, porque ese es el verbo que utiliza la Constitución de 1993 (art. 58), en los términos siguientes "la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución" (STC Nº 0008-2003-AI; F.J. 38). Lo mismo en STC N 07339-2006-PA, STC Nº 0034-2004-AI F.J. 15 (sobre la regulación de libre competencia) y en STC Nº 01963-2006-AA, F.F.J.J. 6-8.

En segundo lugar, a través del fomento, el Estado procura que un particular desarrolle o continúe desarrollando una actividad de provisión de bienes o prestación de servicios que califican jurídicamente como de interés general y/o que satisface una determinada necesidad humana básica, mediante otorgamiento de honores y ventajas sea jurídicas (v.gr. convenio de garantía) o económicas (v.gr. subvenciones)²⁸. El Estado respecto del particular, solo lo estimula o persuade, mas no lo obliga. La coacción es

²⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico:** (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: ARA Editores, 2004. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Marco conceptual de las actividades administrativas con dimensión social. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRÍGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I.** Primera edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 187-210.

²⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. EL COMPROMISO DE CESE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UNA ESTRATEGIA CONCERTADA EN MATERIA SANCIONADORA. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; HERNÁNDEZ, Miguel; ELIZALDE JALIL, Marco; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (Editores). **Régimen Administrativo Sancionatorio:** En homenaje a José Luis Meilán Gil. Ecuador: Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA, 2018, p. 142-163.

²⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico:** (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: ARA Editores, 2004, p. 303.



inviable pues "afectaría a la más elemental libertad de los particulares para emprender o no una determinada iniciativa"²⁹.

La actividad prestacional, en cuarto lugar, es en la que más fuertemente se expresa la función social de la Administración, a través del servicio público y el servicio (público) social³⁰. La Constitución en el art. 58 prescribe que el Estado peruano tiene un rol principal en la prestación de servicios públicos y de servicios sociales asistenciales, así como a la promoción de igualdad de oportunidades.

En quinto lugar, se ubica la actividad de planificación que, ciertamente, dista bastante de los Planes quinquenales soviéticos. Es la planificación post caída del Muro de Berlín. Hoy se tiene en cuenta que el Estado no centraliza la producción, el precio y el número de ofertantes y consumidores, sino las metas generales que deben perseguirse en algunos sectores relevantes de la economía como en el caso de servicios públicos y servicios sociales, ya sean prestados por privados o públicos. El cambio es que esta forma de planificación no tiene un carácter necesariamente vinculante tan solo orientativa, de guía (muestra de ello es que no se planifica mediante ley o algún otro instrumento normativo, generalmente). Y si fuera, excepcionalmente, vinculante se tratará entonces de medidas de carácter genérico y solo cuando esté justificado, como por ejemplo sucede en los servicios de provisión de agua potable, de electricidad y en el sector telecomunicaciones, entre otros³¹. En el caso peruano, la actividad de planificación se condensa en el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico, el que está a cargo del organismo técnico especializado Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, adscrito a la presidencia del Consejo de Ministros³².

4.1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

4.1.1. Constitución económica

La Constitución económica es el conjunto de normas (principios y reglas) de rango constitucionales que regulan el orden económico de un determinado Estado. El Tribunal Constitucional peruano ha dedicado la STC N° 0008-2003-AL, F.J. 8 a desarrollar el contenido de la Constitución económica peruana, la que define de la siguiente manera:

²⁹ ESTEVE PARDO, José. **Lecciones de Derecho Administrativo**. Madrid : Marcial Pons, 2011, p. 420.

³⁰ Debido a la ajenidad del discurso para este trabajo, no se ofrecerá una definición exhaustiva y mediata sobre el servicio público y sus disquisiciones históricas y conceptuales. La distinción que se hace es meramente esquemática no refleja propiamente una toma de postura en el debate por la definición del servicio público y sus conexiones con el servicio social e importa la diferencia que se expone a continuación.

³¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**: (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: ARA Editores, 2004, p. 304.

³² Según el D.L. N° 1088, Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico.



[es el] plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país, y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho... el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia.

Una de las consecuencias centrales de la adopción del neoliberalismo es que la intervención del Estado y la defensa y la acción económica colectivas son innecesarias. A nivel de política jurídica, esto lleva consigo una disminución de la intervención del Estado en la economía para promover una distribución más uniforme de la riqueza; la reducción de las proporciones del Estado empresario, dejando la prestación de buena parte de importantes servicios sociales (v.gr. seguridad social) al mercado. A nivel de goce de derechos asistenciales, el neoliberalismo trae aparejado un debilitamiento de las instituciones de la seguridad social y de aquellos grupos que, mediante acción colectiva, propugnan un mayor bienestar social.

En este contexto, entre los debates constitucionales más encendidos se han centrado en la respuesta a la pregunta por si existe una tensión entre Estado Social y neoliberalismo. Desde una perspectiva netamente política, es posible contestar afirmativamente³³. Pero, jurídico constitucionalmente, la discusión se vuelve de pura denominación, porque el neoliberalismo se expresa en distintas normas constitucionales que tienen, dentro de la misma constitución, un distinto rango, de forma que técnicamente no es posible decir que el neoliberalismo prima sobre los derechos de bienestar, ni viceversa. Por lo que deberán seguirse las reglas de interpretación constitucional

4.1.2. Estado Social

La Constitución de 1993 no lo dice expresamente, pero sí que instaura un Estado Social y Democrático de Derecho³⁴, como una reunión de los valores propios del Estado

³³ Lo sostiene a lo largo de su trabajo HERNANDO NIETO, Eduardo. ¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional? **Pensamiento Constitucional**. Lima, vol. 4, n. 4, p. 37-54, 1997. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3297/3138>.

