UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

(Actualizada)

Proyecto de Tesis

para optar el Grado Académico de

Magister en Derecho Civil y Comercial

DENOMINACIÓN

"La inadecuada Política Fiscal como vulneración del Derecho a la Libertad de Empresa en el último quinquenio"

(Política Fiscal vs. Libertad de Empresa)

Maestrante:

Alex Ricardo Zambrano Torres

Abogado

Tacna - Perú

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis a mi madre: Flora Torres Cruz, quien con paciencia, iluminación e inmensa fe en Dios ha logrado formarme en valores humanos ligados a la espiritualidad y limpieza del alma; también a mi tío padre Máximo Torres Cruz, por ser el sustento moral, y jurídico de toda la familia, de tal forma que ha alcanzado el título de Patriarca, en su sentido más benigno, de aquel que es ejemplo y vela por toda su familia. También a mi inteligente hermanita Natividad y a sus encantadores hijitos: Getzabeth Rocío y Alejandro José.

AGRADECIMIENTOS

Vayan mis agradecimientos para mi Asesor de Tesis, mis Dictaminadores del Plan de Tesis, Proyecto de Tesis, para mi Alma Pather: la Universidad Privada de Tacna, y para todos aquellos que apoyaron, comentaron, criticaron y examinaron el presente texto, pues ello me ayudó a entender mejor –desde sus perspectivas- el funcionamiento de la empresa y el derecho, como disciplinas y acciones que definen la voluntad y la convierten en libertad.

Contenido

INTRODUCCIÓN 18
GENERALIDADES: 18
Un esbozo primario sobre la desigualdad jurídica frente a las normas económicas: 21
El tema planteado: La libertad de empresa 23
TÍTULO I: EL PROBLEMA: 27
TÍTULO II: EL MARCO TEÓRICO: 29
TÍTULO III: CONTRASTACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS, VARIABLES, INDICADORES: 30
VARIABLES 31
TÍTULO IV: CONCLUSIONES: 32
TÍTULO V: SUGERENCIAS: 32
TÍTULO VI: BIBLIOGRAFÍA 33
TÍTULO VII: ANEXOS: 33
TÍTULO I: PROBLEMA 38
PLAN DE TESIS 39
1.- DENOMINACIÓN: 39
2.- EL PROBLEMA 39
A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 39
B) FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA: 41
C) FORMULACIÓN DEL PROBLEMA O ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA: 42
D) JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA 42
E) ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PROBLEMA 43
F) IMPORTANCIA TEÓRICA PRÁCTICA DEL PROBLEMA 45
3. OBJETIVOS: 45
a) Objetivo General: 45
b) Objetivos específicos: 45
4. MARCO TEÓRICO 46
a) Marco Teórico General: 46
b) MARCO CONCEPTUAL 47
5. HIPÓTESIS 52
a) Hipótesis General 52
b) Hipótesis Específica Uno: 52
6. VARIABLES 52
7. INDICADORES 53
V1 (Variable Independiente): POLÍTICA FISCAL: 53
VARIABLES 53
V2 (Variable Dependiente): LIBERTAD DE EMPRESA: 53

VARIABLES **53**

8. METODOLOGÍA **54**
1.- DISEÑO: **54**
a) Recolección de datos: 54
b) Selección y procesamiento de datos: 54
c) Organización, composición y exposición de los datos: 54
2.- DETERMINACIÓN METODOLÓGICA: **54**
a) Método de análisis histórico: 54
b) Método dialéctico: 54
3.- POBLACIÓN / MUESTRA: **55**
a) Universo: 55
b) Ámbito Temporal: 55
c) Muestra: 55
4.- TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN A EMPLEAR: **55**
a) Observación directa: 55
b) Descripción: 55
c) Dialéctica: 55
d) Análisis: 56
e) Encuestas 56

9. EVALUACIÓN DE LA VIABILIDAD DEL PROBLEMA. **56**
1. Identificación de las fuentes de datos **56**
2. Tiempo disponible **56**
3. Recursos **57**
a) Recursos humanos: 57
b) Recursos materiales: 57
c) Presupuesto y costo del proyecto: 57

10. BIBLIOGRAFÍA **58**

MARCO TEÓRICO **71**

TÍTULO II: EL DERECHO **71**

TITULO I: EL DERECHO **72**

1.- GENERALIDADES **72**

2.- EVOLUCIÓN TEÓRICA DEL CONCEPTO DE DERECHO **77**
2.1.- TEORÍA KELSENIANA: LEYES NATURALES Y LEYES HUMANAS .. **78**
2.1.1.— Principio de Causalidad 80
2.1.2.- Principio de Imputación 83

3.- NOCIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO **86**

4.- El concepto de Derecho según Edgar Bodenheimer **90**

5.- El Derecho como conjunto de normas o sistema normativo **91**

6.- El Derecho como conflicto de intereses **93**

7.- El Derecho como relación de dominio o poder **96**

8.- La diversidad o polifacetismo conceptual del Derecho **98**

9.- El derecho como un universo de discurso juridico **104**

10.- El Derecho como construcción histórica y teórica 111

11.- La Teoría Multidimensional del Derecho 116

12.- DERECHO Y LIBERTAD.....121
12.1.- LA LIBERTAD: 121

13.- LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y LA LIBERTAD 124

TITULO III: LIBERTAD DE EMPRESA 128

CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO EMPRESARIAL 129

GENERALIDADES: 129
1.- Priorización del Derecho Empresarial: 131
2.- Priorización ded derecho empresarial y libertad de empresa 132
3.- Discriminación del Derecho Empresarial por ramas prácticas del Derecho.133
4.- La función del Derecho Empresarial / una nueva teorización: la empresarialización del Derecho.....134
5.- La dificultad en el desarrollo de la profesión empresarial 136
6.- La concepción del Derecho Empresarial:.....136
7.- EL DERECHO EMPRESARIAL. CONCEPTO.....139
8.- DERECHO EMPRESARIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA 140

CAPÍTULO SEGUNDO: RELACIÓN DEL DERECHO EMPRESARIAL CON LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO 141
1.- Relación del Derecho Empresarial con las otras ramas del Derecho 141
2.- Empresas de Jure y de Facto: 145

CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO EMPRESARIAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL 147
1.- DERECHO CONSTITUCIONAL 147
2.- LA CONSTITUCIÓN.....150
3.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL 152
4.- ANALISIS DEL TITULO III: REGIMEN ECONOMICO DE LA CONSTITUCION.....160
5.- LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL 168

CAPÍTULO CUARTO: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO CIVIL 170
I.- EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL 170
II.- LA PERSONA.....174
1.- CONCEPTO DE PERSONA:..... 174
2.— Persona y sujeto de derechos..... 175
3.— Clasificación o etapas de vida del ser humano: 176
4.- TIPOS DE PERSONAS..... 177
5.- CAPACIDAD DE LA PERSONA: TIPOS DE CAPACIDAD DE LA PERSONA 178
6. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD..... 180
III.- LA FAMILIA.....181
IV.- EL MATRIMONIO – REGIMEN PATRIMONIAL EN LAS EMPRESAS 182
V.- DERECHO DE SUCESIONES 183
VI.- LA PROPIEDAD 184

VII.- CONTRATOS **186**
VIII.- OBLIGACIONES **190**
IX.- ACTO JURIDICO. **190**
X.- SOLUCIONES DEL DERECHO CIVIL.- **191**
XI.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL **192**
1.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL 192
2.- EL DERECHO CIVIL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA 198

CAPÍTULO V: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO PENAL **200**
1.- EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL **201**
2.- EL DELITO **203**
3.- LA EMPRESA EN EL DERECHO PENAL **204**
4.- EL DERECHO PENAL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA **206**

CAPÍTULO SEXTO: DERECHO EMPRESARIAL Y DERECHO LABORAL **207**
1.- DERECHO LABORAL **207**
2.- EL CONCEPTO DE TRABAJO **208**
3.- DERECHO LABORAL Y LIBERTAD DE EMPRESA: **214**

CAPÍTULO SEPTIMO: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO TRIBUTARIO **217**

I.- DERECHO TRIBUTARIO **217**
1.- INTRODUCCIÓN **217**
1.- El CARÁCTER SISTÉMICO DE LA TRIBUTACIÓN 220
II DERECHO TRIBUTARIO **221**
1.- EL DERECHO TRIBUTARIO COMO ACTO DE PODER 222
2.- JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO 223
3.- EL DERECHO TRIBUTARIO Y LA RELACIÓN COSTO—BENEFICIO 225
III PODER O POTESTAD TRIBUTARIA. **228**
1.- EL CONCEPTO DE PODER O POTESTAD TRIBUTARIA 228
2.- TIPOS DE POTESTAD TRIBUTARIA 229
IV.- PRINCIPIOS DEL DERECHO TRIBUTARIO **233**
1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD 234
2.— PRINCIPIO DE JUSTICIA 236
3.- PRINCIPIO DE UNFORMIDAD 238
4.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD 239
5.- PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD 241
6.- PRINCIPIO DE CERTEZA 241
7.- PRINCIPIO DE ECONOMÍA EN LA RECAUDACIÓN 242
8.- PRINCIPIO DE IGUALDAD 243
9.- PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD 244
10.- PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA 245
11.- PRINCIPIO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA 246
V.- FUENTES DEL DERECHO TRIBUTARIO **246**
VI.- TRIBUTOS: **246**
1.- EL TRIBUTO COMO COSTO SOCIAL 248
2.- EL TRIBUTO COMO MÉTODO DE SUBORDINACIÓN AL ORDENAMIENTO JURIDICO 249
3.- EL TRIBUTO COMO PRECIO DEL COMPROMISO Y DEL EQUILIBRIO DEL ESTADO 250

4.- CONCEPTO DEL TRIBUTO 251
5.- ELEMENTOS DEL TRIBUTO 254
6.- CLASIFICACIÓN DE LOS TRIBUTOS 260
VII.- NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA 265
VIII.- SUJETOS DE LA RELACIÓN JURIDICA TRIBUTARIA 266
IX.- EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA 266
X.- PROCESOS TRIBUTARIOS 266
XI- DERECHO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL 267
XII.- LA EMPRESA EN EL DERECHO TRIBUTARIO 269

CAPÌTULO OCTAVO: LA EMPRESA EN EL DERECHO COMERCIAL 273

CAPÌTULO NOVENO: LA EMPRESA EN EL DERECHO SOCIETARIO 275

CAPÍTULO DECIMO: LA EMPRESA 277

1.- EL ORIGEN DE LA EMPRESA EN LA INSTITUCION FAMILIA 277

2.- EVOLUCIÓN DE LA EMPRESA 278
2.1.- PRIMERA ETAPA: CREACIÓN 279
2.2.- SEGUNDA ETAPA: DIFERENCIACIÓN 282
2.3.-TERCERA ETAPA: UNIFICACIÓN 283
2.4.- CUARTA ETAPA: CONGREGACION 285

3.- EL CONCEPTO DE EMPRESA 286

4.- IMPORTANCIA DE LA EMPRESA 289

SUB CAPÍTULO SEGUNDO: ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS 291

CLASIFICACION DE LA EMPRESA 291
1.- CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LA EMPRESA 291
2.- ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LAS EMPRESAS 292
3.- CLASIFICACION DE LAS EMPRESAS SEGÚN LOS SECTORES PRODUCTIVOS 293
4.- CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS 293
5.- CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN LA NATURALEZA JURÍDICA 293
6 CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN CRITERIO CUANTITATIVO 293
7.- EMPRESAS EN LA LEGISLACIÓN 294
8.- CLASIFICACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN: 294
9.- CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR LA RESPONSABILIDAD 295
10.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SOCIOS: 296
11.- CLASIFICACIÓN POR EL ELEMENTO PREDOMINANTE DE LA SOCIEDAD 296
1.— Sociedades de Personas 297
2.— Sociedades de Capitales 297
12.- CLASES DE SOCIEDADES SEGÚN LA DOCTRINA 298
13.- SOCIEDADES COMERCIALES SUJETAS A LEGISLACIÓN ESPECIAL 299

