

Tribunal  
Constitucional



REVISTA PERUANA DE  
**DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

Constitución Económica:  
Desarrollo, Medio Ambiente  
y Conflicto Social

**5** | NUEVA ÉPOCA | 2012  
Edición especial |

# SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 5, NUEVA ÉPOCA  
EDICIÓN ESPECIAL 2012

*Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social*

---

PRESENTACIÓN .....	13
--------------------	----

## ESTUDIOS

<b>Oscar Súmar Albuja</b> <i>Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico</i> .....	17
<b>Raffo Velasquez Melendez</b> <i>Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa</i> .....	35
<b>Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama</b> <i>Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión</i> .....	85
<b>Daniel Yacolca Estares</b> <i>Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú</i> .....	111
<b>Eddie Cóndor Chuquiruna</b> <i>Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional</i> .....	135
<b>Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez</b> <i>La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales</i> .....	147
<b>Areli Valencia Vargas</b> <i>Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano</i> .....	153
<b>José Francisco Gálvez</b> <i>El desarrollo del derecho indígena en el Perú</i> .....	181

<b>Vanessa Tassara Zevallos</b> <i>¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149º de la Constitución?</i>	203
<b>Nadia Iriarte Pamo</b> <i>Derechos colectivos de los pueblos indígenas</i>	219
<b>Juan Ramón Rivero Mejía</b> <i>Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas</i>	233
<b>Juan Carlos Ruiz Molleda</b> <i>Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios</i>	255
<b>Martha Cecilia Paz</b> <i>La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano.</i>	287
<b>Avigail Eisenberg</b> <i>El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá</i>	305

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

### 10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2005-2012)

1) <i>STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca. Por Evelyn Chilo Gutiérrez.</i>	315
2) <i>STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa. Por Cynthia Vila Ormeño.</i>	325
3) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos. Por Fabiana Orihuela Silva.</i>	333
4) <i>STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos. Por Jaime de la Puente Parodi.</i>	341
5) <i>STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDSESEP I. Por Aldo Blume Rocha.</i>	349

6) <i>STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez. ....	357
7) <i>STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.</i> Por Susana Távora Espinoza. ....	365
8) <i>STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez. ....	369
9) <i>STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.</i> Por Fabiana Orihuela Silva. ....	377
10) <i>STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.</i> Por Javier Adrian Coripuna. ....	385

## JURISPRUDENCIA COMPARADA

<b>Francisco Balaguer Callejón</b> <i>Crisis económica y crisis constitucional en Europa</i> .....	391
<b>Rolando Luque Mogrovejo</b> <i>La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i> .....	409

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

### NOTICIAS DE LIBROS

<b>Laura Rangel Hernández</b> <i>Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> .....	443
---	-----

### REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i> .....	457
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i> .....	459
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i> .....	461

# PROTECCIÓN DE LIBERTADES ECONÓMICAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: UN ANÁLISIS ESTADÍSTICO Y ECONOMÉTRICO

OSCAR SÚMAR ALBUJAR\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *¿Cómo son protegidas las libertades económicas por el Tribunal Constitucional?.* III. *El análisis costo-beneficio (ACB) revisado.* IV. *Derechos políticos vs. Derechos económicos.* V. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Perú tiene una historia fluctuante en lo que concierne a la violación y protección de libertades económicas. Sin embargo, sólo con el inicio de las funciones del Tribunal Constitucional -con la aprobación de la constitución de 1993-, comenzó la protección judicial de ésta clase de derechos. Antes de esto, no existía un camino formal, efectivo o institucionalizado para demandar por la violación de esta clase de derechos.

A pesar de la importancia y novedad de esta nueva vía de protección, la forma en la que el Tribunal protege los derechos económicos ha sido ignorada por los académicos peruanos. Nuestro objetivo es analizar el uso del *test de proporcionalidad* y revisar las diferencias entre derechos económicos y no económicos, en relación a la jurisprudencia del Tribunal. Para poder realizar este trabajo, primero vamos a mostrar datos extraídos de más de trecientos casos derivados en su totalidad de “Acciones de Inconstitucionalidad” y, a la par, -con la colaboración de dos asistentes- realizamos un análisis econométrico para

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico e investigador en el CIUP. Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho (LL.M) por University of California, Berkeley.

mostrar la correlación entre el uso del *test de proporcionalidad* o la naturaleza del derecho involucrado en el caso, en relación a la probabilidad de la demanda a ser declarada fundada por el Tribunal.

Esta investigación tiene dos conclusiones principales. La primera es que cuando el Tribunal Constitucional utiliza el *test de proporcionalidad*, las probabilidades de que la demanda sea fundada son mayores. El problema -si consideramos deseable este tipo de protección- es que el Tribunal usa el *test de proporcionalidad* en menos de la mitad de los casos y, cuando lo hace, lo usa de forma inapropiada. La segunda conclusión es que, cuando el Tribunal enfrenta una demanda sobre derechos económicos, las probabilidades de la demanda de ser fundada son menores. Esto es llamativo si se toma en cuenta que en Perú -formalmente- no existe diferencia entre la importancia de los derechos fundamentales.