³⁴ Se extrae el carácter social de las mismas dispersiones de la Constitución El art. 1 Const. que hace de la persona y de su dignidad el fin del Estado. El art. 43 Const. que reconoce que el Estado peruano es "democrático, social", siguiendo la formulación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El art. 44 imputa al Estado como deber suyo "la plena vigencia de los derechos humanos..." y la promoción del "bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación". El art. 58 según el cual "el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura". El art. 59 que establece el rol del Estado en la economía, el cual es el de



de Derecho y el Estado Social. En la STC N° 0008-2003-AI (F.J. 13, c), el Supremo Tribunal desarrolló la faz social del Estado (siguiendo a García Pelayo) de la manera siguiente:

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

El Tribunal ha adoptado en varias ocasiones una definición semejante del Estado Social, así STC N° 0034-2004-AI, F.J. 18, STC N° 0048-2004-PI, F.J. 15, en la que definió tres dimensiones del calificativo del Estado "social":

- Se refiere a un conjunto de "mecanismo[s dirigidos a]...establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados";
- Encarga al Estado la corrección de las fallas de mercado y los problemas de equidad social; y,
- Finalmente, consagra una "fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida"

Ahora bien, debe delimitarse el contenido normativo de la cláusula de Estado Social, para lo cual se tomarán los planteamientos de Kresalja & Ochoa³⁵: (i) Implica un conjunto de garantías sociales reconocidas en la constitución; (ii) "Vinculación social del Estado. Supone la obligación del Estado de atender las necesidades de los ciudadanos"; (iii) Persecución de los "fines sociales" del Estado y (iv) "Obligación de articular la sociedad sobre bases democráticas"

El principio de Estado Social no solo importa un contenido normativo, sino también una dimensión organizacional e institucional³⁶. Pues solo a través de una institucionalidad adecuadamente definida, fuerte y territorialmente bien asentada es posible cumplir con los mandatos del Estado Social. De ahí la necesidad de la previsibilidad y la creación de abundante normativa en términos de instituciones satisfactorias de demandas sociales.

regular y "orientar" a los particulares en su acción en el mercado, estimular la creación de la riqueza y la equidad y las condiciones de mínimo bienestar. El art. 60 que establece el rol subsidiario del Estado, consustancial al principio de Estado Social de una Economía Social de Mercado. El art. 77 que establece como una de las directrices de la elaboración del presupuesto público a las "necesidades sociales".

³⁵ KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 59-60.

³⁶ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, & A.A.V.V. **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 40-43.



Una de las discusiones que plantea el Estado Social es el conflicto que pudiera representar la actividad provisional o prestacional de la Administración con el presupuesto público, especialmente con el principio de equilibrio presupuestal, un conflicto que usualmente se resuelve en la vía constitucional, como manifestación de un elemento trascendental del Estado Constitucional: el control de constitucionalidad. No obstante, en alguna ocasión (en aquella época en la que teníamos un Tribunal más activista), el Tribunal Constitucional peruano ha emitido sentencias exhortativas a las entidades públicas dedicadas a la prestación de servicios sociales, entre los más comunes respecto a la seguridad social ya la salud y tratamiento de enfermedades como el VIH/SIDA y ETSs (STC N° 02016-2004-AA; STC N° 03208-2004-AA; STC N° 01752-2004-AA; STC N° 03123-012-AA; STC N° 01345-2011-AA; STC N° 03510-2003-AA).

4.1.3. Economía Social de Mercado³⁷

Hoy por hoy, no podría concebirse un Estado Social que no vaya en paralelo con una economía social de mercado (STC N° 0008-2003-AA, F.J. 13, a.). Por tanto, la economía social de mercado es también un modelo para el consenso político, así como lo es el modelo de un Estado constitucional que instituye el principio de Estado Social. Esto se evidencia en que la economía social de mercado trata de armonizar "dos principios de extremos opuestos:" la "libertad individual y subsidiariedad del Estado; y el principio de igualdad y solidaridad social"³⁸.

El Tribunal Constitucional peruano, en STC N° 0008-2003-AA, ha establecido que las siguientes son las características básicas de este modelo económico (F.J. 13, a.):

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate [al abuso de] los oligopolios y monopolios.

³⁷ La economía social de mercado nace en la década de 1930 en Alemania de mano de la Escuela de Friburgo que construyó en el concepto tomando como base las ideas ordoliberales, inspiradas en la idea cristiana de orden. Básicamente, lo que supone una economía social de mercado es un Estado que garantice un marco jurídico institucional adecuado para la libre competencia, pues ésta sí que puede solucionar muchos problemas cuantitativos y cualitativos de la distribución de recursos en la sociedad. Pero también, la economía social de mercado supone que el Estado, a través del mercado o, excepcionalmente, participando en él o supliéndolo, procure la equidad en la distribución de esos recursos, lo que supone, a su vez, que se distribuyan también "las posibilidades de ganar y perder", por cuanto ello garantizaría la igualdad de oportunidades para todos, según lo refieren KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. p. 98-99. La economía social de mercado, entonces, busca "garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social" (STC N° 0008-2003-AA, F.J. 13, a.).

³⁸ LANDA, César. Constitución y economía en el constitucionalismo peruano. In: ÁVILA, Lorena (Coord.). **Constitución y economía**: Justicia constitucional y derechos fundamentales. Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2019. p. 191-210, p. 193.



- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

Precisamente por ese tercer elemento, la economía social de mercado implica un deber para (todas) las empresas privadas³⁹. Y es que estas asumen gran parte de las demandas sociales que antes asumía el Estado, lo que ha llevado al Tribunal a establecer en repetida jurisprudencia no solo que le es exigible a la empresa un cierto comportamiento en favor del entorno, expresado en actividades de responsabilidad social, especialmente cuando se trata de una empresa dedicada a actividades extractivas, abundantes en nuestro país (STC Nº 0048-2004-PI, F.J. 15; STC Nº 01752-2004-AA, F.F.J.J. 21-24; STC Nº 03343-2007-AA⁴⁰, F.J. 21, STC Nº 01963-2006-AA, F.J. 6; STC Nº 01752-2004-AA; F.F.J.J. 21-24). Aunque ciertamente, tal exigencia debe ser en los límites del cumplimiento del marco legal civil, corporativo, laboral, tributario, medioambiental y penal

4.1.4. Principios constitucionales de la función social de la Administración

Lo que se hará a continuación es presentar los más destacados principios de la función social de la Administración peruana y el contenido que haya definido el Tribunal Constitucional peruano; para lo cual, nos valdremos de lo dicho por diversos autores que han tratado sobre la función social de la Administración⁴¹.