SUB CAPITULO TERCERO: ORGANOS DE LAS EMPRESAS 300
1.- ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO CIVIL.....300
2.- ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO SOCIETARIO 301
3.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD 302
4.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA 303
5.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN LOS ESTATUTOS.....303
5.1.- SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN..... 303
5.2.- SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA..... 305
SUB CAPÍTULO CUARTO: SOCIEDAD ANÓNIMA 307
6.- SOCIEDAD ANONIMA 307
SUB CAPITULO QUINTO: SOCIEDAD COLECTIVA 331
SUB CAPITULO SEXTO: SOCIEDAD COMERCIAL.....334
SUB CAPITULO SÉPTIMO: SOCIEDADES EN COMANDITA.....337
SUB CAPITULO OCTAVO: SOCIEDAD CIVIL 341
CAPÍTULO ONCE: LIBERTAD DE EMPRESA.....354
GENERALIDADES.....354
1.- LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL 358
2.- LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA NORMA CONSTITUCIONAL 364
3.- LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL 368
4.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA 371
5.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO AL TRABAJO 377
6.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD 378
7.- LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN.....380
8.- LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....381
9.- EL ESTADO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA 383
10.- EL MERCADO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.....386
11.- LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA 390
12.- LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA...392
13.- LA EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA.....396
14.- PROTECCIÓN A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL 406
TITULO IV: POLÍTICA FISCAL.....410
CAPITULO PRIMERO: EL ESTADO 411
1.- NOCIONES GENERALES.....411
2.- ESTADO Y DERECHO.....414
3.- ESTADO DE DERECHO 417
4.- CARACTERES DEL ESTADO 418
5.- CONCEPTO DE ESTADO.....418
6.- HISTORIA DEL ESTADO.....419
7.- EL CONCEPTO DE ESTADO.....443
8.- LOS ANTECEDENTES DEL ESTADO PERUANO. SISTEMA POLITICO Y TEXTO LEGAL CONTRADICTORIOS 445

9.- EL ESTADO EN SUS DIVERSOS CONTENIDOS **446**
10.- LA DIVISIÓN CLÁSICA DEL ESTADO EN PODERES: **449**
11.- PODERES DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL **449**
12.- PODERES DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGÁNICO: **449**
12.1.- PODER LEGISLATIVO 450
12.2.- PODER EJECUTIVO 451
12.3.- PODER JUDICIAL 451
12.1.4..- ORGANISMOS CONSTITUCIONALES CON FUNCIONES ESPECIFICAS **452**
13.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL **453**
14.- LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA **456**
15.- EL BANCO CENTRAL DE RESERVA Y SU CAPACIDAD NORMATIVA: **456**
16.- LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS **457**
17.- EL MINISTERIO PÚBLICO **458**

CAPITULO SEGUNDO: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA **459**
1.- CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA **459**
2.- LOS MINISTERIOS Y LOS MINISTROS DE ESTADO **460**
3.- LOS SISTEMAS **460**
4.- LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS **461**
5.- LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL **461**
6.- LAS EMPRESAS DEL ESTADO **462**
7.- EL ESTADO VISTO DESDE DOS PUNTOS DE VISTA: EL SOCIOLÓGICO Y EL JURIDICO **463**
8.- EL ORIGEN DEL NOMBRE DE ESTADO **465**
9.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO: **466**
10.- DE LOS FINES DEL ESTADO **468**
11.- EL FIN DEL ESTADO **469**

CAPÌTULO TERCERO: LA POLÍTICA FISCAL **470**

I.- ANTECEDENTES **470**
1.- FUNCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO **471**
2.- LA POLÍTICA ECONÓMICA **471**
3.- PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA POLÍTICA ECONÓMICA **471**
4.- INSTRUMENTOS O POLÍTICAS DE ACCIÓN EN LA POLÍTICA ECONÓMICA DEL ESTADO **472**
4.1.- LA POLÍTICA MONETARIA 472
4.2.- LA POLÍTICA FISCAL 473
4.3.- EL GASTO PÚBLICO 473

II.- LA POLÍTICA FISCAL **473**
1.- CONCEPTO DE POLÍTICA FISCAL **473**
2.- OBJETIVOS DE LA POLÍTICA FISCAL **477**
3.- FINALIDAD DE LA POLÍTICA FISCAL **477**
4.- INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE POLÍTICA FISCAL **477**
5.- COMPONENTES DE LA POLÍTICA FISCAL **478**
5.1.- GASTO PUBLICO 478
6.- INSTRUMENTOS FISCALES DEL SECTOR PÚBLICO **480**

III.- MECANISMOS DE CONTROL DE LA POLÍTICA FISCAL **481**

3.1.- VARIACIÓN DEL GASTO PÚBLICO 481
3.2.- VARIACIÓN DE LOS IMPUESTOS 482

IV.- TEORÍAS DE LA POLÍTICA FISCAL 483
4.1.- EL EFECTO MULTIPLICADOR 483
4.2.- PROPENSIÓN MARGINAL AL CONSUMO 487
4.3.- OFERTA AGREGADA KEYNESIANA 490

V.- TIPOS DE POLÍTICA FISCAL 490
1.- POLÍTICA FISCAL RESTRICTIVA 490
2.- POLÍTICA FISCAL EXPANSIVA 492

VI.- CRÍTICAS A LA POLÍTICA FISCAL 493
6.1.- LA ESTAFLACIÓN 493
6.2.- EL EFECTO EXPULSIÓN: 494
6.3.- PROVOCA DÉFICIT FISCAL 494
6.4.- RETRASOS 495
6.5.- INCONSTANCIA DE LA PROPENSIÓN AL CONSUMO 495

TÍTULO III: ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS, VARIABLES, INDICADORES 496

TITULO V: CONTRASTACION DE HIPÓTESIS 497

I.- GENERALIDADES: 497

II.- HIPÓTESIS A DESARROLLAR 497

III.- VARIABLES DE OPERACIONALIZACION: 498

IV.- INDICADORES: 498
A.- INDICADORES DE LA VARIABLE "POLÍTICA FISCAL": 498
B.- INDICADORES DE LA VARIABLE "LIBERTAD DE EMPRESA" 498

V.- CUADRO DE OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES: 499

VARIABLES 499

DESARROLLO DE LOS INDICADORES 500

I.- ANTECEDENTES: 500

CAPÍTULO I: DESARROLLO DE LA VARIABLE "POLÍTICA FISCAL" 500

I.- DESARROLLO de los indicadores de la Variable "POLÍTICA FISCAL" 500

1.- INDICADOR N° 01.- Número de normas tributarias (por tipos) respecto a las empresas. 501
A.- CUADRO DE RESULTADOS DEL INDICADOR N° 1 NORMAS LEGALES EMPRESARIALES 502
B.- UTILIZACIÓN DEL FORMATO N° 1 PARA EL INDICADOR N° 1.- NORMAS LEGALES EMPRESARIALES 505
C.- CUADRO DE RESULTADOS DE NORMAS LEGALES EMPRESARIALES: 506
D.- RESULTADOS EXPUESTOS GRÁFICAMENTE: 506
E.- ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS: 507

2.- INDICADOR N° 02.- NORMAS LEGALES QUE AFECTAN CON TRIBUTOS A LAS EMPRESAS 507
A.- USO DE FORMATO N° 2 508

B.- CUADRO DE RESULTADOS:.....508
C.- CUADRO DE RESULTADOS GRÁFICOS: 509
D.- ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS:.....509

3.- INDICADOR N° 03.- NORMAS LEGALES QUE EXONENERAN DE TRIBUTOS A LAS EMPRESAS.....510
A.- USO DEL FORMATO: 510
B.- CUADRO DE RESULTADOS:.....511
C.- RESULTADOS EN GRÁFICA:.....511
D.- ANALISIS DE LOS RESULTADOS:.....512

4.- INDICADOR N° 04.- Encuesta de opinión a Estudiantes Universitarios en especialidades empresariales 512

5.- INDICADOR N° 05.- Encuestas de opinión realizada a Profesionales afines a la materia empresa 512

6.- INDICADOR N° 06.- Encuestas de opinión en ZofraTacna.....512

7.- INDICADOR N° 07.- Encuestas de opinión realizadas a empresarios de los mercadillos.....513

CAPITULO II: DESARROLLO DE LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA" 514

II.- DESARROLLO de los Indicadores de la Variable "LIBERTAD DE EMPRESA" 514

VARIABLES.....514

1.- INDICADOR N° 01.- 1.- NÚMERO DE NORMAS EMPRESARIALES (por tipo).....515
A.- CUADRO DE RESULTADOS DE NORMAS LEGALES EMPRESARIALES: 515
B.- RESULTADOS EXPUESTOS GRAFICAMENTE: 515
C.- ANÁLISIS: DE LOS RESULTADOS:.....516

2.- INDICADOR N° 02.- NORMAS LEGALES QUE AFECTAN CON TRIBUTOS A LAS EMPRESAS.....516

3.- INDICADOR N° 03.- NORMAS LEGALES QUE EXONERAN DE TRIBUTOS A LAS EMPRESAS.....517

4.- INDICADOR N° 04.- Encuesta de opinión a Estudiantes Universitarios en especialidades empresariales 518

5.- INDICADOR N° 05.- Encuestas de opinión realizada a Profesionales afines a la materia empresa 518

6.- INDICADOR N° 06.- Encuestas de opinión en ZofraTacna.....518

7.- INDICADOR N° 07.- Encuestas de opinión realizadas a empresarios de los mercadillos.....518

ÍTEM: ENCUESTAS DE OPINIÓN 519

PREGUNTAS.- Las preguntas fueron las siguientes:.....519

4.- ENCUESTAS DE OPINIÓN REALIZADAS A UNIVERSITARIOS EN ESPECIALIDADES EMPRESARIALES 521
I.- PREGUNTA NRO.1: "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?" 521
II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?" 526
III.= PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario? 527
IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas? 528
V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa? 529
VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas? 529
VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal? 530
VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa. 531

5.- ENCUESTA DE OPINIÓN REALIZADAS A PROFESIONALES EN MATERIAS AFINES A A LAS EMPRESAS 531
II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?" 534
III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario? 535
IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas? 535
V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa? 536
VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas? 537
VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal? 537
VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa. 538

6.- ENCUESTA DE OPINIÓN REALIZADAS A TRABAJADORES Y EMPLEADORES EN ZOFRATACNA 538

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?" 540

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario? 541

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas? 542

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa? 542

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas? 543

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal? 543

7.- ENCUESTAS DE OPINIÓN REALIZADA A EMPRESARIOS DE LOS MERCADILLOS....544

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"....546

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario? 547

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa? 548

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?....549

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal? 550

4.- ENCUESTAS A UNIVERSITARIOS EN ESPECIALIDADES EMPRESARIALES....551

5.- ENCUESTA DE OPINIÓN A PROFESIONALES AFINES A CARRERAS DE EMPRESAS....553

6.- ENCUESTA DE OPINIÓN A TRABAJADORES Y EMPLEADORES EN ZOFRATACNA....556

7.- ENCUESTA DE OPINIÓN A EMPRESARIOS DE LOS MERCADILLOS....559

SÍNTESIS DE LAS ENCUESTAS DE OPINIÓN 562

CONCLUSIONES GENERALES DE LA OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES....566

I.- CONCLUSIONES GENERALES DE LA VARIABLE: POLÍTICA FISCAL.- Los indicadores de la Variables Política Fiscal son:....566

1.- INDICADOR N° 01.- NÚMERO DE NORMAS TRIBUTARIAS (POR TIPOS) RESPECTO A LAS EMPRESAS. 566

2.- INDICADOR N° 02.- NORMAS TRIBUTARIAS QUE AFECTAN CON TRIBUTOS A LAS EMPRESAS....567

3.- INDICADOR N° 03.- NORMAS TRIBUTARIAS QUE EXONERAN DE TRIBUTOS A LAS EMPRESAS....567

4.- INDICADOR N° 04, 05, 06 Y 07.- ENCUESTAS DE OPINIÓN A UNIVERSITARIOS, PROFESIONALES, ZOFRATACNA, Y MERCADILLOS ..568

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"....569

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario? 569

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?....570

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa? 570

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?.....571

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal? 571

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.....572

II.- CONCLUSIONES DE LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA" 573