La investigación se divide como sigue. La primera parte está dedicada a explicar las características del sistema judicial peruano y la manera como se emplea para proteger los derechos económicos. Esto es importante por las peculiaridades de nuestro sistema. En la segunda parte, analizamos el uso del *test de proporcionalidad* enfocándonos en el Derecho peruano, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este último punto, explicaremos la conclusión mencionada con anterioridad, sobre cómo el uso del *test* afecta el comportamiento del Tribunal. La tercera y última parte se dedica a observar la diferencia sobre el tratamiento de derechos económicos y no económicos. En esta parte, luego de establecer la diferencia teórica entre las dos; usaremos casos e información para arribar a la segunda conclusión sobre cómo la naturaleza de la demanda puede alterar la decisión del Tribunal.

## II. ¿CÓMO SON PROTEGIDAS LAS LIBERTADES ECONÓMICAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

### 2.1 *Estructura del sistema judicial peruano: Poder judicial y Tribunal Constitucional*

En Perú tenemos algo así como dos cortes supremas operando simultáneamente: una es parte del Poder Judicial (la Corte Suprema) y la otra es el Tribunal Constitucional (una corte independiente). Ambas derivan su autoridad de la propia Constitución. Una está destinada a resolver casos relacionados con la interpretación de leyes y la otra aplica una interpretación constitucional. En la práctica, ambos tipos de interpretaciones tienden a superponerse, por ende la distinción de sus funciones es más teórica que real.

Existen, sin embargo, dos formas claras de distinguir la función y el poder relativo de estos organismos. Una es la posición relativa de ambas cortes en un proceso dado. El Tribunal Constitucional tiende a tener la última palabra en algunos procesos, por ejemplo, el *Proceso de Amparo*, donde la Corte Suprema actúa como corte de apelaciones; y el Tribunal Constitucional revisa las decisiones, gracias a una suerte de apelación calificada o casación llamada “Recurso de Agravio Constitucional”. La otra forma son las *Acciones de Constitucionalidad*. Este tipo de proceso es característico de países que tienen un Tribunal Constitucional. Gracias a este proceso, una norma puede ser desafiada como inconstitucional en términos “abstractos”, esto es, sin que se hayan violados los derechos de una persona o grupo en su aplicación. Existen, claro, restricciones sobre quién puede presentar una demanda en este proceso. Pero, fuera de eso, este proceso le da al Tribunal un gran poder, similar al del Congreso de la República, desde que el Tribunal es la única instancia en este tipo de procesos.

## 2.2 *Las maneras de proteger libertades económicas: Acciones de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad (control difuso y control concentrado)*

Tal como dijimos, el Tribunal puede proteger los derechos de los ciudadanos de dos maneras: una en casos particulares, en los cuales el Tribunal evalúa los hechos de un caso singular, basado en las peticiones de los ciudadanos cuyos derechos han sido violados (*control difuso*); y, la otra manera es un proceso “abstracto” en el cual no se demanda por la violación de un derecho en particular, pero sí se cuestiona la validez de una norma (*control concentrado*). Estos diferentes mecanismos son aplicables sin importar la naturaleza del derecho o de la norma en cuestión. En ese sentido; ambos, el *control difuso* y *concentrado*, pueden usarse para proteger libertades económicas.

A pesar de eso, los efectos de ambos tipos de procesos son muy diferentes. El *control difuso* tiene efectos sólo entre las partes involucradas en el proceso, salvo que el Tribunal decida que la decisión sea un *precedente obligatorio*. Por otro lado, en el *control concentrado*; el efecto de la decisión es general. Si la ley es declarada inconstitucional, ésta pierde sus efectos en todo el territorio peruano, para todas las personas, en cualquier circunstancia. Como se puede observar, el *control concentrado* le da al Tribunal Constitucional un poder muy grande. En esta investigación, estamos estudiando sólo el último tipo de proceso mencionado, con un especial énfasis en procesos en los cuales un derecho económico ha sido protegido.

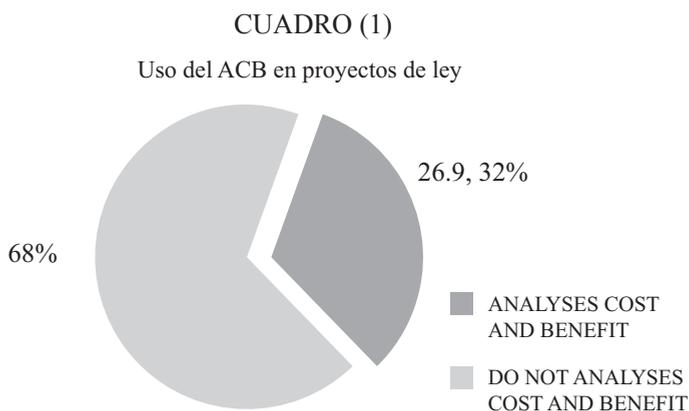
En mayor detalle, al proteger una libertad económica, el Tribunal puede basar su decisión en la consistencia de la regla con el resto del sistema legal (especial-

mente, en una norma Constitucional) o la eficiencia de la norma misma<sup>[1]</sup>. En la siguiente parte, nos concentraremos en el uso del *análisis costo-beneficio*, particularmente en el *test de proporcionalidad* como herramienta para resolver casos.