4.1.4.1. De legalidad

El rol de la legalidad en un Estado que por mandato constitucional se predica Social, es el de imponer un límite flexible a la acción estatal, que obligue a acomodar las acciones de la Administración a los fines constitucionales a esta impuesto, por cuanto

³⁹ RENOuard, Cécile. La empresa: su función social y su rol en la sociedad. Fomentar y exigir. **Revista de Fomento Social**, Córdoba, n. 258, p. 277-293, jun. 2010. Disponible en doi:<https://doi.org/10.32418/rfs.2010.258.1925>.

⁴⁰ Esta sentencia, de hecho, recayó en el contexto de un conflicto mediambiental entre Jaime Hans Bustamante Johnson y las empresas Occidental Petrolera del Perú; Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú, Repsol Exploración Perú (REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (PETROBRAS). En esa ocasión el Tribunal sentenció que se suspendiera las exploraciones en el Lote 103 –que se encuentra en el Área protegida Cordillera Escalera- para preservar los derechos fundamentales de las comunidades aledañas, “hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera” (STC Nº 03343-2007-AA; FALLO).

⁴¹ Además de los principios que enumeramos y en los que ahondaremos, son relevantes el principio *pro homine* (según el cual, en caso de duda sobre si una medida es o no favorable a la eficacia de los derechos, se tomará la decisión que los optimice), el de progresividad (según el cual no puede retrocederse en el reconocimiento de derechos de bienestar ni negarse un contenido protegido a cuya tutela ya se hubiera comprometido el Estado) el de continuidad de los servicios públicos (reconocido en el art. II.2 LOPE), siguiendo a -CASSAGNE, Juan Carlos. **Los grandes principios del Derecho Público**: (constitucional y administrativo). Zaragoza: REUS, 2016.



se entiende "that administrators should have broad leeway"⁴² (Vermeule, 2016). Esto es, el Estado Social no puede ser pleno sin la discrecionalidad administrativa. No hay mandato constitucional que impida o prescriba la adopción de *una determinada forma* de satisfacer, v.gr. el derecho a la seguridad social, pero sí prescribe satisfacerlo⁴³.

Vermeule, en el medio norteamericano, sostiene que en el "administrative state... Law has abnegated its authority, relegating itself to the margins of governmental arrangements. Although there is still a sense in which law is constitutive of the administrative state, that is so only in a thin sense"⁴⁴ (subrayado agregado), esto es, en el sentido de proporcionar un marco para "the rich content at the center". La Administración, entonces, debe, por ella misma, crear sus procedimientos y tomar sus decisiones sin interferencias y obstáculos irrazonables.

4.1.4.2. De dignidad humana

El constituyente de 1993 ha querido que todo el sistema político jurídico institucional se fundamente en la dignidad humana (art. 1 Const.), en una concepción personalista atribuible a los postulados de la Doctrina Social de la Iglesia, lo que significa que la Constitución no apunta hacia la instauración de un individualismo político, sino más bien redimensiona al ser humano como un individuo que se desenvuelve y desarrolla en sociedad, siguiendo los planteamientos de la doctrina social de la Iglesia. La dignidad significa para la Administración que esta y su actividad es solo un medio para lanzar la plenitud de los ciudadanos.

La dignidad humana se asocia centralmente a la autonomía moral del ser humano, a un atributo privativo del género humano, al mandato de no instrumentalización y con las condiciones mínimas que debe disfrutar todo ser humano⁴⁵. Para enmarcar consti-

⁴² Lo deja claro desde el inicio VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

⁴³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**: (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: ARA Editores, 2004. CASSAGNE, Juan Carlos. **DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PÚBLICO GENERAL**: Estudios y Semblanzas. Buenos Aires: B de f. 2020.

⁴⁴ Es atractivo el término "abnegation of the law" que utiliza Vermeule lo que podría estar referido al Derecho como ordenamiento jurídico o a la ley estrictamente hablando. Tomando en cuenta los factores que toma Vermeule para incorporar sus planteamientos, como lo son el judicial review o la referencia a la potestad de los jueces norteamericanos para crear, modificar o derogar normas generales y vinculantes, y la potestad del gobierno de manera autónoma e independiente para dictar normas vinculantes y normas de procedimientos llevados por él y ante él, tomaremos el término "law" en un sentido amplio de "legalidad", por lo que el fenómeno al que se refiere Vermeule puede traducirse como la abnegación de la legalidad. Significa que en lo que se ha llamado el "estado administrativo" (una formulación que no es nueva, de hecho, viene de Tocqueville (García de Enterría, 2011)), la ley ha renunciado al lugar que ocupaba tradicionalmente. Para el autor citado, esto se debe no a razones externas al Derecho, sino más bien internas y consustanciales al mismo. La ley ha abnegado. (Esto es particularmente cierto en el *common law* norteamericano, pues en él es mucho más evidente la separación entre el punto de vista interno y el punto de vista externo, de Hart, desde el momento en que son los jueces los que van creando el Derecho "desde dentro", no sin, claro está, el sustento argumentativo que brindan los abogados).

⁴⁵ SOSA SACIO, Juan Manuel. **Necesidades humanas básicas y fundamentación de los derechos**: Crítica a



tucionalmente a la función social de la Administración son indispensables la dignidad como autonomía moral y la dignidad como mínimo vital.

La dignidad como autonomía moral cumple un papel importante en el Estado Social, por cuanto, es propósito de un Estado Social promover la autosuficiencia de los ciudadanos, es decir que las condiciones de las que parte cada uno le permita participar en el mercado y defender la eficacia horizontal de sus derechos fundamentales en ese íter. Esto repercute en un aumento del bienestar social por cuanto, como lo propone la economía social de mercado, la distribución de la riqueza en una sociedad determinada debe decidirse mediante la acción de los individuos en el mercado mismo. Lo que debe hacer el Estado es promover el goce de condiciones mínimas que permita optimizar los procesos de toma de decisiones atomizadas, es decir, debe eliminar progresivamente las condiciones estructurales que impiden que los individuos puedan tomar esas decisiones y que, por tanto, se pueda hablar propia y políticamente de un libre mercado⁴⁶.