1.- INDICADOR N° 01.- 1.- NÚMERO DE NORMAS EMPRESARIALES (por tipo).....573

2.- INDICADOR N° 02.- NORMAS LEGALES QUE AFECTAN CON TRIBUTOS A LAS EMPRESAS 574

3.- INDICADOR N° 03.- NORMAS LEGALES QUE EXONERAN DE TRIBUTOS A LAS EMPRESAS 574

4.- INDICADOR N° 04, 05, 06 Y 07.- ENCUESTAS DE OPINIÓN A UNIVERSITARIOS, PROFESIONALES, ZOFRATACNA, Y MERCADILLOS575

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA 580

CONCLUSIONES OBJETIVAS Y FORMULADAS COMO PROPOSICIONES 581

CONCLUSIONES DE LA VARIABLE POLITICA FISCAL 581

1.- Indicador numero de normas tributarias (por tipos) respecto a las empresas:.....581

2.- Indicador 2.- Normas tributarias que afectan con tributos a las empresas.....581

3.- Indicador 3. Normas tributarias que exoneran de tributo a las empresas.....581

4.- Indicador Nº 04.- Porcentaje estadístico de Estudiantes en especialidades empresariales en las universidades 582

CONCLUSIONES DE LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA" 583

1.- Indicador Nº 01.- Regulación en materia de libertad de empresa.....583

2.- Indicador Nº 02.- Encuesta a empresarios de ZofraTacna sobre la Libertad de Empresa 583

3.- Indicador Nº 03.- Encuesta a empresarios del PARQUE INDUSTRIAL sobre la Libertad de empresa 583

4.- Indicador Nº 04.- Encuesta a Empresarios de MERCADILLOS sobre la Libertad de empresa 584

5.- Indicador Nº 05.- Encuesta a universitarios sobre la libertad de empresa 585

TÍTULO V: - SUGERENCIAS - 585

TÍTULO VI: ANEXOS:.....586

TÍTULO: INDICADORES JURISPRUDENCIALES.....591

1.- Indicadores jurisprudenciales de la variable "Libertad de Empresa".- 591

2.- Indicadores jurisprudenciales de la variable "Política Fiscal".-.....592

INDICADOR JURISPRUDENCIAL NRO. 01-TC-VLE-CLE 592

INDICADOR JURISPRUDENCIAL NRO. 02-TF-VLE-CLE.....599

INDICADOR JURISPRUDENCIAL NRO. 03-PJ-VLE-CLE.....612

INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 04-TC-VLE-CC.....635
INDICADORES JURISPRUDENCIALES: VARIABLE: POLÍTICA FISCAL...640
INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 01-TC-VPF-CTE.....640
INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 02-TC-VPF-CIP.....648
INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 03-TC-VPF-CDT.....651
INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 04-TC-VPF-CCC.....659

"Una parte esencial de la libertad económica consiste en la facultad de escoger la manera en que vamos a utilizar nuestros ingresos: qué parte vamos a destinar para nuestros gastos y qué artículos vamos a comprar; qué cantidad vamos a ahorrar y en qué forma; qué monto vamos a regalar y a quien. En la actualidad, el gobierno, a nivel federal, estatal y local, utiliza en nuestro nombre más del 40 por ciento de nuestros ingresos.

(...)

Hoy día no somos libres para ofrecer nuestros servicios como abogados, médicos, dentistas, fontaneros, barberos, enterradores, o para empezar a trabajar en muchas otras ocupaciones, sin antes conseguir un permiso o una autorización de un funcionario gubernamental. No podemos trabajar horas extras en condiciones acordadas previamente con nuestro empresario a menos que éstas estén de acuerdo con las normas y las reglamentaciones establecidas por un funcionario gubernamental.

No somos libres de abrir un banco, entrar en la industria de taxi, o en la venta de electricidad o de servicio telefónico, o explotar una línea de ferrocarril, autobús o aérea, sin antes recibir una autorización de un funcionario gubernamental" (*Milton y Rose Friedman. Libertad de Elegir. Ediciones Orbis. Pp. 98 y sgtes*.)

INTRODUCCIÓN

GENERALIDADES:

> "Así que la vida de la empresa no se concibe, desde el punto de vista económico, sin capital, ni tampoco es factible sin trabajo. No obstante, es preciso reconocer que **la salud de la empresa** depende de normas jurídicas que le dan certidumbre y seguridad al enmarcar su funcionamiento según las normas y regulaciones que el Estado impone en la legislación positiva."[1]

La libertad de empresa es un derecho y técnica de la libertad que contiene en su interior importantes y fundamentales factores (autonomía, autogestión, productividad, etc.) para el desarrollo de la personalidad del individuo y de la propia sociedad, de tal forma que su respeto, defensa, garantía y ejecución determinan el grado o nivel de desarrollo de una entidad social. Por ello es necesario medir siempre el grado de libertad de empresa existente, para lo cual se puede recurrir a variables que se utilizan en el proceso de legitimación de su constitución, actividad y permanencia, como por ejemplo el factor: "Política Fiscal".

La Política Fiscal es un instrumento económico de los Estados que permite influir y persigue «equilibrar el curso de la economía» en una sociedad, utilizando elementos como la "recaudación de impuestos" y el "gasto público"; así, por ejemplo, si hay deficiencia o escases de empleo público (no hay dinero para crear

[1] "San Román Aranda, Roberto, y Cruz Gregg, Angélica. Derecho Corporativo y la Empresa.

plazas o ampliar plazas en las instituciones del Estado) y por tal la población no tiene trabajo, dinero, capacidad adquisitiva, en respuesta la política fiscal permite que –ante la poca capacidad de dar cobertura de empleo público pleno- el Estado pueda influir para que la empresa privada se active o amplíe su ejercicio –para dar cobertura a la demanda de empleo-, aumentando o disminuyendo los tributos para ciertos sectores, como un sistema de "paliativos" o "remedios" políticos jurídicos. La utilización de la política fiscal se constriñe a los siguientes modos: 1) Política Fiscal expansiva, 2) Política Fiscal restrictiva, y 3) Política Fiscal neutra.

De esta manera, la actividad estatal, como la utilización de las «políticas fiscales» para influir en el mercado, sin ser "arbitrarias" o "inadecuadas", están reguladas no sólo por normas económicas, sino específicamente por normas jurídicas; puesto que mientras las primeras tienen la finalidad de describir, organizar y administrar los bienes o «recursos escasos», las segundas tienen la finalidad de preservar que aquellas normas económicas, hechos comerciales, empresariales, no perjudiquen a la sociedad, no vulneren algún derecho fundamental, no traspasen su campo de acción y excedan la condición económica de su naturaleza, sean legítimas y legales; pues siendo que la economía "administra recursos escasos" su pretensión es planificar «una mejor vida del ser humano en relación» y no «a costa» de aquella relación intersubjetiva. Así, la política fiscal equilibra el uso y aplicación de la economía.

En aquel contexto, entre las normas en las que se puede apreciar la dirección de las políticas fiscales aplicadas, podemos reseñar: normas del presupuesto del Estado, normas de equilibrio fiscal, normas de créditos suplementarios, normas de tributación del Estado nacional, regional o local, Ley General del Sistema Financiero, Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro (Ley Nº 26702), normas sobre la autonomía de los gobiernos locales (Art. 194º Const.), normas sobre la libre iniciativa privada (Art. 58º de la Constitución), libertad de empresa (Art. 59º de la Constitución), libertad de contratación (Art. 2º, inc. 14 de la Constitución), normas que reglamentan esas últimas, Ley de Responsabilidad y

Transparencia Fiscal, entre otras. Todas estas normas tienen una correlación importante: el Derecho a la Libertad de Empresa.

Así libertad de empresa y política fiscal son instrumentos jurídicos que influyen directamente en la vida del ser humano, en el desarrollo de la identidad social y normativa. En este marco, nuestra investigación nos obliga a empezar con ciertas interrogantes como: ¿Qué es libertad de empresa?, ¿existe realmente libertad de empresa?, ¿cuáles son los límites y las restricciones a la libertad de empresa?, ¿porqué los ciudadanos pagan tributos?, ¿cuáles son las formas legítimas para decidir aplicar una política fiscal expansiva, restrictiva, o neutra?, ¿es posible generar riqueza en nuestro país si el monto de los recaudado por el Estado a través de tributos es altísimo?, ¿la política fiscal vulnera el derecho a la libertad de empresa? etc.

Las respuestas sobre la tributación parecen reducirse a una operación matemática (compras o vendes un bien y se aplica la fórmula del pago del Impuesto General a las Ventas; produces una determinada "rentabilidad" -ya sea en un trabajo público, en un negocio privado, etc.- y se tiene que pagar el "Impuesto a la Renta", etc.). El problema se puede apreciar en el hecho que siendo el monto del tributo está ya fijado por ley, aquel no se discute, sino que toda la «operación del derecho» consiste en determinar si efectivamente una persona –natural o jurídica- tiene que pagar tal o cual monto de dinero por concepto de tributos. Esto supone una "adhesión" a la obligación tributaria y la anulación de enfrentar el fenómeno en su propia esencia: «la legitimación de la imposición de los tributos», o dicho en otros términos: ¿porqué tenemos que pagar tributos determinados previamente y al cual sólo nos «adherimos» y no necesariamente son productos de nuestra voluntad?, ¿no son los tributos al ser «impuestos» una violación a nuestra voluntad, es decir, al principio que fundamenta y legitima todo derecho?, ¿porqué no puede existir y plantearse una contradicción al «monto fijo» de los tributos y a la legitimidad de los mismos?, ¿no es aquello –imposición de determinado porcentaje fijo de tributación- una arbitrariedad o al menos una restricción,

limitación y violación de la libertad de empresa y al derecho a generar riqueza? Partimos de la idea que el Derecho no puede ser declarativo sin previamente haberse constituido por un proceso de legitimación, como la justificación y aprobación personalizada (legalizada por la socialización) del monto fijo del impuesto.

Un esbozo primario sobre la desigualdad jurídica frente a las normas económicas:

Si observamos las leyes jurídicas y las leyes económicas, veremos cómo estas no son equivalentes necesariamente; unas pueden ir por encima y en detrimento de la otra sin importar la categoría real de dicho factor. Por ejemplo se puede explicar esto con el siguiente caso supuesto: Si una sociedad estuviera compuesta por un millón de personas y si la mínima unidad social, que es la familia, estuviera conformada por un esposo (H), una esposa (M) y los hijos (h), entonces la formula social del núcleo familiar sería:

1H + 1M + 2h = Familia nuclear tradicional

Esta conformación dentro de la economía trae ya un desequilibrio, pues –supongamos- el padre puede tener trabajo y por tal paga tributos (Impuesto a la Renta[2], CTS, IGV), paga los tributos respectivos de la casa, autoavalúo, aranceles, etc., y la madre en caso trabajara también paga ciertos tributos, integrados dentro del esquema remunerativo del trabajo, o a través de los tributos integrados en el uso del mercado, consumo, compra y venta de productos o servicios. Los hijos sólo pagan tributos externos (compra de productos en los que está integrado el IGV, etc.). Todos ellos son un costo social, pero no todos ellos aportan un monto específico, por unidad personal, por el costo que representa como unidad o individualidad, creando un déficit tributario primario. Para lograr el equilibrio

[2] El Impuesto a la Renta es un tributo que se impone a la persona por el sólo hecho de generar "rentas", en un determinado trabajo. Se las clasifica en niveles.

cada persona (sea esposo, padre, viudo, soltero, esposa, madre, viuda, soltera, hijo, hija, etc.) debería pagar la misma cantidad porque necesita de servicios públicos medidos por unidad persona, no por su capacidad de aporte a la sociedad. De esta forma si hubiera –por ejemplo- un millón de personas, dividido en unidades o núcleos familiares (esposo, esposa e hijos), todos deberían aportar como unidad social. Siendo que los hijos menores de edad no son considerados por el Estado como una unidad con capacidad contributiva, estos –al no aportar al fisco igual que los mayores de edad- producen desde ya un desequilibrio fiscal. Cabe recordar que los hijos son subvencionados (no pagan tributos) un promedio de 18 años, como mínimo, y hasta 30 años si estudian mediante un proceso jurídico. Aquello equivale por lo menos a un desequilibrio en la recaudación y en la obligación tributaria. Esto implica que los que tributan subsidian por imposición o adhesión a los que no tributan (en este caso menores de edad que no son considerados unidades de contribución). Hay aquí un déficit en la contribución tributaria.