### III. EL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO (ACB) REVISADO

#### 3.1 *El análisis costo-beneficio en el Derecho peruano*

El ACB no es un concepto ajeno a la ley peruana. Durante años, las regulaciones del Congreso de la República establecían que las legislaturas deberían usarlo obligatoriamente, siempre que se presentara un proyecto de ley. El ACB, en este caso, es usado en el sentido técnico. Sin embargo, su uso por parte del Congreso ha recibido innumerables críticas, sea porque tiende a considerar solamente costos monetarios directos -pero no costos de oportunidad- o incluso por no realizar el ACB en absoluto.



Los organismos reguladores establecidos en la década de los noventa también utilizan el ACB. En un modo menos directo, otras partes del sistema legal adoptaron la idea de analizar costos y beneficios. Por ejemplo, algunas sanciones administrativas se daban solamente si las conductas tenían más costos que beneficios para la sociedad. Esa es la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón.

[1] CALABRESI, Guido. "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts". En: *Stanford Law Review*, Vol. 55, No. 6 (Jun., 2003), pp. 2113-2151

No obstante lo anterior, los jueces en Perú se han negado al uso de ACB para resolver casos. En general, ellos podrían ser mejor clasificados como “doctrinarios”, antes que pragmáticos<sup>[2]</sup>. Las consideraciones funcionales (*i. e.* consecuencias de decisiones particulares) son entendidas como materia de política pública y no judicial. Los jueces se ven a sí mismos (y son vistos por otros, políticos y profesores de Derecho) como ejecutores de las normas que ya están establecidas y no como creadores de ellas. Siendo esto así, el ACB no ha sido utilizado por los jueces, incluso en el sentido más amplio (como criterio para resolver casos, evaluando *pros y contras*)<sup>[3]</sup>.

Esta característica fue alterada por el Tribunal Constitucional. Primero con cierta cautela y luego con -probablemente demasiada- audacia, el Tribunal usó el *test de proporcionalidad* para resolver casos.

### 3.2 El ACB en el ámbito constitucional: test de proporcionalidad

El *test de proporcionalidad* usado por el Tribunal -al menos en los últimos años- consiste en tres sub-tests: (i) test de adecuación; (ii) test de necesidad y ;(iii) test de proporcionalidad en el sentido estricto.

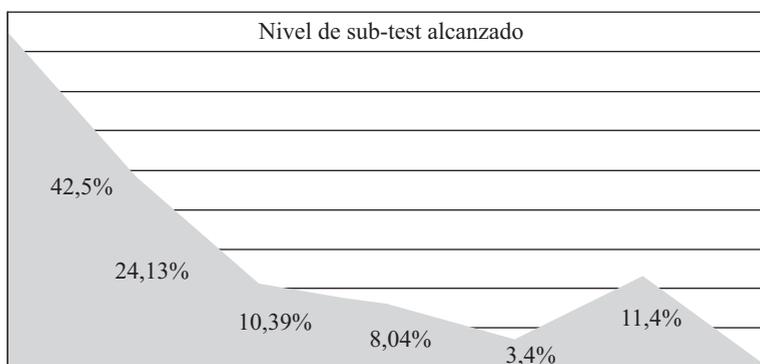
- (i) El primer *sub test* consiste en evaluar si la norma es apropiada para alcanzar su meta. Por ejemplo, si una norma busca reducir la informalidad, una tarifa no es la manera apropiada de lograrlo, porque las tarifas típicamente tienden a elevar la informalidad, por el incentivo de mercados negros. En contraposición, una norma que pone una multa a los informales, es la manera apropiada de lograr la reducción de la informalidad.
- (ii) Ser “adecuada” no es suficiente para pasar el *test de proporcionalidad*. Una norma puede ser adecuada, pero pueden existir métodos igualmente adecuados para lograr la misma meta y estos métodos alternativos pueden ser más “baratos”. En el mismo ejemplo, una exoneración del pago de impuestos puede incrementar el número de personas incorporadas a la economía formal, con menos costos para la sociedad que las imposiciones de multas, dada la reducción de costos administrativos. Esta parte del test es equivalente al *análisis costo-efectividad*, un test económico alternativo que, en manos del Tribunal, es una parte del test más amplio llamado “test de proporcionalidad”, incluye también el tradicional ACB.

[2] POSNER, Richard. *How Judges Think*. New York: Harvard University Press. 2008.

[3] POSNER, Eric A.. “Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective”. En: *University of Chicago Law Review*, 68 U. Chi. L. Rev. 1137. 2001.

- (iii) Precisamente, la última parte del *test* es el ACB por sí mismo. Una norma puede ser “adecuada”, puede ser “necesaria”, pero aún así puede ser muy costosa en relación a sus beneficios. Por ejemplo, si consideramos las ganancias sociales de la formalidad, podrían no ser suficientes para justificar las exoneraciones tributarias en aras de conseguirla.