En cuanto a la dignidad como mandato a garantizar a toda persona condiciones mínimas de existencia. Implica que todas las personas puedan tener acceso a las condiciones materiales mínimas⁴⁷ que les permitan ser *iguales en derechos y libertad* (lo que no implica llegar a los extremos del igualitarismo). Para alcanzar eso, la dignidad humana ordena al Estado actuar en favor de los individuos que, por diversas razones, no pueden desenvolverse como "iguales en derechos y libertad". Tales condiciones mínimas son un requisito para cumplir con la orden de la igualdad (STC N° 6534-2006-AA, F.J. 10).

4.1.4.3. De igualdad

El principio de igualdad están en los arts. 2.2, 26.1, 59, 74 Const. así como en el art. III.2 de la LOPE (bajo el término de equidad), es el "principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos" (STC N° 0048-2004-PI, F.J. 61). El Estado peruano ha organizado su institucionalidad en función de la garantía de la igualdad, a través de la creación de los ministerios de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el de Inclusión Social, así como de políticas públicas transversales a todos los sectores y que se materializa aún mejor en la Ley N° 28983, Ley

la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos. Saarbrücken: Académica Española, 2017, p. 73.

⁴⁶ Se dijo que, en principio, el paternalismo queda excluido de la Constitución porque el Estado no puede renunciar a proporcionar condiciones mínimas de bienestar y seguridad generales, que bien pueden calificarse como paternalistas. Por ejemplo, la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad o las normas de discriminación positiva. La primera está en clara oposición con una concepción absoluta de autonomía, pero está orientada a crear más condiciones de seguridad en la ciudadanía. La segunda medida se trata de un paternalismo indispensable para lograr los fines de un Estado Constitucional Social (nomenclatura que tomamos de Landa (2019)).

⁴⁷ SOSA SACIO, Juan Manuel. **Necesidades humanas básicas y fundamentación de los derechos:** Crítica a la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos. Saarbrücken: Académica Española, 2017, p. 93.



de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres promulgada en el año 2007 o en la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, entre otras.

La igualdad requiere un tratamiento especial, como bien lo ha expuesto Cassagne, pues implica definir su predicado: entre la igualdad formal (o ante la ley y en la ley) o material (o real, o de hecho)⁴⁸. Esta decisión no es una decisión nimia. La discrecionalidad administrativa pudiera establecer políticas basadas en una estricta igualdad en la ley o ante la ley que, finalmente, genera situaciones de desigualdad en la sociedad. Y, por otro lado, la adopción de un modelo de estricta igualdad material (que raye en el igualitarismo social) es excesivamente costoso e indeseable, pues la misma composición de la sociedad contemporánea y la competencia natural entre los seres humanos implicaría la necesidad de (re)configurar el estado de igualdad real establecido, además, acabaría con la espontaneidad social y distaría del establecimiento de la justicia social real y de la democracia y atentaría contra las libertades básicas⁴⁹.

El Tribunal Constitucional sostiene esta diferencia en los términos siguientes: la igualdad ante la ley prescribe que "la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma"; y la igualdad en la ley "implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales" y de requerir tal tratamiento diferenciado "el órgano en cuestión...debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable" (STC N° 0048-2004-PI F.J. 60).

Asimismo, el Supremo Intérprete de la Constitución distingue entre la igualdad como derecho fundamental y como principio (STC N° 0048-2004-PI, F.J. 58; STC N° 045-2004-PI, F.J. 20; STC N° 0606-2004-AA, F.J. 9, entre otras). En tanto derecho fundamental, la igualdad implica no que los ciudadanos deben ser tratados de igual modo, sino que implica el derecho de los mismos de que se trate "de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación" (STC N° 0048-2004-PI F.J. 59) (lo que deja ver una conexión con las formulaciones de H.L.A. Hart⁵⁰). En tanto principio, la igualdad "constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico" (STC N° 045-2004-PI, F.J. 20). En consecuencia, todo trato desigual deberá justificarse en los principios de razonabilidad

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. La dimensión social de la actividad administrativa y sus principios rectores. In. RODRGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 30-47, p. 31-32.

⁴⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. La dimensión social de la actividad administrativa y sus principios rectores. In. RODRGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 30-47, p. 32, 35, 38.

⁵⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. **Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)**. Zaragoza: REUS, 2016, p. 203.



y proporcionalidad (STC Nº 0606-2004-AA, F.F.J.J. 10-11⁵¹; STC Nº 045-2004-PI, F.J. 24). En conclusión, y retomando las consideraciones del profesor Cassagne, "es imposible observar la igualdad de trato en todas las adjudicaciones jurídicas (ya sean prestacionales o sancionatorias), la determinación de la desigualdad desemboca, finalmente, en el análisis de la valoración y contenido de las diferencias específicas"⁵².

Lo anterior tiene todo que ver con el contenido de la igualdad material o igualdad de oportunidades (art. 59 Const.) la cual propugna "el logro de... condiciones materiales mínimas de existencia debe motivar la intervención del Estado y la sociedad de manera conjunta para la consecución de este fin" (STC Nº 2945-2003-AA, F.J. 9). En ese sentido, "en aquellos casos donde el ideal de *igualdad material* no se logre mediante la sujeción a las reglas del mercado..., es necesario e indispensable que el Estado intervenga de manera excepcional" (STC Nº 0034-2004-AI, F.J. 14) (resaltado agregado, cursiva propia del texto citado).

4.1.4.4. De solidaridad

El principio de solidaridad no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución peruana de 1993. Sin embargo, sí lo está en leyes sectoriales sobre desarrollo de derechos fundamentales como la seguridad social de salud y pensión y es en estas materias en las que el Tribunal Constitucional ha tenido mayor oportunidad de desarrollar el contenido del principio, y, además, en materia tributaria.