Otro aspecto a observar es el hecho que unos usan más que otros los servicios brindados por el Estado en contraprestación con lo aportado por la persona, y así el equilibrio fiscal se vuelve en desequilibrio fiscal, y todo sólo puede regularse desigualmente por el uso y necesidad de los servicios. Aún hoy el problema tiene un primer enfoque en las matemáticas y en la estadística, pero las medidas del uso o no de los servicios no están en proporción directa con los aportes de cada individuo, sino en la subvención que son producidos por factores jurídicos, por necesidades legitimadas por las leyes y no necesariamente por el Derecho porque estos tienen trascendencia política, no nacen de un cuerpo normativo, sino legislativo. El sistema de tributación en esta medida afecta a la libertad de empresa, porque los radios de derecho deben siempre estar en equilibrio y el sistema tributario es por si un instrumento que tiene diversos fenómenos que provocan una línea desigual y hasta deficitaria.

El tema planteado: La libertad de empresa

El Derecho en la historia ha sido enfocado desde muchas teorías jurídicas símiles o contrapuestas que pretendían resolver cómo debe ser la organización social, las relaciones jurídicas entre los individuos, siendo que existe también una que analiza el Derecho desde la "Economía", denominada: "Teoría Económica del Derecho", nacida de la inclinación por la evidente aspiración del ser humano de lograr mayor capacidad adquisitiva (capital) y riqueza a través de entrelazar la Economía y el Derecho. Entre estas dos disciplinas observamos una institución que, en ciertas dimensiones, completarían aquella relación: "La Empresa", pues ésta última no sólo se compone de métodos para generar riqueza o de administrar los recursos escasos, desde la economía, sino se constituye como un instrumento más integral, completo, de la vida del ser humano, puesto que desarrolla importantes potencialidades de la persona, como su capacidad productiva, creativa, organizativa, "auto regulativa", así como su "autonomía", "iniciativa privada", "libertad", entre otros núcleos de la personalidad, que son factores a tenerse como indispensables si queremos lograr el desarrollo de una nueva sociedad con mayores tendencias a lograr ser "auto sostenida", "autogestionaria", "auto regulativa", permanente y legítima dentro de las esferas del Derecho como entidad reguladora de aquellos factores. Asimismo es importante en este contexto identificar también cuáles son los factores que impiden se desarrolle la capacidad empresarial reseñada y qué elementos provocan indiscutiblemente el subdesarrollo o la violación a la libertad de empresa, que es el factor eje de nuestra investigación y planteamiento.

Por ello, siendo la tesis una propuesta que describe en principio un problema, no sólo normativo, social, sino "integral" del ser humano; nosotros creemos que la tesis da también respuestas y sugerencias respecto a la organización social; por eso afirmamos que uno de los ejes más importantes del desarrollo de nuestra sociedad está en la empresa, en ser empresario, no cómo una institución ficticia y artificial que procura sólo capital, riqueza, «lucro» sino como un factor

fundamental para interiorizar y formar al ser humano en destrezas más importantes como la capacidad de autogobernarse, autosostenerse, de ser libre e independiente, autogestionario, autónomo; o en otras palabras, de aprender a sostenerse por propia cuenta y no por cuenta de otro (que en este último caso sería el Estado, es decir todos). Es necesario entender que toda "autorregulación" es siempre menos costosa para la propia sociedad y más efectiva; siendo la regulación jurídica el instrumento del derecho que permite dicho desarrollo de la personalidad; considerando también que es «la libertad de empresa» uno de los mejores factores del éxito del desarrollo de la personalidad autogestionaria y auto regulativa. El derecho existe cuando hay regulación intersubjetiva, reglamentación de las conductas entre dos o más personas; si aquella regulación necesita de un tercero (Estado) que la haga efectiva o que le provea los mecanismos de ejecución del derecho, el fenómeno se vuelve más complejo, largo y costoso; si en cambio son las propias partes en conflicto (en el caso civil y comercial) las que se ponen de acuerdo sin necesidad de un tercero, sin necesidad de intermediación, las partes se convierten en autogestionarias, en autosuficientes, y el efecto produce una sociedad que reduce su complejidad y menos onerosa. Esto es posible sólo dentro de un marco social donde la «libertad de empresa» prevaleciera, es decir, donde la capacidad autogestionaria fuera el principio rector.

En ese contexto, el presente trabajo de investigación nos ha llevado a realizar evidentes interrogantes para lograr probar si existe o no libertad de empresa, como: ¿Existe en nuestro medio una cultura de la empresa, del auto sostenimiento, de la autonomía, del desarrollo de la libre iniciativa privada?, ¿existe libertad de empresa?, ¿qué factores impiden la libertad de empresa?, ¿es la política fiscal una variable de la libertad de empresa?, ¿existe una adecuada política fiscal?, ¿quién y cómo se fiscaliza la aplicación de las políticas fiscales?, ¿el Estado garantiza efectivamente la libertad de empresa y la generación de la riqueza?, y otras preguntas que desarrollamos a lo largo de nuestro trabajo.

En resumen nuestra investigación se centra en un tema específico: “La Libertad de Empresa”, factor desde donde construiremos interrogantes sobre si existe en nuestro medio un sistema que permita, garantice y posibilite la misma. Nuestra inicial hipótesis resulta negativa, pues afirmamos que la libertad de empresa se encuentra vulnerada, limitada, violada en su contenido conceptual y en su «ejecución». Por lo que plantearemos los siguientes actos: I.- Para afrontar la insuficiencia del «contenido conceptual» intentaremos demostrar, desde la teorización, que la noción de «empresa» como organización jurídico económica, con finalidad «lucrativa», es sino restrictiva de su veraz dimensión, además distinta y distorsionada de la realidad. II.- Para lograr una conclusión respecto a la «ejecución efectiva de la libertad de empresa», utilizaremos indicadores que nos permitan confirmar o negar nuestra hipótesis. III.- Para plantear el tema de si «existe o no libertad de empresa» podemos utilizar varios factores que permiten determinar, direccionar, liberar, condicionar, crear, modificar o extinguir la libertad de empresa; factores como los siguientes: 1.- Políticas estatales: a) Política Económica; b) Política Fiscal; c) Política Educativa; d) Política Jurídica. 2.- Poderes y Sectores: a) Poder Ejecutivo; b) Poder Legislativo; c) Poder Judicial. 3.- Entidades encargadas de administrar justicia: a) Tribunal Constitucional; b) Tribunal Fiscal; c) Poder Judicial; d) Notarías; e) Registros Públicos. IV.- Es necesario localizar aquellos indicadores que señalen si existe o no la posibilidad fáctica -no solo teórica- de crear, fundar o constituir empresas. V.- Para establecer un ratio de vida de las empresas es pertinente identificar los indicadores que inciden en la permanencia, continuidad y éxito de las empresas constituidas y contrastarlas con estadísticas sobre los límites que tienen las empresas para vivir o supervivir como empresas. VI.- Usando el marco del sistema educativo es necesario verificar si aquel está diseñado para «formar empresarios», o si su tendencia porcentualmente mayoritaria esta direccionada a «formar trabajadores», pues la diferencia entre una u otra formación es sustancial. VII.- Se requiere también entender si las personas crean más «empresas de facto» (de hecho) o «empresas formales» (legales); y determinar a qué responde el motivo de dichas decisiones, si se debe a un gusto, interés, preferencia personal para crear un

sistema que genere riqueza o se trata mas bien de un último y desesperado intento de sobrevivir, entre otros motivos.

Desde el ángulo conceptual tenemos que reconsiderar la idea que la empresa es aquella que genera lucro (ganancia que excede lo necesario), pues si bien la concepción de empresa la define como aquel «organismo que enlaza el capital con el trabajo y cuya finalidad es la obtención del lucro o beneficio», la realidad demuestra que el «lucro» considerado como "exceso, riqueza", «tener más de lo necesario», no es necesariamente lo obtenido o perseguido; pues la empresa (básicamente la microempresa) es marcadamente un «medio de subsistencia» para conseguir satisfacer las necesidades básicas y cuya finalidad -en este caso- no es el lucro, sino la consecución de dichos medios básicos de supervivencia. La finalidad «lucrativa de la empresa» como uno de los elementos esenciales de la misma no es excluyente de aquella finalidad de conseguir los medios básicos de subsistencia. El lucro, que es un exceso de riqueza, responde a un fenómeno posterior, el factor éxito, que luego puede producir el «exceso lucrativo», es decir, obtener un beneficio más allá de lo requerido para satisfacer las necesidades básicas. La definición de empresa no se restringe a aquella finalidad lucrativa, porque no nacen necesariamente de una sola finalidad: conseguir exceso de riqueza, sino también persigue otros fines: satisfacer las necesidades básicas, conseguir la supervivencia, etc. Definir a la empresa con «fin lucrativo» es en nuestro medio determinante como hipótesis de incidencia tributaria, pues aquello se considera como un factor o variable para el tratamiento tributario, para que la empresa tribute, a diferencia de las asociaciones educativas –por ejemplo-, que por no tener «finalidad lucrativa» son exoneradas de determinados tributos.

Una empresa, en nuestra concepción, es aquella persona natural o jurídica que contiene y organiza capital y trabajo, y cuya finalidad es la obtención de cierta «rentabilidad». Esta definición integraría a aquellos que constituyen empresa no sólo como un medio para lucrar, sino para «subsistir». Ahora bien, hay que distinguir dos tipos de empresas, las legales y las de facto, porque si bien para la

constitución de las empresas es necesario todo un procedimiento de subordinación y sujeción a normas tributarias, fiscales, económicas, etc., el hecho que una entidad no siga dichos procedimientos puede discriminarla como ilegítima, ilegal, informal, pero no puede dejarla como inexistente, porque siguen constituyendo empresas informales (de facto) en los hechos. La marginación de las empresas como «informales» genera un déficit en la gestión de los mecanismos para desarrollar la libertad de empresa.

Por otro ángulo, la libertad de empresa no puede existir si no se permiten o generan ciertos espacios para la creación, modificación, permanencia, extensión o extinción de la empresa, el tratamiento libre en todo su proceso constitutivo y funcional; por eso, es necesario plantear previamente ciertas preguntas: 1) ¿Puede existir libertad de empresa si los costos para acceder a la constitución de la empresa son demasiado altos?; 2) ¿Cómo puede creerse en la libertad de empresa si los trámites para constituirse, permanecer y hasta liquidarse son demasiados, engorrosos, difíciles y caros?; ¿puede el Estado intervenir para mejorar o viabilizar la efectiva libertad de empresa?; ¿si el Estado interviene, puede aquella acción ser contradictoria con la propia libertad de empresa?; ¿es la política fiscal una forma de intervenir o regular la economía, el mercado en favor o en contra de la empresa?; ¿puede la política fiscal promover o anular la libertad de empresa? La libertad de empresa no es un simple enunciado declarativo constitucionalmente, sino un «ejercicio», una praxis; y es ésta última la que define si existe o no «derecho».

TÍTULO I: EL PROBLEMA:

El problema que planteamos en la presente tesis es que el uso (hecho) inadecuado de la política fiscal del Estado vulnera el derecho a la libertad de empresa. Dicho en otros términos, el problema que afecta, disminuye y anula la libertad empresarial es que, en su función de agenciarse de recursos, el Estado impone políticas fiscales inadecuadas, imprevisibles, poco controlables y hasta invisibles.