Aparte de esto, el uso del *test* por el Tribunal Constitucional sigue limitado a un determinado número de casos (solo el 47% de los casos analizados utilizaba el *test* de proporcionalidad). Además, el Tribunal utiliza el *test* de manera limitada en gran parte de los casos que analiza (Cuadro 2). En la mayoría de ellos, la Corte sólo menciona los *sub-tests* descritos líneas arriba, pero sin profundizar el análisis.



Como se puede apreciar, el grueso de los casos solo menciona el *test* (42,5%), sin llegar a utilizar alguno de los *sub-tests*. El 24% menciona el *sub-test de adecuacion*, sin realmente desarrollarlo. El 10,39% desarrolla el *sub-test de adecuacion*. El 8,04% -ademas de lo anterior- menciona el *sub-test de necesidad*, pero sin desarrollarlo. El 3,4% -ademas de los pasos anteriores- desarrolla el *test de necesidad*. El 11,4% -ademas de los pasos anteriores- menciona el *sub-test de proporcionalidad en sentido estricto*. Ninguna de las sentencias analizadas desarrolla el *sub-test de proporcionalidad en sentido estricto* (j).

### 3.3 El Test de Proporcionalidad y su relación con la protección de libertades económicas: nuestros hallazgos

Hemos encontrado, luego de un estudio de 321 observaciones, que el uso del *test* (en cualquiera de sus etapas) eleva la probabilidad de que la demanda sea fundada por el Tribunal. El efecto marginal luego de la decisión para ser positivo es de 43% con más de 95% de confianza.

### 3.4 Explicando los resultados

Desde que el uso del *test* supone medir la “eficiencia”, el uso del mismo puede afectar el resultado de un proceso porque:

- (i) Las normas analizadas tiendan a ser ineficientes; o,
- (ii) El uso del *test* tiende a prevenir la captura de la Corte por grupos de interés.

En relación al primer punto, no tenemos razones para creer que la nueva legislación es menos eficiente que la anterior, que sería aplicada de otra manera. En relación con la segunda explicación posible, de manera similar, los grupos de interés pueden estar apoyando la permanencia de la anterior legislación o su reemplazo, por tanto no hay razón particular para creer que este resultado del proceso es más probablemente un signo de independencia de la Corte<sup>[4]</sup>.

Tomen el caso de los aranceles en la importación de cemento. Una norma redujo el arancel y la industria nacional demandó ante Tribunal, dado que la regulación afectaba a sus propios derechos de “competir en condiciones de equidad”. El Tribunal declaró fundada la demanda. Éste caso –por ejemplo- no es consistente con la eficiencia económica y hay razones para pensar en la influencia del grupo que representa a los importadores nacionales de cemento en el resultado del proceso<sup>[5]</sup>.

Sin embargo, en áreas del comercio originalmente desreguladas, la nueva regulación tiene en su contra una presunción de ineficiencia. Es decir, la regulación del mercado debe estar siempre justificada. En este escenario, se podría pensar que los tribunales, al desregular industrias o áreas de la Economía, actúan de manera eficiente, lo cual es compatible con el uso del *test*.

Una explicación alternativa que proviene de la teoría de la argumentación: es que el Tribunal ya ha tomado una decisión antes de aplicar el *test* y que sólo lo usa para justificar dicha determinación. Esta explicación, asume que el Tribunal considera al *test* sólo como una buena forma de justificar sus decisiones. Esta explicación es compatible, además, con la presunción a favor de la constitucionalidad de las normas legales. A saber, dada esta presunción, el Tribunal requiere fundamentar más extensamente las decisiones “fundadas”, es decir, que declaran inconstitucionales las normas, por lo que requerirían hacer uno de herramientas argumentativas como el *test de proporcionalidad*.

[4] ELHAUGE, Einer R.. “Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?”. En: The Yale Law Journal, Vol. 101, No. 1 (Oct., 1991), pp. 31-110.

[5] STC 03116-2009-AA.

Esta explicación, sin embargo, no nos dice mucho acerca de por qué el *test* sería elegido entre otros posible “argumentos” y tampoco nos provee de una base para predecir la frecuencia ni extensión del uso de dicha herramienta.

#### IV. DERECHOS POLÍTICOS VS. DERECHOS ECONÓMICOS

En esta parte, vamos a mostrar la diferencia de trato entre derechos económicos y políticos. Para hacerlo, vamos a entender que un derecho es de naturaleza económica cuando se refiere a propiedad, contratos, asociaciones comerciales, libertades de empresa, libertades industriales o comerciales y, que será “político” cuando se refiera a cualquier otro derecho constitucional enunciado en el artículo 2 de la Constitución peruana<sup>[6]</sup>.