Este principio cumple una función importante y es que prescribe y articula la redistribución de los recursos que financian las acciones asistenciales de las entidades y empresas públicas y de aquellas privadas que prestan servicios sociales.

Para Duguit, el derecho y el Estado están basados en la solidaridad social, esto es, el nombre que designa esta relación de "interdependencia" que existe entre todos los seres humanos y que estructura el orden social. A partir de ello, Duguit argumenta que no existe ser humano que tenga un derecho a la libertad, sino un "deber de desarrollar todo lo posible su actividad individual; puesto que su actividad individual es el factor esencial de la solidaridad por la división del trabajo"⁵³⁻⁵⁴.

⁵¹ Dice en esa sentencia el Tribunal Constitucional que el principio-derecho de igualdad constitucional "impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley)".

⁵² CASSAGNE, Juan Carlos. La dimensión social de la actividad administrativa y sus principios rectores. In. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 30-47. Y en CASSAGNE, Juan Carlos. **Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)**. Zaragoza: REUS, 2016, p. 35.

⁵³ JORGE COVIELLO, Pedro José. El principio de solidaridad en el Derecho Administrativo. Una visión personalista. In. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 49-80, p. 61.

⁵⁴ La Ley Nº 29344, Ley marco de aseguramiento universal en salud, define el principio de solidaridad como aquel: "conjunto de actos y normas orientados a compensar el costo de la atención a quien la necesite con el



En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que el principio de solidaridad prescribe el regula y sostiene normativamente el mecanismo del sistema público de pensiones (STC No 011-2002-AI, F.J. 14); o que, por acción de los mecanismos solidarios de la seguridad social no se puede dejar de prestar un servicio social por falta de aportes (STC No 06120-2009-AA; F.F.J.J. 13-18). Este razonamiento se aplica extensivamente y *a fortiori* a otros servicios sociales y hasta los públicos –en los términos que se han planteado-, lo que supone una conexión directa de este principio con el de continuidad de los servicios públicos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha referido sobre la solidaridad como aparejado a los derechos económicos, sociales y culturales, implícito en la eficacia horizontal de estos derechos, y por lo tanto no solo imputables al Estado sino también a la sociedad en su conjunto (STC No 00004-2010-AI; F.J. 13). De esa manera: “la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial” (F.J. 16).

Asimismo, el Tribunal Constitucional estableció dos deberes implícitos en el principio de solidaridad:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
- b) El deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales”.

4.1.4.5. De subsidiariedad

El principio de subsidiariedad adquiere una trascendental relevancia en las democracias actuales. Su contenido y formulación pueden reconducirse a la doctrina social de la Iglesia católica del s. XIX⁵⁵, de la que puede extraerse el contenido del principio de

aporte de los contribuyentes y del Estado. Se refiere al mecanismo de financiamiento mediante la compensación de los aportes entre grupos de diferentes edades, riesgos de enfermedad o segmentos económicos, entre otros” (art. 3.2). Lo mismo sucede con la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, en su art. 1. Con ello se pretende evidenciar que buena parte de la regulación de los servicios sociales se sustentan en mecanismos de solidaridad. Como también lo está el sistema previsional de la O.N.P.

⁵⁵ Y que fue construyéndose desde la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII de 1891, luego con la *Quadragesimo Anno* de Pio XI de 1931, pasando por *Mater et Magistra* de Juan XXIII, la *Centessimus Annus* de 1991 de Juan Pablo II, entre sus otras obras, y llegando al Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia del 2004, así como la *Caritas et Veritas* de Benedicto XVI. Véase: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico:** (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: ARA Editores, 2004. CASSAGNE, Juan Carlos. **DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PÚBLICO GENERAL:** Estudios y Semblanzas. Buenos



subsidiariedad: si en una organización, que pudiera como no estar ordenada de acuerdo al criterio de la jerarquía, el ente de un nivel inferior puede tomar una decisión o realizar una actividad determinada de manera más eficiente que el de un nivel superior, es el primero y no el segundo el que debe tomarla o realizarla, respectivamente. En la doctrina social de la iglesia, el principio se encuentra relacionado con el de dignidad-autonomía. Se afirma, en los términos de Pio XI en la Encíclica *Quadragesimo anno*, que el respeto y protección de la persona pasa por reconocer que

Como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos⁵⁶

Es, por tanto, un pilar institucional fundamental del Estado Constitucional contemporáneo en su faz social (cláusula de Estado Social) y en su régimen económico favorable a una Economía Social de Mercado.

En el ordenamiento peruano, el principio se encuentra reconocido en el art. 60 Const. y resultó una medida urgente dadas las condiciones en que la Constitución de 1993 *irrumpió* en la sociedad peruana de inicios de la década de 1990⁵⁷. El Tribunal Constitucional Peruano en STC N° 1535-2006-AA (F.J. 14), interpretando los alcances del principio, sostiene que:

el Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, implica, de un lado, un límite a la actividad estatal (no puede el Estado participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado) y, de otro, el reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado.

Aires: B de f. 2020. JORGE COVIELLO, Pedro José. El principio de solidaridad en el Derecho Administrativo. Una visión personalista. In. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración Tomo I**. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 49-80, quienes recurren constantemente a los documentos de la doctrina social de la Iglesia católica.

⁵⁶ Pio XI. **Quadragesimo anno**. Ciudad del Vaticano. 15 de mayo de 1930.

⁵⁷ KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **Derecho Constitucional Económico**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.



Las consecuencias normativas que pueden extraerse del principio son las siguientes⁵⁸:

En primer lugar, que el Estado no puede realizar actividad empresarial a menos que las condiciones del mercado de bienes y /o servicios de que se trate no genere incentivos para la participación de los particulares; y siempre que se adecúe las exigencias del art. 60 Const., a saber: ley expresa aprobada por el Poder Legislativo, alto interés público o manifiesta conveniencia nacional en la actividad empresarial.