Esto dentro de un contexto amplio del concepto de política fiscal, es decir no sólo referidos a la «recaudación de impuestos», «manejo del gasto público», «regulación del empleo», sino a todos los efectos de un buen o mal manejo de los instrumentos de la política fiscal, como el impulso o desaceleración de la economía, la ineficacia de implementación y conocimiento de una cultura de la tributación responsable, etc. La dirección de la política fiscal puede también engendrar u olvidar otros problemas fundamentales para el desarrollo y modernización de la sociedad, subestimar –por ejemplo- el problema del «carácter y cultura asistencialista» que se forma en la sociedad, con las consecuencias de encontrar, formar o permitir un enorme inconsciente colectivo que provoca la demanda cada vez más amplia de buscar y encontrar sólo «puestos de trabajo en el Estado», significando aquello una «determinación de la personalidad» hacia la subvención y no a la autogeneración de la rentabilidad necesaria para la subsistencia. La tendencia mayoritaria sería entonces ser un trabajador y no un empresario, siendo la libertad de empresa anulada en su esencia primordial: el auto sostenimiento.

El *derecho a la libertad de empresa* está por supuesto regulado en la Constitución Política del Estado, sin embargo la realidad sobrepasa la norma escrita y deja vacíos normativos, no sólo de regulación, sino de ordenamiento social. Es por aquello necesario replantear la funcionalidad de las normas constitucionales y civiles para el amplio ejercicio de la libertad de empresa, adoptando, en principio, las medidas pertinentes para generar una verdadera y efectiva garantía de la libertad de empresa.

La vasta y densa regulación tributaria, aplicación de la política fiscal en cada gobierno de turno, y los programas de «eficacia y eficiencia» de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), así como la poca formalización de las empresas debido a la borrosa y aún intrincado sistema de formalización, como los costos para formalizarse y los trámites diversos que no generan una visión de beneficios sino de lo contrario, como por ejemplo, el hecho

de haber tantos diversos sistemas de RUC, como el Rus, o las diversas modalidades de empresa, que no siempre encajan en la necesidad del emprendedor, y la visión que todos aquellos trámites sólo significan «costos y no beneficios», «déficit presupuestal» de quien intenta hacer empresa, antes que «beneficios que generen rentabilidad», y el hecho de sentir -los empresarios al formalizarse- estarse sometiendo voluntariamente a un sistema de fiscalización mensual, anual y extraordinaria de su comportamiento económico, de su rentabilidad; así como la insatisfacción o incomodidad resentida por el empresario al pagar tributos altos, como el Impuesto General a las Ventas, el impuesto a la Renta, los trámites y costos para la licencia de funcionamiento, los permisos especiales de los sectores especializados para la producción y/o comercialización, hacen previsible que se tienda a evitar la formalización de las empresas y «operar» en mayor tiempo posible dentro de los márgenes de la informalidad, que les da el «beneficio» de no ser controlados o que les «resten sus ganancias». Las empresas al encontrarse con tantos trámites y costos, que pueden ser manejados por una adecuada política fiscal, tienden a percibir que dentro de la formalidad no hay una real «libertad de empresa», y que el sistema no sólo no promueve la formalización de las empresas, sino se convierte en el gran «obstruccionista», y «parasitario» mecanismo de subordinación.

TÍTULO II: EL MARCO TEÓRICO:

Para darnos una idea panorámica sobre el fenómeno investigado, hemos hecho un análisis referencial sobre todo el marco jurídico, que pretende, antes que demostrar una teoría, darnos el margen de lo que se entiende por el derecho en general, y luego dividirlo en las ramas del derecho. Tratamos desde la evolución del concepto de derecho, la teoría kelseniana y sus famosos principios de causalidad e imputación. Luego sobre el concepto de derecho dado por juristas y filósofos como Edgar Bodenheimer, asimismo diferentes especulaciones sobre el sentido del concepto derecho; la etimología del derecho; las corrientes doctrinales del derecho, como el iusnaturalismo, positivismo, etc. Tratamos además, sobre los

tipos de derecho, el derecho objetivo, el derecho subjetivo, la clasificación del derecho, la aplicación del derecho, legitimidad y validez del derecho, derecho y libertad, derecho y codificación. Más adelante tratamos temas como la norma jurídica, su estructura, el hecho jurídico, la costumbre y el derecho, los fines del derecho, la seguridad jurídica, las fuentes del derecho. También tratamos sobre el Estado, su concepto, el Estado en su contenido orgánico, la división clásica del Estado, los organismos constitucionales con funciones específicas, la administración pública. Luego pasamos una breve revisión a las ramas del derecho, desde el Derecho Constitucional, el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Tributario, que trabajamos con mayor énfasis por el problema que se enfoca; y terminamos con el Derecho Empresarial, en donde se destacan los tipos de empresa, su organización jurídica, su clasificación, los órganos de las empresas.

TÍTULO III: CONTRASTACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS, VARIABLES, INDICADORES:

Siendo nuestra hipótesis que "la inadecuada política fiscal viola el derecho a la libertad de empresa", hemos propuesto un título denominado «Análisis y contrastación de las hipótesis, variables e indicadores» para probar si nuestra hipótesis se cumple o no; para ello se han tomado diversos datos estadísticos.

Para probar nuestra hipótesis la hemos desglosado en las siguientes variables:

- Política Fiscal (Variable Independiente)
- Libertad de Empresa (Variable Dependiente)

Asimismo se ha desglosado cada Variables en sus indicadores, así tenemos:

HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
"La inadecuada Política fiscal vulnera la Libertad de Empresa"	**Política Fiscal** (Variable Independiente)	1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
		2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas
		3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas
		4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades
		5.- Encuesta a profesionales
		6.- Encuesta en Zofra Tacna
		7.- Encuesta a Mercadillos
		8.- Análisis de jurisprudencia
	Libertad de Empresa (Variable Dependiente)	1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
		2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas
		3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas
		4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades
		5.- Encuesta a profesionales
		6.- Encuesta en Zofra Tacna
		7.- Encuesta a Mercadillos
		8.- Análisis de jurisprudencia

El análisis de las anteriores variables e indicadores da un resultado mediante el cual puede apreciarse la realidad del problema.

TÍTULO IV: CONCLUSIONES:

Luego de haber realizado la operacionalización de las hipótesis, variables e indicadores se ha logrado llegar a ciertas conclusiones, que son coincidentes con las hipótesis, a través del uso de los indicadores, para luego pasar a las sugerencias.

TÍTULO V: SUGERENCIAS:

Dentro de nuestras sugerencias, luego de analizado el problema, hemos propuesto las siguientes:

1. Inclusión de la EMPRESA como institución autónoma en la Constitución
2. Generar o crear un Ministerio de la Empresa
3. Generar las gerencias de la empresa en los gobiernos regionales y municipales
4. Simplificación empresarial (reunión de empresarios para esto)
5. Incubadoras de Empresas
6. Concursos para promover las empresas
7. Promoción de las Cadenas de Producción
8. Simplificación de transacciones empresariales (compra y venta – pago- por internet
9. Transferencias por Internet
10. Simplificación de Actividades comerciales
11. Exporta Fácil (se está realizando)
12. Análisis y Movimiento de las Retenciones y percepciones
13. Asignación presupuestaria preferencial para empresas (Recursos Ordinarios, Extraordinarios, Canon Minero)
14. Asignación de terrenos cómodos para empresas
15. Seguros contra el Estado y sus errores, obstáculos para hacer empresa
16. Trámite vía Internet (sin hacer colas)

17. Introducción de la política empresarial en la educación (primaria, secundaria, superior) obligatoria
18. Constitución de empresas por Internet
19. Creación del Fondo para la promoción de Empresas

TÍTULO VI: BIBLIOGRAFÍA

Asimismo se ha insertado la bibliografía con la cual hemos contado.

TÍTULO VII: ANEXOS:

Se han incluido algunos anexos como:

1. Proyecto de Reforma Constitucional para incluir a la Empresa como un Derecho Fundamental y con un capítulo propio.
2. Proyecto de Ley de creación del Ministerio de la Empresa.
3. Proyecto de Ley de creación de las Gerencias Regionales y Municipales Empresariales.
4. Proyecto de creación de fondos autogestionarios para la promoción de empresa.
5. Proyecto de Promoción de Empresas, que consiste en un evento nacional para generar empresas y darles una partida de asignación.
6. Proyecto para generar un plan y cronograma anual de Congresos virtuales para generar empresas y gestión de negocios internacionales.
7. Proyecto para realizar transacciones comerciales vía internet, mediante convenios internacionales.
8. Proyecto para unificar y simplificar los gastos de comercialización empresarial internacional.
9. Proyecto para generar un fondo económico (que genere intereses) de los recursos por percepciones y retenciones.

10. Programa de Mesa de trabajo para simplificación empresarial, con todos los empresarios, así mismo el resultado tendrá efecto en presentar un proyecto legislativo para asignación de recursos a las empresas que participen en dicho proyecto.
11. Proyecto de incubadoras de Empresas.
12. Proyecto de promoción de cadenas de producción.
13. Proyecto concurso empresarial.
14. Proyecto de simplificación de transacciones empresariales (compra y venta – pago- por internet).
15. Proyecto de transacciones por Internet.
16. Proyecto de asignación de terrenos preferencial para empresas.
17. Proyecto de asignación preferencial, en porcentaje, de terrenos para empresas (canon).
18. Proyecto de promoción y conocimiento de procedimiento contra los errores del Estado con las empresas.
19. Proyecto de diseño curricular en educación primaria y secundaria sobre interiorización de mentalidad empresarial.
20. Proyecto de Creación de fondo para la promoción de empresas.
21. Proyecto de préstamos para iniciar actividad empresarial (idea recogida).
22. Dirección del Archivo Digital del Congreso.
23. Documento de Leyes.
24. Directorio de Empresas a nivel nacional.
25. Directorio de Empresas a nivel de Tacna, Cámara de Comercio de Tacna.
26. Creación de la Cámara de la Empresa.
27. Creación de sistemas de distribución nacional e internacional.
28. Creación de Sistemas de Distribución.
29. Filmación de las encuestas realizadas.
30. Filmación de las empresas existentes en Tacna.
31. Directorio de Empresas en Tacna.

32. Compilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Libertad de Empresa y Política Fiscal.
33. Compilación de normas sobre inversión pública.
34. Plano de Edificio Empresarial.
35. Mapa de Edificio Empresarial.
36. Mapa de ubicación de los edificios empresariales en todo el Perú.
37. Planos del Ministerio de la Empresa en tres dimensiones.
38. Juegos sobre constitución y operación de empresas.
39. Costos de proyectos.
40. Power Point con el Resumen de la Tesis.
41. Esquemas de tipos de empresas.
42. Esquemas de la Tesis.
43. Bibliografía.
44. Compendio de Normas Legales que tienen que ver con la empresa.
45. Cd de normas legales.
46. Sistema de control del la telefonía móvil.
47. Cuadro de promedios de sueldos y su influencia en la determinación de empresas.
48. Costos de Empresas:
    1) Costos de Implementación:
        a.- Licencias;
        b.- Local (propio o alquilado);
        c.- muebles;
    2) Costos de funcionamiento y operatividad de la empresa:
        a.- Alquiler de local;
        b.- aprovisionamiento de productos;
    3) Costos Tributarios:
        a.- Pagos a Sunat;
        b.- Pagos por recibos;
        c.- Pagos por libros;
        d.- pagos a personal;

e.- pagos a ministerio de trabajo;

f.- pagos a la Municipalidad;

g.- Pagos por rentas;

49. Insertar el curso de Derecho empresarial en todos los semestres de la educación primaria y secundaria.
50. insertar el derecho en todos los colegios primarios y secundarios
51. Cuadro de costos de estudios, primarios, secundarios y universitarios para ver cuando se invierte en educación y por cuanto tiempo.
52. Diseño del Sistema de sueldos por resultados y méritos académicos, profesionales y operativos.
53. Propuesta del Concepto de Derecho para la Academia de la Lengua Española, que integre los términos "sistema normativo", "conductas", "fines", "justicia", "paz", "pedagógica", "económica", "social", "política", y "formativa".
54. Propuesta de priorización del curso de derecho empresarial en todas las carreras profesionales, y en todos los semestres para promover la empresa; por razones de convertir al individuo en autosuficiente.
55. Propuesta de un curso de Derecho de la Inversión.
56. Diseño y propuesta de la Teoría de la propensión marginal a la inversión.
57. Sistema de control del precio. Se debe controlar que no suba más de lo justo (se observa que existen empresas que doblan, triplican y cuatriplican los precios).
58. Propuesta de creación de un TRIBUNAL EMPRESARIAL.
59. Propuesta para la creación de un Amparo empresarial
60. Propuesta para el diseño y propuesta de la Teoría Empresarial del Derecho.
61. Teoría para que las empresas extranjeras aporten al Impuesto de promoción Empresarial IPM, que iría a un Fondo Empresarial, que iría a un Banco Empresarial.
62. Creación del Banco Empresarial.