##### *4.1 Divergencia en el manejo de derechos económicos y políticos: casos*

*“La distinción dominante hoy en día es entre “libertades o derechos fundamentales”, por un lado, y todos los demás derechos subordinados, por el otro. Las libertades económicas y los derechos de propiedad, están claramente ubicados en la categoría de subordinados”<sup>[7]</sup>*

Así, los derechos económicos son tratados de forma diferente y esto se pueden verificar en dos aspectos: por un lado, el Tribunal se considera a sí mismo incompetente en muchos casos para analizar su violación y, por otro lado, los considera “sustancialmente” menos importantes que otros derechos constitucionales.

##### *4.1.1 Incompetencia*

En el caso contenido en el expediente 04446-2007-AA, una empresa de transportes demanda que la Municipalidad ejecute una ordenanza que les permite utilizar terminales distintos al de la Municipalidad, diciendo que su negativa afecta sus derechos al trabajo y a la libertad de empresa.

El Tribunal Constitucional resuelve el caso diciendo que las personas jurídicas no pueden demandar en procesos de amparo y que intereses económicos como esos deben ser vistos en la “vía ordinaria” (procesos civiles o comerciales).

---

[6] El artículo 2 de la Constitución peruana contiene una larga lista de derechos, incluyendo: vida, libertad, igualdad, debido proceso, entre otros.

[7] EPSTEIN, Richard. “Toward a revitalization of the Contract Clause”. En: *Chicago Law Review* 51. 1984.

*“Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinarán al fin de cuentas a estas personas naturales y en proporción de sus aportes. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta prima facie que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. (...)” (F. J. 4).*

Esta reciente decisión del Tribunal Constitucional –así- excluyó la posibilidad de defensa de derechos económicos vía amparo por parte de personas jurídicas. Esto, en términos prácticos, casi excluía la posibilidad de protección de derechos económicos en general, dado que la mayoría de demandas destinadas a la protección de derechos o libertades económicas son interpuestas, precisamente, por personas jurídicas. Siendo que los derechos económicos son derechos Constitucionales, no hubiera sido apropiado que el Tribunal Constitucional los excluya de su ámbito de protección de una manera tan radical. Felizmente, el Tribunal revirtió su decisión en casos posteriores (STC 01881-2008-AA).

En relación con su capacidad para resolver casos que implican el conocimiento de herramientas económicas, el Tribunal dijo que:

*“Debe quedar precisado que este tipo de controversias jurídicas no pueden ser dilucidadas a través del presente proceso Constitucional, dada la naturaleza de tutela de urgencia y a la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional o el juez Constitucional, en el marco de un proceso como el amparo, puedan realizar una actividad probatoria compleja. Más aún si, usualmente, para este tipo de controversias se requiere de la realización de análisis económico y jurídicos-económico, tal como lo han señalado los expertos que han informado en el proceso (...)” (STC 01963-2006-AA, F. J. 14).*

#### *4.1.2 Los derechos económicos son menos importantes.*

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“(...) tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se sujeten a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que*

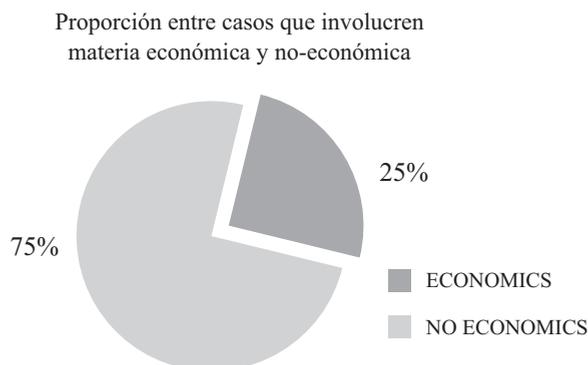
*en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de Constitucionalidad” (STC 2579-2003-HD, F. J. 6).*

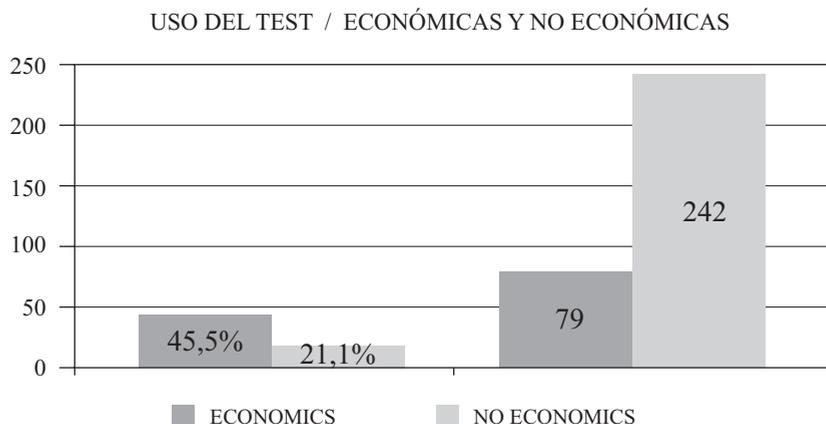
Y esto ha sido reafirmado en casos y políticas particulares. En un caso, involucrando la imposición de propaganda política en la programación de canales de televisión en la época de elecciones, el Tribunal Constitucional aseveró que, aunque dicha imposición podía limitar el derecho económico de las televisoras a utilizar dichos minutos para vender publicidad comercial, dicha publicidad era sustancialmente menos importante que la información política, en la medida en que ésta contribuía a la formación de pluralismo y a la fortificación de la democracia.