En segundo lugar, el Estado puede realizar actividades generadoras de renta siempre y cuando esto no genere competencia con el privado. Caso contrario se configura una infracción al art. 60 Const. y al art. 14.3 Ley de Represión de la Competencia Desleal, D. Leg. 1044.

En tercer lugar, el Estado no puede intervenir mediante regulación en la economía sino solo cuando la medida que se adopte supere los exámenes de razonabilidad y proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad estricta) (STCN.º 8152-2006-PA; STC N° 0034-2004-PI, F.F.J.J 59-71.19), como en el caso de servicios públicos prestados por concesionario, sin dejar de lado la preferencia por la libre competencia.

En cuarto lugar, el Estado tiene un rol principal en la provisión de servicios públicos y sociales y en la promoción de la igualdad material (art. 58 Const.), pero ello debe darse en la medida en que no compita con los particulares. Por ello, son necesarios filtros y requisitos para el acceso al y permanencia en el goce de los beneficios de programas sociales o de entidades públicas que prestan servicios sociales que muchas veces se manifiestan en las clasificaciones socioeconómicas realizadas por el SISFOH.

El caso de los adultos y las adultas mayores: Pensión 65 y Red Amachay

Con este bagaje teórico y normativo, resta la culminación de este trabajo con la evaluación de esta función social del Estado y, por tanto, de la Administración en el caso de los adultos y las adultas mayores de 65 años. Dada la extensión del artículo, se presentarán los resultados de la investigación realizada contrastados con las hipótesis iniciales de este trabajo.

En el desempeño de su función social, el Estado peruano ha implementado dos estrategias. El primero es el Programa Nacional de Asistencia Solidaria-Pensión 65, instituido por D.S. N° 081-2011-PCM en 2011 y que fue creado para "otorgar subvenciones económicas a los adultos en condición de extrema pobreza" mayores de 65 años (art. 1 del D.S. N° 081-2011-PCM). Y el segundo y más reciente (2020), la Red de Soporte para Adultos Mayores de Alto Riesgo y Personas con Discapacidad Severa (AMACHAY),

⁵⁸ El listado que sigue se extrajo de las reflexiones de: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico:** (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: ARA Editores, 2004, p. 111-115. KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993.** Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 59-60.



implementada recientemente en 2020 en el contexto de la pandemia por Covid-19 articulando entidades públicas, entre ellas, el Ministerio de Salud (MINSA), el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, entre otras, para brindar una atención rápida a quienes no podría acceder al beneficio de Pensión 65 y al Programa Contigo (dedicado a la atención de personas con discapacidad).

De las memorias del Programa Pensión 65 publicadas entre los años 2015 y 2018⁵⁹ y la información a la que se tuvo acceso para los años 2019 y 2020⁶⁰, es posible afirmar que el programa Pensión 65 ha desempeñado adecuadamente sus funciones dentro del marco de acción al que ha llegado. Se observó que de los 501 681 usuarios que atendía en 2015 aumentó a 544 202 en el 2018, no obstante haber un descenso respecto al 2017, y que, de igual manera los puntos de pago de las subvenciones. Los usuarios del 2018 se han mantenido al 2019, pues no ha habido incremento presupuestal para el 2019. El siguiente cuadro muestra la información que se acaba de presentar.

Asimismo, para el año 2020 se tiene que hasta la fecha de presentación de la tesis en que se basa este artículo, Pensión 65 reportó que ofrecía su atención a 335 644 usuarios o familiares que cuentan con teléfono fijo o celular, empezando el 14 de marzo del 2020, fecha en que se declaró el inicio de la epidemia por COVID-19 en el Perú.

Como se vio en la parte teórica de este artículo, un Estado Social tiene un componente organizacional e institucional que prescribe la implementación de entidades prestadoras de servicios públicos y sociales ya sea de manera directa como indirecta, pero siempre y en todo caso, una institucionalidad adecuada, capaz de asistir oportunamente. Pensión 65 es una prueba de cómo el Estado peruano ha llevado esto a cabo. Sin embargo, se ha registrado evidencia de que aun cuando esto es así y Pensión 65 ha llevado a cabo su labor adecuadamente, su acción no ha sido suficiente. Y esto se debe a dos motivos. El primero es que, a pesar del esfuerzo del Programa, la población objetivo presenta ciertas características fisiológicas y biológicas, además del abandono y la violencia que sufren en muchos casos que los hacen acreedores a una atención diferenciada y pormenorizada, integral y que pueda ser adecuadamente recepcionada, en el sentido de que debe ser el programa el que realice una labor de identificación del

⁵⁹ Programa Nacional de Asistencia Solidaria – Pensión 65. (2016). MEMORIA ANUAL 2015. (P. N.–P. 65, Ed.) Lima. Obtenido de <https://www.pension65.gob.pe/wp-content/uploads/2018/06/MEMORIA-2015.pdf>. Programa Nacional de Asistencia Solidaria – Pensión 65. (2017). MEMORIA ANUAL 2016. (P. N.–P. 65, Ed.) Lima. Obtenido de <https://www.pension65.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/MEMORIA-2016.pdf>. Programa Nacional de Asistencia Solidaria – Pensión 65. (2018). MEMORIA ANUAL 2017. (P. N.–P. 65, Ed.) Lima. Obtenido de <https://www.pension65.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/MEMORIA-2017.pdf>. Programa Nacional de Asistencia Solidaria – Pensión 65. (2019). MEMORIA ANUAL 2018. (P. N.–P. 65, Ed.) Lima. Obtenido de <https://www.pension65.gob.pe/wp-content/uploads/2019/12/MEMORIA-ANUAL-2018-P65.pdf>.