63. Propuesta del diseño de Empresas Escolares.
64. Revisión del tiempo para obtención de las licencias, como las de sanidad, etc.
65. Creación de un sistema de distribución internacional a través de las embajadas en cada país del mundo.
66. Creación de un sistema de pagos por Internet, o en un solo acto.
67. Propuesta para la creación de un esquema de Aportes, o reestructuración de la Tesis.
68. Propuesta y diseño de la Teoría del Interés jurídico.
69. Propuesta de la Tesis, para que los aportes sean una parte central de la tesis.
70. Teoría del círculo económico
71. Teoría de la Monopolización de la empresa
72. Teoría de la competitividad
73. Teoría del interés que genera impulsos generadores de derecho.

TÍTULO I: PROBLEMA

PLAN DE TESIS
"LA INADECUADA POLÍTICA FISCAL QUE VULNERA LA LIBERTAD DE EMPRESA"

1.- DENOMINACIÓN:

Inadecuada Política Fiscal que vulnera la Libertad de Empresa en el Perú, entre los años 2006 a 2017.

2.- EL PROBLEMA

Vulneración de la «Libertad de Empresa» provocada por la «Política Fiscal» inadecuada del Estado

El presente problema tiene su base en el artículo 59º de la Constitución Política del Perú de 1993, que indica el «deber» del Estado de garantizar el derecho a la «Libertad de Empresa».

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Relación existente entre la Política Fiscal del Estado y el Derecho a la Libertad de Empresa.

Uno de los fundamentales elementos para el progreso de la sociedad es la «capacidad de creación de la riqueza», la misma que sólo se puede desarrollar en una sociedad moderna y de derecho a través del derecho a la «libertad de empresa». La empresa es primero un fenómeno económico porque responde a la generación de riqueza, antes que a la regulación de conductas, pero precisamente cuando dichas actividades para alcanzar el

objetivo (la riqueza) se regulan normativamente (para darle seguridad jurídica a los actos intersubjetivos, etc.) es cuando aparece el Derecho. El acto económico se transforma en jurídico (por todo el sistema normativo generado). Así el Derecho resulta ser la regulación entre los agentes que intervienen en aquella relación económica y por lo tanto es posterior y no anterior al hecho económico.

El hecho y derecho a la creación de la riqueza a través de la libertad de empresa ha sido garantizado por nuestra Constitución como normas o principios fundamentales, es decir como "fuerzas irresistibles y últimas" (Bobbio); sin embargo, la realidad parece contradecir esto puesto que a pesar que la «estimulación de la creación de la riqueza y de la libertad de empresa» son «deberes del Estado», ampliamente amparados por nuestra Constitución y ordenamiento jurídico, existen factores y elementos que impiden aquello, como la aplicación del Estado de una inadecuada «Política Fiscal»; mostrando que nuestro sistema normativo para garantizar la libertad de empresa no está funcionando y en contrario contradice la creación de la riqueza que es propio del derecho a la empresa. No obstante, el poder del Estado de imponer una determinada política fiscal está también consagrada como derecho, basado en la soberanía estatal y en la necesidad de usar el instrumento fiscal como elemento de subsistencia, justificado en la realización de los fines del Estado, que son sociales esencialmente (como pueden ser, brindar seguridad jurídica, paz social, bienestar común, atender servicios sociales, administración de la justicia, policía, transporte, etc.).

Aparecen por lo tanto dos principios contrapuestos: el «deber» del Estado de estimular la creación de la riqueza a través de la garantía de la «libertad de empresa», y, por otro lado el derecho del Estado de imponer una determinada «política fiscal» a la actividad empresarial, mermando, de alguna forma, esta capacidad de creación de riqueza, puesto que el sistema

fiscal si es mal aplicado limita o recorta el ejercicio de la libertad empresarial, y, en consecuencia, restringe la capacidad de creación de la riqueza que el Estado debe garantizar como posibilidad. Esto puede ser corroborado panorámica y primariamente desde la observación del hecho de la poca capacidad de formalización de la empresa en nuestro medio; indicativo que nos lleva a suponer que existe algo que restringe, limita o anula la libertad de empresa; creemos primariamente que una de las razones es que la actividad empresarial choca con la intervención del Estado, cuando, por ejemplo, impone una determinada política fiscal a la actividad empresarial que obvia o anula –consciente o inconscientemente- una zona de la actividad empresarial, esto podría observarse en la actividad normativa del Estado, que estimula a través de la ley ciertos sectores, pero limita otros sectores de la actividad empresarial, constituyendo una inadecuada política fiscal atentatoria contra la libertad de empresa al frenar el derecho de la creación de la riqueza.

b) Fundamentación del problema:

Pese a que el Estado tiene el deber de garantizar la «libertad de empresa» esta queda restringida por la intervención estatal cuando aplica inadecuadamente una determinada «política fiscal» a la actividad empresarial.

Así, si por un lado el Estado estimula la creación de la riqueza a través de la libertad de empresa, por otro lado, la política fiscal inadecuada aplicada inadecuadamente no permite a las empresas el desarrollarse y progresar, lo que crea un conflicto entre hecho y norma, entre el deber y el ser; puesto que si el marco normativo constitucional establece el deber del Estado de garantizar el derecho a la libertad de empresa, el hecho, que también constitucionalmente se faculte al Estado a utilizar el instrumento de la política fiscal, siendo que este corre el riesgo de mal aplicarse puede en

consecuencia llevar a que no se cumplan los fines normativos aludidos constitucionalmente. La realidad del texto constitucional de garantizar la libertad de empresa, con la imposibilidad de fijar siempre una política fiscal adecuada nos lleva a observar que evidentemente existe un problema entre norma y hecho que debe plantearse primero para luego desarrollar alternativas de solución.

c) Formulación del Problema o establecimiento de la pregunta significativa:

¿De qué manera la intervención del Estado, a través de la Política Fiscal a la actividad empresarial, restringe, limita, lesiona, contraviene el "deber del Estado" de garantizar la Libertad de Empresa?

¿Qué relación existe entre la Política Fiscal y la Libertad de Empresa?

d) Justificación del problema

La libertad de empresa es un factor que estimula la iniciativa privada, es decir, aquella capacidad para autogenerar sostenibilidad, productividad, etc., y por lo tanto significa que es un ente motor y hegemónico de la generación de riqueza, del desarrollo personal y social; por ello lograr que se den mayores garantías, así como promover su conservación y ejercicio supone el desarrollo integral de la persona y de la sociedad como un eje fundamental, que puede lograrse a través del Derecho, como regulador de las conductas adecuadas para lograr este tipo de productividad, o libertad empresarial.

En ese entendido una inadecuada política fiscal puede violar, atentar, restringir, limitar o anular la libertad empresarial, es decir, la posibilidad real de generar riqueza, productividad, desarrollo autogestionario y social. Una inadecuada política fiscal puede llevarnos a una sociedad en crisis, caos, degeneración,

desorden, etc. Por ello, creemos haber encontrado el eje para desarrollar integralmente a la sociedad: «la libertad empresarial», y entonces defenderla es un deber individual y social que no sólo debe asumir el Estado sino toda la sociedad, cada individuo.

La defensa de la *libertad de empresa* tiene que empezar identificando el problema: si existe «vulneración a la libertad de empresa», demostrar si esta vulneración restringe los derechos de las personas a formarse y desarrollarse íntegramente, y si aquello es producto de cierta regulación normativa, legal. A nuestro parecer eso sucede pues existe evidentemente una contradicción entre la norma constitucional «declarativa» que promueve y protege la «libertad de empresa» mientras que a la misma vez existe un marco «indefinido» y hasta imposible del manejo de la política fiscal del Estado. Contradicción entre texto constitucional declarativo y realidad o hecho en la aplicación de la política fiscal.

Nuestra justificación se centra no sólo en la contradicción encontrada: Libertad de Empresa vs. Política Fiscal, sino en la contradicción entre el Derecho y el ser humano en su desarrollo integral de su personalidad empresarial: capacidad para autogestionar su subsistencia, iniciativa privada y productividad. Esta capacidad autogestionaria es el eje –a nuestro parecer- alrededor del cual todos los demás derechos fluyen.

E) ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL PROBLEMA

1. Identificación de las variables (VI, VD)

Variable Uno:

Política Fiscal: (VI = Variable Independiente)

Variable Dos

Libertad de Empresa: (VD= Variable Dependiente)

La trascendencia (porqué importa y se desarrolla) del Derecho se evidencia en solucionar problemas sociales con singular carácter jurídico (que tienen que ser solucionados necesariamente siempre). Y este es un problema eminentemente jurídico porque se desprende de deberes y derechos garantizados por nuestro ordenamiento y sistema jurídico, puesto que el hecho que la Constitución contenga fundamentos jurídicos como garantizar la *libertad de empresa*, es más que una evidencia de la importancia de este tipo de investigación: «probar es el mandato constitucional de garantizar la libertad de empresa se cumple o es contradicha por la realidad, quedándose sólo en una prescripción normativa declarativa». La confrontación ha de darse, pues, dentro del marco de la norma y del hecho, del derecho positivo o de la experiencia jurídica. El presente trabajo se justifica en la necesidad de no dejar duda respecto a la función y aplicación del Derecho como una garantía del futuro desarrollo de la sociedad y por ende del individuo.

Una investigación jurídica se torna relevante cuando pone en evidencia o plantea problemas jurídicos que son exigibles de solucionar socialmente, o socialmente exigibles de solucionar (en los términos de Luis Diez-Picazo); y en el presente caso se trata de probar si existe contradicción entre derecho y hecho, entre fenómenos normativos y fenómenos fácticos, que pudieran impedir o dejar fluir el desarrollo de la sociedad.

La creación de la riqueza, a través de la libertad de empresa es fundamental para el desarrollo de nuestra sociedad; por eso nuestra investigación será tratada desde el punto de vista del Derecho pero con articulación con la Economía, el Derecho económico, el Análisis Económico del Derecho y el estudio del Mercado.

f) IMPORTANCIA TEÓRICA PRÁCTICA DEL PROBLEMA

La importancia teórica de la presente tesis estriba en saber si existe consistencia en el concepto constitucional como «libertad de empresa», consistencia que significa «posibilidad de proyección en la realidad». La importancia práctica de la tesis se afirma en la confirmación o negación fáctica –en los hechos- de si el mandato constitucional se cumple o es meramente *declarativa*. No se investiga sólo conceptos constitucionales, comerciales, sino que se investiga *hechos, prácticas y experiencias jurídicas* sobre la libertad de empresa.

La importancia teórica nos llevará a analizar y desarrollar los conceptos como la empresarilización del derecho, teorías del empresario, fundamentos jurídicos del empresario y la empresa, la afirmación de la libertad de empresa como eje de protección, promoción y expansión del desarrollo de la personalidad del individuo y de la sociedad.