Así, en este caso el Tribunal Constitucional señaló que:

*“(...) resulta evidente que cuando los recurrentes han efectuado los cálculos a efectos de pretender demostrar que la compensación con la reducción del canon resulta insuficiente para cubrir los costos de la franja electoral, lo han hecho desde una perspectiva única y exclusivamente rentista o de lucro comercial, es decir, atendiendo a los costos de la publicidad televisiva y radial en el mercado. Olvidan, en consecuencia, que la franja electoral no puede ser concebida como si tuviera por objeto difundir ante la población peruana un producto o servicio más de los muchos que se distribuyen en el mercado bajo las reglas de la oferta y demanda, sino que se trata, a la luz de lo expuesto, de un medio para canalizar el pluralismo político, garantizar la igualdad y situar a las fuerzas partidarias en el más directo contacto con la mayor cantidad posible de ciudadanos, en momentos en los que la necesidad de viabilizar la información política partidaria alcanza su máxima expresión, esto es en los días más próximos al acto de sufragio” (STC 0003-2006-AI, F. J. 44).*

#### 4.2 Divergencias en el manejo entre derechos económicos y políticos: estadística





#### 4.3 Divergencia en el manejo entre derechos políticos y económicos: cálculos econométricos

Hemos encontrado, luego de un estudio de 321 observaciones, que el hecho de que una demanda sea de naturaleza económica disminuye sus probabilidades de ser declarada fundada por el Tribunal. El efecto marginal luego de la decisión tiende a ser positivo en 70.8%, con más de 95% de confianza.

#### 4.4 Explicando la divergencia

Existen pocos estudios sobre por qué los jueces tienden a considerar los derechos económicos menos importantes que los políticos. Uno de estos pocos autores ha sido precisamente un juez, nada menos que de la Corte Suprema de Estados Unidos que, además, es especialista en temas de análisis económico y –antes de convertirse en juez, cuando era profesor de Regulación Económica en Harvard– uno de los mayores propulsores de la desregulación: Stephen Breyer<sup>[8]</sup>.

Breyer identifica siete causas para esta falta de apego de los jueces respecto al análisis económico: cuatro de dichas causas son particulares de la Corte Suprema americana, pues tienen que ver con el particular diseño de sus procedimientos e idiosincrasia; pero las restantes tres sí son razones de fondo y –según el mismo Breyer– pueden ser extendidas a otras cortes.

[8] BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. AEI Brookings Distinguished Lecturer. 2003.

Las cuatro razones contingentes son las siguientes:

- (i) La La Corte Suprema de Estados Unidos no es “especializada”: todos los jueces ven todas las causas. Esto ocurre exactamente en el Tribunal Constitucional peruano. Nuestros jueces no están especializados en un solo tema. En contraste, no hay jueces en especializados en materias económicas dentro del Tribunal.
- (ii) El tiempo para resolver las causas es limitado. Esto no da mucho tiempo para que un juez involucrado en temas económicos convenza a sus colegas.
- (iii) Ligado a lo anterior, las opiniones disidentes son limitadas. Si bien el 22% de las decisiones en materias económica tienen votos singulares, el impacto de ellos en la protección de la mayoría de libertades económicas es cuestionable.
- (iv) Habitualmente los temas económicos son delegados por el Congreso a agencias regulatorias altamente especializadas. Esto inhibe a la Corte de ver los asuntos. Al elaborar la ley, además, se tiene por implícito que las resoluciones de los jueces no evalúan la perfección técnicas de las decisiones de los reguladores, sino solo si tiene una “razón aparente” detrás. Al hacer esto, se puede confiar en las líneas argumentativas de las agencias regulatorias, basado en un análisis más bien superficial, que no hace necesario ir al detalle de los tema económicos. Aunque existe, una aparente contradicción con lo encontrado en el cuadro(...), porque el Test de Proporcionalidad es usado más en materias no económicas que en materias económicas. Esto puede sugerir un mayor escrutinio, sin embargo, nosotros no tenemos suficientes detalles acerca de la manera en que la decisiones han sido analizadas.

Las razones más de fondo, por su parte, son las siguientes:

- (i) El Derecho necesita reglas simples. El típico ejemplo es el semáforo: la regla es “si está en rojo, no puedes avanzar”. Si decimos, “si está en rojo, no puedes avanzar, salvo que “X”, “Y”, “Z”, tribunal Constitucional”; el costo de administrar esa regla se convierte en uno muy elevado<sup>[9]</sup>. De acuerdo a Breyer, mayores conocimientos en Economía harían que uno vea las cosas menos “blancas o negras” y encontrara más matices. Estos matices nos harían hacer reglas graduales, no absolutas. Aquí discrepamos parcialmente de Breyer: es la propia Eco-

---

[9] CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven y Londres: Yale University Press. 1970.

nomía la que nos dice cuándo es más eficiente utilizar una regla más sencilla y cuándo una más compleja. Este problema habitualmente se ha resaltado como el que involucra a la “regla de la razón” o “regla *per se*”. La Economía no nos haría tender hacia “reglas de la razón” necesariamente, sino que nos ayudaría a identificar con mayor sustento cuándo usar una u otra reglas.