⁶⁰ Programa Nacional de Asistencia Solidaria - Pensión 65. (2020). Acompañamiento a las personas usuarias de Pensión 65 frente a la Emergencia Sanitaria por COVID-19. Lima: Elaboración del Programa Nacional de Asistencia Solidaria - Pensión 65.



potencial beneficiario/a y debe asegurarse de que podrá acceder permanentemente al servicio, método que se hace más urgente en los tiempos del llamado *Gobierno Digital*, además de las campañas de vacunación, alfabetización que se realizan. Esto último lleva al segundo motivo. El "Diagnóstico Red De Soporte Para Las Personas Adultas Mayores Con Alto Riesgo Y Las Personas Con Discapacidad Severa" (en adelante, "Informe Eurosocial"), bajo la autoría de Fortes Valdivia, ha identificado como los mayores impedimentos de las personas adultas mayores (además de las ya mencionadas características fisiológicas y biológicas de la población) las brechas digitales, las brechas de acceso (sobre todo a los puntos de pago de la subvención) y la descentralización del beneficio.

Se tomó como caso de contrastación las brechas digitales. Uno de los problemas que ha aquejado al Estado peruano en el devenir del modelo económico de la Constitución de 1993 el del crecimiento con desarrollo. El Perú crece, pero eso no se ha visto acompañado de una reducción de brechas sociales⁶¹. En el caso del sector Telecomunicaciones, se aprecia que este sector ha sido dejado a la libre competencia (por Ley N° 26285, D.L. N° 702 y el D.S. N° 013-93-TCC). Esta libre competencia parecía que podría resolver el problema del alcance, pero las telecomunicaciones parecen no haber llegado a las zonas rurales del país, como lo confirma el Informe de Eurosocial. Los adultos mayores de 65 años de zonas más alejas a la ciudad, han quedado por fuera.

Como respuesta a esta situación y a la pandemia, se creó la Red Amachay, cuyas características fueron mencionadas líneas arriba. Con su puesta en escena un sector criticó la implementación de la Red, pues se proponía que el presupuesto de esta se empleara, en vez, en hacer más efectiva la acción de Pensión 65. No obstante, el día 30 de noviembre del 2020, el MIDIS recibió el Premio 2020 Buenas Prácticas en Gestión Pública de la organización Ciudadanos al Día⁶², justamente por esta iniciativa. Iniciativa que el Informe Eurosocial recomienda hacer permanente, pues fue pensada como una medida transitoria.

Para culminar este apartado, resta mencionar cuáles son las funciones y los servicios prestados por la Red Amachay, a fin de hacer evidente su importancia: Consejería de prácticas saludables y orientación para prevenir el contagio y mitigar los efectos de la infección por COVID-19, según protocolo establecido por el Ministerio de Salud.

- "Identificación de signos de alarma para la infección por COVID-19".

⁶¹ Prueba de ello se encuentra en el estudio realizado por BLOUIN, Cécile; TIRADO RATTO, Érika, MAMANI ORTEGA, Francisco. **La situación de la población adulta mayor en el Perú: Camino a una nueva Política.** Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2018. BANCO MUNDIAL; Disponible en <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/11/23160106/publicacion-virtual-pam.pdf>. **Perú Panorama general.** Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/peru/overview>. Último acceso: 7 nov. 2020.

⁶² Oficina Nacional de Comunicación Estratégica. **Ministra Silvana Vargas: "Amachay sienta las bases para implementar una red de protección social en territorio".** Disponible en <https://www.gob.pe/institucion/midis/noticias/318578-ministra-silvana-vargas-amachay-sienta-las-bases-para-implementar-una-red-de-proteccion-social-en-territorio?fbclid=IwAR0-KoIDY4O9YE4rFTZILT03JBoAkOefOmTsiAA02KXPYzJ8pgKMUuafs-GA>. Último acceso: 02 dic. 2020.



- “Inmunización (neumococo e influenza, según esquema de vacunación vi-gente) ”.
- “Seguimiento de casos probables e investigación de contactos dentro del do-micio (intradomiciliarios)”.
- “Identificación y gestión de alertas sobre situaciones de riesgo en la pobla-ción objetivo (sospecha de COVID-19, riesgo de abandono, presunta situa-ción de violencia y necesidad de alimentos) ”.

6. CONCLUSIONES

- 1) Cuando se habla de función social de la Administración y/o del Estado, de lo que se habla es de una postura con un bagaje ideológico y político marcado por un proceso de transformación social según el cual el Estado está obligado a adoptar una cierta actitud frente a la sociedad o realizar determinadas acti-vidades. En ello tiene su origen el Estado Social de Derecho, que propugna la materialización o realización activa y positiva de los valores que estaba explí-citos en el Estado liberal burgués, pero que quedaron en una simple declaración de buena voluntad. Esta función social de la Administración se expresará en las actividades de policía, de fomento, de prestación y de planificación, las que han adquirido una nueva forma de ser entendidas y aplicadas
- 2) El Estado peruano es un Estado de faz Social por mandato de la Constitución de 1993. De entre todos los principios que acompañan esta cláusula, la igualdad en sentido material, el de solidaridad y el de subsidiariedad son los más tras-cendentales. El de la igualdad porque es aquí más evidente esta idea de “hacer real lo implícito en el Estado de Derecho”. El de solidaridad porque recoge en la constitución el complemento de la idea de justicia distributiva subyacente al principio de igualdad y hace explícito esta vinculación de todos los miembros de la sociedad. Finalmente, el de subsidiariedad por cuanto es la forma en que el ordenamiento peruano resuelve el dilema Estado-sociedad, en favor del equi-librio entre la clásica (liberal) división entre lo público y lo privado.
- 3) El reconocimiento de un Estado Social no es carta abierta al colectivismo. La Constitución de 1993 ha armonizado los valores del Estado Social con los del Estado liberal y ha alineado el régimen económico a los postulados del neoli-beralismo, por loque en la Constitución, el bienestar, el máximo desarollo de la dignidad humana ha sido programado ser alcanzado por medio del ejercicio de las libertades económicas y de la autonomía privada.
- 4) La forma en que el Estado peruano se ha organizado para atender a la población de los adultos y las adultas mayores se ha manifestado en el Programa Pensión 65, sin embargo, ello no ha sido suficiente para poder cerrar las brechas sociales



aun latentes luego de poco menos de 20 años de vigencia de la Constitución ni de 9 años de creado el programa. Ello se debe a que, en ciertos casos, como en el sector telecomunicaciones, el principio de subsidiariedad fue entendido como una suerte de *laissez faire, laisse passer*. Esta no debiera ser la forma de entenderlo, pues el principio de subsidiariedad solo impone barreras a la actuación distorsionante del Estado en la economía y garantiza el respeto a las libertades individuales, pero la misma Constitución impone una actuación en pos de la consecución de la igualdad de oportunidades.