Por otro lado la importancia práctica radica en efectivamente liberar o plantear la liberación de la actividad empresarial, así como hacer efectivo el deber del Estado de garantizar la *libertad de empresa*, puesto que este muchas veces se resume en norma *declarativa* y no se ejecuta o práctica realmente en la realidad.

3. OBJETIVOS:

a) Objetivo General:

- Determinar de qué manera la *Política Fiscal* limita el deber del Estado de garantizar el derecho a la *Libertad de Empresa*.

b) Objetivos específicos:

- Describir la función y actividad del Estado en la actividad empresarial.

- Exponer los fundamentos del Estado para el ejercicio de la Política Fiscal.
- Plantear y describir el mecanismo del mercado en la actividad empresarial.
- Reformular el ejercicio del Derecho dentro de la teoría del Estado y la teoría del Mercado.
- Analizar las estructuras que originan el movimiento y creación de la riqueza a través de la libertad de empresa.
- Explicar y describir la función del Derecho dentro de la actividad empresarial.

4. MARCO TEÓRICO

La delimitación del ámbito teórico conceptual es en el Derecho Empresarial.

a) Marco Teórico General:

Usaremos como Marco Teórico el Análisis Económico del Derecho, puesto que este tiene como punto de referencia la economía, para entender el Derecho y a la sociedad. No es solo cuestión normativa sino que esta normatividad tiene que entenderse desde el enfoque económico. Partir de la economía, del *análisis económico del derecho* supone entender que la actividad del ser humano, su movimiento, las conductas humanas tienen su origen en el *interés*, y en la utilidad; así las relaciones sociales en el mundo se explicarían desde la singularidad, desde el individuo antes que del todo; así es *la persona* el eje, como lo prescribiera también nuestra Constitución en su artículo primero: *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*. Por eso este trabajo se inserta dentro del Análisis Económico del Derecho, porque se trata de la regulación de las conductas intersubjetivas que parten de una referencia económica, o interés.

b) MARCO CONCEPTUAL

ESTADO:

El Estado puede ser definido como aquel *"ordenamiento jurídico-político que contiene los elementos de soberanía, pueblo y territorio"*.

El Estado es una institución con historia, es decir la de la *"construcción progresiva de una organización que maneje el poder en su máximo grado de expresión social."* Explica Marcial Rubio Correa. El Estado es, pues, *"la forma superior y más poderosa de organizar el poder dentro de la sociedad."* El Estado no obstante el concepto anterior no organiza el poder en el sentido literal, sino en sentido completo *«organiza las relaciones de poder»*, puesto que el poder es un fenómeno individual que se exterioriza cuando existe una «relación intersubjetiva», así el poder no es sino un *ejercicio*; así no existe el poder en sí, sino las relaciones entre sujetos que *ejercen* poder.

El poder es una *"fuerza capaz de imponerse a los demás",* por eso el Estado tiene el deber de organizar y legitimar el uso lícito del poder (imposición de una fuerza a otro); El Estado legitimiza y organiza este ejercicio del poder, por sus efectos. Así, no es el ejercicio del poder lo que se debe controlar sino el uso ilegítimo del mismo, su impunidad. El poder es *ejercicio* y es esto lo que organiza y coordina el Estado.

El ejercicio del poder sin limitaciones nos llevaría a una sociedad donde imperara la *"ley del mas fuerte"*, explica Rubio. Por eso el Estado ha sido una *"construcción progresiva"* de ciertas instituciones para regular este ejercicio del poder, como la Constitución; por eso el Estado se organiza de acuerdo a una Constitución (fuerza colectiva, conciencia de la existencia

de todos como fuerzas) y a las leyes (positivización de las fuerzas en normas). De esta forma el Derecho no es más la limitación al ejercicio del poder; debe observarse sin embargo que el mayor concentrador del poder es el Estado, porque su fundamento está en la fuerza social, en la comunidad toda. Por eso "el Estado se organiza de acuerdo a una Constitución y sus leyes complementarias, en las que se establece los principios y derechos que regulan el uso de tal poder, y los organismos que lo detentan." enfatiza Marcial Rubio Correa.

En primer término el *Estado* se forma como una entidad *impersonal*, porque nadie como individuo podría ser el detentador del poder absoluto. El Estado al ser *impersonal* no está más en manos de un individuo sino que es más bien una *entidad*, *institución*, *organización*, a la cual puede pertenecer cualquier individuo dentro de ciertos requisitos pero paradójicamente no como *un individuo*, es decir, no para sí, sino *para los demás*. De allí que se presupone al Estado dominando al individuo a través de la organización del poder individual transformándolo en colectivo. El Estado plantea que son los organismos y no los individuos los que detentan realmente el poder; y esos organismos están abiertos a todos. El Estado se muestra entonces como un organismo que prefigura una idea global: el Estado son todos y al ser todos es nadie; por eso no se le puede definir ni describir exactamente y, en el culmen de su paradoja, menos se le puede destruir, transformándose en una fuerza de organización imperturbable e indestructible.

Concluiremos con el Concepto de Estado que da Fernando Savater, quien escribe que el Estado es un ente y tiene o se define mejor como: *"La capitalización abstracta del poder, concentrando y separado de las posibles instancias concretas de la jerarquía*".

DERECHO:

El Derecho es un *sistema normativo* que sirve de instrumento para resolver los conflictos de intereses y en armonía con su capacidad coactiva organiza a la sociedad. El Derecho es un instrumento y no un fin en sí; es un instrumento para los fines del hombre. Para conceptualizar el Derecho usaremos a algunos autores a quienes citaremos a continuación:

Villoro Toranzo escribiría que *"El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales se puede armonizar el arbitrio de otro según una ley general de la libertad"*.

Edgar Bodenheimer a su vez indica: *"Por su propia naturaleza el derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo; trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, frena el poder del gobierno"*. (Edgar Bodenheimer nació en Berlín -14 de marzo de 1908, Alemania, pero emigró a Estados Unidos por la persecución nazi. Abogado, profesor de derecho y filósofo, sus obras han sido traducidas al portugués, chino y español. Falleció el 30 de mayo de 1991).

Rudolf Von Ihering afirma: *"El Derecho con mayúscula es un conjunto de conflictos de intereses, de valoraciones de estos intereses y de equilibrio de los mismos."*.

El Filosofo español Luis Diez Picazo señala: *"El Derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses."*.

El filósofo francés Michel Foucault sentencia: *"...el derecho (y cuando hablo de derecho no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía, sino de dominación. Y por dominación no entiendo el hecho maziso de una dominación global de uno sobre los otros, o de un grupo sobre otro, sino las múltiples formas de dominación que pueden ejercerse en el interior de la sociedad. Y por lo tanto, no el rey en su posición central sino los sujetos en sus relaciones recíprocas; no la soberanía en su edificio específico, sino las múltiples obligaciones que tienen lugar y funcionan dentro del cuerpo social."*.

SISTEMAS TRIBUTARIOS:

Usando a Raúl Barrios Orbegozo, en su libro Derecho Tributario, podemos, parafrasearlo explicando que los Sistemas Tributarios son *"…aquellas formas de imposición utilizadas por el Estado para obtener sus ingresos. Los denominamos sistemas tributarios aunque en realidad con mayor precisión deberíamos considerarlos sistemas impositivos…."*.

NORMA TRIBUTARIA:

Según Geraldo Ataliba *"Es norma tributaria -formando parte del conjunto que se convino en llamar derecho tributario material- la que trata del tributo, en su configuración y dinámica, y rige las relaciones que el instituto conduce a establecer entre los sujetos de la obligación tributaria."*.

TRIBUTO:

Ataliba escribe *"Jurídicamente se define al tributo como una obligación jurídica pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo*

sujeto activo es, en principio una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por la voluntad de la ley.”.

EMPRESA:

Cabanellas conceptualiza a la empresa como: *“Unidad de producción o de cambio basada en el capital y que persigue la obtención de beneficio, a través de la explotación de la riqueza, de la publicidad, el crédito, etc.”, “Organización de personal, capital y trabajo, con una finalidad lucrativa, ya sea de carácter privado, en que persigue la obtención de un lucro para los socios o los accionistas; o de carácter público, en que se propone realizar un servicio público o cumplir otra finalidad beneficiosa para el interés general.”*.

Cabanellas además define a la Empresa Mercantil como *“Organización lucrativa de personal (empresario o dirección, socios industriales o trabajadores), capital (dinero, propiedades, máquinas y herramientas, mobiliario, etc.) y trabajo (actividad organizadora, directiva, investigadora, publicitaria, técnica y de ejecución material), con unidad de nombre, permanencia en actividad y finalidad definida.”*.

c) MARCO TEÓRICO ESPECÍFICO:

POLÍTICA FISCAL:

Entienden los estudiosos que la Política Fiscal, denominada también Finanzas Públicas, es aquella política económica que utiliza el *gasto* que hace el Estado, denominado *Gasto Público*, y también utiliza los *Impuestos*, como unas “variables o factores de control” para poder asegurar y mantener la estabilidad económica (y entrar en déficit o

superávit según convenga). Esto evidencia la real y activa participación del Estado.

Nosotros tomaremos del concepto de Política Fiscal aquel conjunto de medidas normativas relativas al régimen tributario y a las operaciones y situación financiera de las entidades.

LIBERTAD DE EMPRESA:

La libertad de empresa es ese derecho que tienen las empresas para desenvolverse en el campo comercial sin obstáculos a su funcionamiento y gestión. La empresa, por este derecho, no puede ser agraviada en su capacidad de creación, producción, distribución y gestión. Así, el Derecho y el Estado tienen el deber de garantizar el libre desenvolvimiento de esta capacidad.

5. HIPÓTESIS

a) Hipótesis General

La Política Fiscal aplicada inadecuadamente por el Estado limita la Libertad de Empresa.

b) Hipótesis Específica Uno:

La Política Fiscal atenta contra la Libertad de Empresa.

6. VARIABLES

Variable Uno: (VI = Variable Independiente) Política Fiscal
Variable Dos: (VD = Variable Dependiente) - Libertad de empresa

7. INDICADORES

V1 (Variable Independiente): POLÍTICA FISCAL:

HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
"La inadecuada Política fiscal limita la Libertad de Empresa" |	**Política Fiscal** (Variable Independiente)	1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
		2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas
		3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas
		4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades
		5.- Encuesta a profesionales
		6.- Encuesta en Zofra Tacna
		7.- Encuesta a Mercadillos

V2 (Variable Dependiente): LIBERTAD DE EMPRESA:

HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
"La inadecuada Política fiscal limita la Libertad de Empresa"	**Libertad de Empresa** (Variable Dependiente)	1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
		2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas
		3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas
		4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades
		5.- Encuesta a profesionales
		6.- Encuesta en Zofra Tacna
		7.- Encuesta a Mercadillos

8. METODOLOGÍA

1.- DISEÑO:

a) **Recolección de datos:**

Recolección de la información requerida como los documentos que hemos señalado en los indicadores. Además, recogeremos toda la doctrina dispuesta sobre el tema planteado.

b) **Selección y procesamiento de datos:**

En esta etapa seleccionaremos, clasificaremos y organizaremos los datos de acuerdo con nuestra hipótesis, para luego operacionalizarlos.

c) **Organización, composición y exposición de los datos:**

En esta etapa daremos, a través de la matriz de datos, una organización, composición y exposición de los datos, para observar y obtener los resultados de la investigación.

2.- DETERMINACIÓN METODOLÓGICA:

a) **Método de análisis histórico:**

Nuestra investigación no es histórica sino jurídica, pero no podemos evitar un análisis histórico de los hechos, puesto que aquella influye trascendentalmente en la actividad jurídica, en el diseño de las respuestas jurídicas a determinados hechos sociales.

b) Método dialéctico:

El Método dialéctico consiste en plantear contradicciones y debatirlas para llegar a través de ello a respuestas a los problemas, precisamente por el uso de la contradicción, usando, en nuestro caso, como factores de debate los

elementos de la tesis, antítesis y síntesis, que nos darían una respuesta final.