- (ii) Las cortes no saben Economía, eso es sabido; pero existe un problema en relación al uso de expertos o peritos en temas económicos. Un mejor uso de estos, haría que los casos involucrando en temas económicos sean mejor resueltos. Se podría pensar –por ejemplo– en peritos independientes que trabajen a tiempo completo en la Corte, en lugar de enviar a los jueces a seminarios de Economía.
- (iii) El Derecho desconfía de las cosas nuevas. Es parte de la esencia de un sistema judicial democrático, ser el derivado de lo que se podría entender como una “conversación” –en palabras de Breyer– entre la sociedad, los políticos, los grupos interesados, la academia y los jueces. Una opinión –así– debe estar bastante asentada en la sociedad antes de ser recogida como una decisión judicial. Las cortes, desde ésta perspectiva, no son un lugar para el activismo ideológico y ni siquiera para la innovación, cuando involucra asuntos que son parte de la cultura e idiosincrasia de una sociedad. El uso de la Economía dentro del Derecho supondría una innovación que atentaría contra este aspecto esencial del razonamiento judicial.

Desde otra perspectiva, sostenida por Antonin Scalia<sup>[10]</sup>, también *Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, podemos destacar que, de acuerdo con tradición católica, si bien enriquecerse no es un pecado, tampoco es una virtud. En nuestra conciencia están enraizados conceptos como “precios justos”, que llevaron a que existieran delitos como el de usura. Si creemos que los valores e ideología de las personas tienen influencia en la manera en que creen, interpretan y aplican normas, entonces debemos suponer que esta “susplicia” hacia los bienes materiales tiene una influencia en la extensión y contenido de la protección a los derechos económicos<sup>[11]</sup>.

[10] SCALIA, Antonin. “Economic Affairs as Human Affairs”. En: “Economic Liberties and the Judiciary”. En: *The CATO Journal* 4. 1985. Disponible en línea en: <http://www.cato.org/pubs/journal/cj4n3/cj4n3.html>

[11] *Ibidem*.

## V. CONCLUSIONES

De acuerdo a los objetivos de ésta investigación, el uso del *test de proporcionalidad* podría hacer que el Tribunal sea más propenso a declarar fundadas las demandas en general y podemos especular que esto sería más intenso en el caso de los derechos económicos, dada la relación entre libertades económicas y eficiencia. Si consideramos la eficiencia como meta para direccionar nuestras políticas públicas, el Tribunal la usará con más frecuencia.

Desde otra perspectiva –propuesta por Aranson–, sin embargo, no sería conveniente que los jueces tuvieran a la eficiencia como finalidad. El ser maximizadores de la eficiencia, en su visión, traería implícita la posibilidad de redistribuir las propiedades y derechos, con la misma base del propio proceso político. Esto, a su vez, convertiría a los jueces en *supra* legisladores, restándoles independencia frente a los grupos de interés y el propio Congreso. Por otro lado, esta visión basada en la eficiencia convertiría a los jueces en *planificadores*, lo que es paradójicamente ineficiente, basado en los estudios del desenvolvimiento del mercado sobre la base de precios, información y decisiones atomizadas<sup>[12]</sup>. Según este autor, las cortes se deberían limitar a respetar los derechos económicos –sobre la base de apreciaciones dogmáticas o de principio– ya que, en cualquier caso, de esta manera, en la gran mayoría de los casos, se llegará a la solución más eficiente<sup>[13]</sup>.

Consideramos, sin embargo, que esta perspectiva esta errada. Los jueces pueden ser -y a menudo son, creadores de leyes- sin importar el uso de la eficiencia como criterio para crear leyes. En el mismo sentido, los jueces pueden ser sujetos de interés para los grupos de presión y agentes involucrados en las disputas con otros poderes del Estado -y de nuevo- sin importar el uso de la eficiencia. Además, el uso del *test* se argumenta puede ser una medida en contra de la presión de grupos de interés, sobretodo si se utiliza de forma objetiva o técnica. En términos generales sobre el uso del *test*, pensamos que este tipo de discusión es prematura: como lo hemos demostrado, el Tribunal usa el *test de proporcionalidad* de manera muy informal. Esperamos, sin embargo, que este artículo contribuya al entendimiento que tiene el Tribunal sobre su propio uso del *test* y sobre las fuerzas ideológicas o económicas que guían su actuar. El ser mas consiente de esto, quizá, ayude a mejorar el uso que hace de estas herramientas.