Son pertinentes también las siguientes recomendaciones:

- 1) A largo plazo, el Estado peruano debe poner énfasis en las mejoras en la articulación de los sectores y de las entidades públicas más cercanas a la población más vulnerable, poniendo acento en una política de previsibilidad basada en la idea de sistematización y de comunicación interinstitucional (como lo ha hecho con la Red AMACHAY, emprendimientos que debería replicarse en la atención de todos los grupos sociales) que haga posible una atención más eficiente y una descentralización del bienestar.
- 2) A mediano plazo, el Estado peruano debería contemplar la elaboración e implementación de una política más eficaz y más digna de empleabilidad, que debe estar respaldada por una política de educación que propugne un mejor desarrollo de capacidades, así como una política más fuerte de promoción del ahorro y de erradicación de la informalidad que permita que las personas tener recursos suficientes para poder sustentarse y solventar su vejez.

7. REFERENCIAS

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico:** (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: ARA Editores, 2004.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, & A.A.V.V. **Neoconstitucionalismo y sociedad.** Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

BANCO MUNDIAL. **Perú Panorama general.** Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/peru/overview>. Último acceso: 7 nov. 2020.

BLOUIN, Cécile; TIRADO RATTO, Érika, MAMANI ORTEGA, Francisco. **La situación de la población adulta mayor en el Perú:** Camino a una nueva Política. Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2018.

CAMERON, Rondo; NEAL, Larry. **Historia Económica Mundial:** Desde el paleolítico hasta el presente. Cuarta edición. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. La dimensión social de la actividad administrativa y sus principios rectores. In. RODRGIEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la**



Administración Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 30-47.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo).** Zaragoza: REUS, 2016.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo y Derecho público general:** Estudios y Semblanzas. Buenos Aires: B de f. 2020.

CHANAMÉ ORBE, Raúl. Constitución Económica. **Derecho & Sociedad.** Lima, n. 40, p. 43-63. CONTRERAS CARRANZA, Carlos. **La economía pública en el Perú después del guano y del salitre: crisis fiscal y élites económicas durante su primer siglo independiente.** Lima: Banco Central de Reserva; IEP Instituto Estudios Peruanos. 2012.

GARRIDO DEL TORAL, Andrés. Constitución de Querétaro. In GALEANA, Patricia; CASTAÑEDA SABIDO, Fernando; JÁUREGUI, Luis; ÁLVARO, Matute; PANI, Érika; POZAS HORCASITAS, Ricardo; RUEDA SMITHERS, Santiago; SANTANA HERNANDEZ, Adalberto; SEMO, Enrique; DE VEGA ARMIJO, Mercedes; VILLEGAS MORENO, Gloria (Orgs.). **Querétaro de la Constitución. Constitución de Querétaro.** Primera edición. México DF: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. 2015.

HERNANDO NIETO, Eduardo. ¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional? **Pensamiento Constitucional.** Lima, vol. 4, n. 4, p. 37-54, 1997. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3297/3138>.

JORGE COVIELLO, Pedro José. El principio de solidaridad en el Derecho Administrativo. Una visión personalista. In: RODRGIEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración.** Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016. p. 49-80.

KERSTENETZKY, Celia Lesa. **El Estado de Bienestar en la edad de la razón.** Edición electrónica. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

KRESALJA, Baldo; OCHOA, César. **El régimen económico de la Constitución de 1993.** Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

LANDA, César. Constitución y economía en el constitucionalismo peruano. In: ÁVILA, Lorena (Coord.). **Constitución y economía:** Justicia constitucional y derechos fundamentales. Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2019. p. 191-210.

MARTÍNEZ RODERO, Ana. La gran depresión, el new deal y el trabajo social. **Antropología experimental.** Jaén, n. 17, p. 357-374. Ago. 2017.

MARTÍNEZ RANGEL, Rubí; SOTO REYES GARMENDIA, Ernesto. El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. **Política y Cultura.** Ciudad de México. n. 37, p. 35-64.



MEIL LANDWERLIN, Gerardo. El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, n. 42, p. 211-225, nov/dic. 1984.

MILLA BATRES, C. **Compendio Histórico del Perú, vol. VI**. Lima: Editorial Milla Batres, 1993.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. El compromiso de cese en el derecho administrativo sancionador: una estrategia concertada en materia sancionadora. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; HERNÁNDEZ, Miguel; ELIZALDE JALIL, Marco; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (Editores). **Régimen Administrativo Sancionatorio**: En homenaje a José Luis Meilán Gil. Ecuador: Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA, 2018.

PÍO XI. **Quadragesimo anno**. Ciudad del Vaticano. 15 de mayo de 1930.

RENOUARD, Cécile. La empresa: su función social y su rol en la sociedad. Fomentar y exigir. **Revista de Fomento Social**, Córdoba, n. 258, p. 277-293, jun. 2010. Disponible en doi:<https://doi.org/10.32418/rfs.2010.258.1925>.

RESTREPO ZAPATA, Juan David. La Constitución de Weimar (1919) ¿en medio de la crisis? Un análisis histórico a sus aspectos interventores, modernizadores y derechos sociales. **Estudios Internacionales**. Santiago de Chile. 50. 190. pp. 85-106, mayo/agosto 2018.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Cuatro ideas en torno a la función social de la Administración pública. In: RODRGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración**. Tomo I. Primera edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Marco conceptual de las actividades administrativas con dimensión social. In: RODRGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO RODRIGUEZ, Carlos; ZAMBRANO CETINA, William; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen (editores). **Función Social de la Administración**. Tomo I. Primera edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Universidad del Rosario, 2016.

SOSA SACIO, Juan Manuel. **Necesidades humanas básicas y fundamentación de los derechos**: Crítica a la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos. Saarbrücken: Académica Española, 2017.

VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.