---

[12] ARANSON, Peter. “Judicial Control of the Political Branches: Public Purpose and Public Law”. En: The CATO Journal 4. 1985. Disponible en línea en: <http://www.cato.org/pubs/journal/cj4n3/cj4n3.html>

[13] Ibidem

## ANEXO 1

### Modelo de regresión

Periodo de sentencias analizadas: 1996-2010

Muestra: 321 observaciones

Las variables que han sido tomadas en consideración son:

*Variable dependiente:* sentencia fue considerada fundada o parcialmente fundada y de otro modo.

*Variables independientes:*

Tipo de demandas: materias económicas y no económicas.

Tipo de demandado: 5 categorías

Alcance de la ley: 2 categorías

El uso del test de proporcionalidad: 3 categorías

El nivel de desarrollo del test: 6 categorías

Modelo que se ha utilizado es un PROBIT

Correlación de variables binarias (dicotómicas)

VARIABLE	ALCANCE	TIPO DE DEMANDA	USO DEL TEST CUANDO DEBIÓ UTILIZARSE Y CUANDO NO.	USO DEL TEST CUANDO EFECTIVAMENTE SE UTILIZÓ Y CUANDO NO.
Alcance	1			
Tipo de demanda	-.5092	1		
Uso del test cuando debió utilizarse y cuando no.	-.189	1	1	
Uso del test cuando efectivamente se utilizó y cuando no.	-.5444	1	1	1

**Modelo teórico**

$$y_i = \alpha + X_i \beta + \mu \quad i = 1, 2, 3 \dots 321$$

$$y_i = 1,$$

si la sentencia ha sido declarada fundada (FN) o parcialmente fundada (FP)

= 0, caso contrario

**Modelo empírico**

$$P[\text{Sent}_i=1 / \text{Cte} + (\text{tipo})\beta_{1i} + (\text{uso\_test})\beta_{2i} + \mu]$$

$$P[\text{Sent}_i=0 / \text{Cte} + (\text{tipo})\beta_{1i} + (\text{uso\_test})\beta_{2i} + \mu]$$

$\text{Sent}_i$  = La declaración de la sentencia

$\text{Cte}$  = Constante

$\text{Tipo}$  = Naturaleza de la demanda (económica – no económica)

$\text{Uso del test}$  = Forma como se utilizó (si, no, no debería utilizarse)

$\mu$  = Error teórico

Probit Sentencia, uso del test, tipo

Iteration 0: log likelihood = -200.67866

Iteration 1: log likelihood = -191.79

Iteration 2: log likelihood = -191.74912

Iteration 3: log likelihood = -191.74912

Probit regression	Number of obs =	321
	LR chi2(2) =	17.86
	Prob > chi2 =	0.0001
Log likelihood = -191.74912	Pseudo R2 =	0.0445

Sent.	Coef.	Std. Err.	z	P> z	[95% Conf. Interval]	
Uso_test	0.4377971	.1103703	3.97	0.000	0.2214752	0.654119
Tipo	-0.7075862	.2306998	-3.07	0.002	-1.15975	-0.255423
Cte	-0.7389382	.2133693	-3.46	0.001	-1.157134	-0.320742

El modelo en su conjunto tiene significancia estadística mayor al 99% de confianza.

### Signos

El uso del test aumenta la probabilidad que la sentencia sea FN O PF.

El naturaleza de la demanda económica disminuye la probabilidad que la sentencia sea FN O PF.

### Efectos marginales

El efecto marginal del uso del test de proporcionalidad sobre la sentencia sea declarada FN O FP es de 43.7% aproximadamente a más de 95% de nivel de confianza.

El efecto marginal de la una sentencia económica sobre la sentencia sea declarada FN O FP es de 70.8% a más de 95% de nivel de confianza.

Probit Sentencia etapa3 tipo

Iteration 0: log likelihood = -133.76282

Iteration 1: log likelihood = -132.05729

Iteration 2: log likelihood = -132.05523

Probit regression

Number of obs = 202

LR chi2(2) = 3.42

Prob > chi2 = 0.1813

Log likelihood = -132.05523

Pseudo R2 = 0.0128

Sent.	Coef.	Std. Err.	z	P> z	[95% Conf. Interval]	
Etapa_3	-.7858294	.4420114	-1.78	0.075	-1.652156	.0804971
Tipo	-.3551021	.8910719	-0.40	0.690	-2.101571	1.391367
Cte.	.7858294	.9903395	0.79	0.427	-1.1552	2.726859

El modelo en su conjunto tiene significancia estadística mayor al 81% de confianza.

### **Signos**

El uso del test en la etapa 3 disminuye la probabilidad que la sentencia sea FN O PF (no significativo)

El naturaleza de la demanda económica disminuye la probabilidad que la sentencia sea FN O PF (no significativo).

### **Efectos marginales**

El efecto marginal del uso del test de proporcionalidad sobre la sentencia sea declarada FN O FP es de 78.6% aproximadamente a un 92% de confianza.

El efecto marginal de la una sentencia económica sobre la sentencia sea declarada FN O FP es de 35.5% aproximadamente a un 30% de confianza.

Problema

ETAPA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
0	115	53.93%
1	37	18.32%
2	21	10.40%
3	9	4.46%
4	7	3.47%
5	3	1.49%
6	10	4.95%

\* \* \* \* \*