3.- POBLACIÓN / MUESTRA:

Nuestra investigación será desarrollada dentro de nuestro ámbito territorial, espacial y temporal actual.

a) Universo:

Nuestro universo será la ciudad de Tacna.

b) Ámbito Temporal:

Nuestro ámbito temporal será la época actual.

c) Muestra:

La muestra la representarán los documentos presentados en los indicadores..

4.- TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN A EMPLEAR:

a) Observación directa:

Esta técnica será a través de la observación de los documentos recolectados y de las entrevistas realizadas.

b) Descripción:

Observaremos el problema a través de elementos descriptivos de la realidad y de la normatividad.

c) Dialéctica:

Usaremos el razonamiento lógico para evaluar nuestra investigación a través de la proposición de las «contradicciones».

d) Análisis:

Usaremos este método por significar el análisis desde la descomposición de un cuerpo en sus partes mínimas, para luego estudiarlas concienzudamente y luego de ello unirlas en un cuerpo sólido y ya comprendido.

e) Encuestas

Usaremos esta técnica para datos que no podamos inferir de otra manera y como instrumentos que combinaremos y confrontaremos con los otros datos obtenidos.

9. EVALUACIÓN DE LA VIABILIDAD DEL PROBLEMA.

¿Es viable trabajar el problema planteado? El acápite inquiere sobre si existen las condiciones mínimas para poder investigar el asunto. Pensamos que sí y exponemos sus fundamentos a continuación.

Hemos notado que para la realización de un trabajo de investigación, según el método científico es necesario antes determinar ciertos elementos base, y que sin la existencia de estos no podría llevarse a cabo ninguna investigación. Por eso es trascendental esta parte. De su determinación y ubicación depende todo el trabajo de investigación. Según las reglas de la investigación científica, estos elementos son:

1. Identificación de las fuentes de datos

Mediante encuestas a Empresarios de la ZofraTAcna, de los Mercadillos, Instituciones Públicas, Abogados Libres, y Universitarios.

2. Tiempo disponible

En mérito al tipo de trabajo, a la naturaleza del mismo, a la posibilidad de conseguir los datos, por ser de mero trámite

administrativo, podemos realizar el recojo de los datos en un promedio de cuatro semanas. Lo que bastará para luego hacer el trabajo de operacionalización y verificación del problema a través de las fórmulas de investigación científico jurídica.

3. Recursos

Vamos a utilizar recursos humanos, recursos materiales, y determinación del presupuesto y costo del proyecto.

Se utilizarán los mínimos recursos posibles. Dentro de ellos podemos contar o subdividirlos en:

a) Recursos humanos:

En el desarrollo de la presente investigación el recurso humano estará constituido por quien suscribe este trabajo.

b) Recursos materiales:

- Material de estudio, base de datos, registros de boletas y facturas de pagos
- Papel bond
- Computadora personal
- Calculadora científica
- USB
- Internet
- Otros útiles de escritorio.

c) Presupuesto y costo del proyecto:

Nuestro presupuesto será autofinanciado y la distribuiremos de la siguiente manera:

- Material de escritorio S/.	200
- Gastos de búsqueda	300

- Gastos de transporte interno		250
- Gastos utilización de Internet		350
- Fotocopias		1600
- Impresión		1200
- Otros		500
Total :	**S/.**	**4,450**

10. BIBLIOGRAFÍA

1) VILLORO TORANZO, Miguel. Lecciones de Filosofía, Editorial Pornia SA., pp. 407.

2) Escribe Kelsen, parafraseado por Miguel Villoro.l Villoro Toranzo, Miguel, Lecciones de Filosofía, Editorial Porrua S.A., pp. 407.
3) VILLORO TORANZO, Miguel. Lecciones de Filosofía, Editorial Porrua SA., pp. 410.

4) Leese el capitulo 2 Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e imputación. / Kelsen, Hans. Teoría pura de/Derecho. Editorial universitaria de Buenos Aires. Argentina.1981. PP. 16.

5) Hart, Heitert L. A. The concept of iaw. El concepto de Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Traducción de Genaro R. Cardo. 1995. Pp. 231.
6) John Stuar Mill tiene un libro clásico que se denomina: Sobre la libertad. Y de su vida existe una introducción, en el mismo libro, fantástica, que lo describe con una capacidad asombrosa, casi mágica. Esta breve descripción de la vida del autor está hecha por el filósofo 1. Berlin. Autor descubierto en el Perú por un otro gran, pero muy por debajo, autor peruano: Mario Vargas Llosa. Este último tiene un articulo sobre 1. Berlin muy suculento en su libro Contra viento y marea El primer Número o

Tomo. El articulo se denomina: «lsaiah Berlin un héroe de nuestro tiempo".

7) Massini, Carlos Ignacio, Sobre el Realismo Jurídico, Editorial Abeledo-Perrot, pp. 14.

8) IHERING, Rudolph von. La lucha por el derecho. Madrid. Editorial Civitas SA., 1985, p. 12.

9) Diéz Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, Barcelona. Editorial Ariel, 1975, p. 7,9.
10) FOLJCAULT, Michel. Microfísica del poder. Editorial, p. 142.
11) Papini Giovanni. Un Oumo Finito (Un hombre acabado). Madrid. Ediciones Aguilar. Pág. 766.
12) RuBlo CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho.. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuarta edición: marzo de 1988. Pp. 338.
13) BuNGE, Mario. Vigencia de la Filosofía. Fondo editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Perú. Pág. 58.
14) Camelutti, Francesco. Arte del Derecho. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pp. 42.
15) FERNANDEZSESSAREGØ, Carlos. Derecho y Persona. Grijley. Tercera edición, 1998. Lima. Pág. 48.
16) B0BBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Editorial Temis, p. 11.
17) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía de! Derecho. Editorial Bosch, pp. 253,254.
18) BOBBI0, Norberto. Teoría General del Derecho. Ediciones Temis, pp. 7,8. El sombreado es nuestro.
19) MASSINi, Carlos Ignacio. Sobre e/Realismo Jurídico. Argentina. Abeledo-Perrot, 1978. p. 55.

20) Trazegnies Granda, Fernando. Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor. Fondo Editorial: Pontificia Universidad católica del Perú. 1989. Pp. 196.
21) Sobre conceptos jurídicos leáse a Florencio Mixan Mass. Formas del conocimiento jurídico'.
22) Afrirma Máximo Pacheco. Pacheco G., Máximo. Teorla del Derecho. Editorial Juridica de Chile, Pp. 704.
23) ' Alzamora Valdez, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Editorial de Libros. SA. Pp. 63.
24) Afrimia Máximo Pacheco. Pacheco G., Máximo. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 705.
25) Alzamora Valdez, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Editorial de Libros. SA. Pp. 62.

26) Shopenhauer, Arthur. El mundo como representación de la voluntad. Pp. 209.

27) Beaumont Callirgos, Ricardo. Derecho Empresarial y Restructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 39.
28) Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 174.
29) 'Henriquez Franco, Humberto. Derecho Constitucional. Editora FECAT. Pp. 13.
30) Según narra Femando de Trazegnies Granda en su libro Círiaco de Urtecho, Litigante por Amor.
31) Diez Picazo, Luis. Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho. Ediciones Ariel. Pp. 185.
32) Rubio Correa, Marcial. El sistema jurídico. Ediciones Pontificia Universidad del Perú. Pp. 36..
33) Rubio Correa, Marcial. El sistema jurídico. Ediciones Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 137.

34) Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 177.
35) Enrique Bernales. La Constitución de 1993 – Análisis comparativo. Editora RAO S. R. L. pp. 359.)..
36) DIEZ PicAzo Luis, y GULLON, Antonio. Sistema de Denci,. O vol. 1. Editorial Tecnos, Madrid, 1980. Pp. 55.
37) Escriben Luis DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLON, El Derecho civil. pp. 46.
38) Escribe De Francisci recogiendo la idea de Ehrlich. / Luis Diez Picazo y Antonio Gullón escriben que fue Ehrlich quien encuentra "la más antigua definición y sentido genuino y originario de la expresión Derecho civil en dos textos de Pomponio: 'Quod sine scripto iii sola prudentium interpretatione consistir; haec disputatio et oc ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus'.
39) PICAZO Luís, y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho CiWL Vol. 1. Editorial Tecnos, Madrid, 1980. Pp. 55.
40) SESSAREGO, Carlos, Dnwhoy Penos& Grijley. Tercera edición, 1998. Lima. Pig 36.
41) COnak, MaS,1. E/Ser I-Iuma,.o como Penosa Nat,iraj Bditoriaj de la Pontificia Universidad Católi del Perú. Para leer el Código Civil. Urna. pp. 22.
42) "FERNÁNDEZ SsssAaEoo, carlos. Derecho y persona. Editorial Grijley. Lima. Pp. 28.
43) FERNÁNDEZ SsssAaEoo, carlos. Derecho y persona. Editorial Grijley. Lima. Pp. 28.
44) RUBIO CORREA, Marcial. El Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 25.
45) "RUBIO CORR.EA, Marcial, El Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 27.

46) CORREA, Marcial. El Ser Humano amo Persona Natural Editorial de ia Pontificia Universidad católica del Perú. Para leer el Código ciril. Lima. pp. 153
47) RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 31.
48) RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 31.
49) RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 35, 36.
50) Arce y Cervantes, José. De los bienes. Editorial Porrúa. SA. México, i994. 45.
51) RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editonal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 45,46.
52) Tolfier, Alvin, La tercera ola, pp. 74.
53) Deleuze, Oiles, Foucau!t, Edicion Paidos, pp. 51.
54) RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 48.
55) Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 179.
56) Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 179.
57) Trazegnies Granda, Fernando. Postmodernidad y Derecho. Editorial Servicios Gráficos E.I.R.L. — Lima—Perú. Pág. 22.
58) Cipriani, Franco. Batallas por la Justicia Civil — Ensayos. Cultural Cuzco, Lima, Perú. pp.309.
59) Balotado Desarrollado para aspirantes a Magistrados (Jueces y Fiscales). Tomo II. Editorial Praxis. Pp. 811.
60) Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 181.
61) ASIMOV, Isaac. El monstruo subatómico. Editorial Plaza & Janes. Pp. 15, 16.

62) Marcuse, Herbert. Etica de la Revolución. Capítulo: Acerca de los fundamentos filos óficos del concepto cient (fico-económico del trabajo. Taurus Ediciones, SA. pp. 9.
63) Marcuse, Ilerbert. Etica de la Revolución. Taurus Ediciones. S. A. Versión española de Aurelio Alvarez Remon. Pp.20.
64) Mujica, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Ediciones Ma. Pp. 13
65) "Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del trabajo. Ara Editores. Pp. 13. .
66) Ataliba, Gemido. Hipótesis de incidencia tributaria. Edición del Instituto pemano de Derecho Tributario. Pp. 21.
67) Asimov, Isaac. EJ monstruo subató mico. Editorial Plaza & Janes. Pp. 15, 16.
68) Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Editorial Universidad Francisco Marroquín.Guatemala. Pp. 217.
69) Plaza Vega, Mauricio A. El Liberal ismoy la teoría de los tributos. Editorial Temis SA.
70) Escribe Miguel Reale en su libro: Introducción al Derecho
71) ./Norberto Bobbio: *El filósofo y la Política* (Antología). Traducción de José Fernández Santillán y Ariella Aureli. Fondo de Cultura Económica. Pp. 160.
72) Según fue entendido por Adolfo Posada, escribe Humberto Henriquez Franco. / Henriquez Franco, Humberto. Derecho Constitucional. Editora FEcAT. Pp. 267.
73) Henriquez Franco, Humberto. Derecho constitocional. Editora FECAT. Pp. 19.
74) Rubio Correa. Marcial. *El sistema Jurídico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 43
75) Rubio Correa. Marcial. *Para conocer la Constitución* de 1993. Editorial DESCO. Pp 98.
76) 13 Rubio co Marcial. Banales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 549.

77) Rubio Carca, Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Politica. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 549.
78) Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tributario. Ediciones Justo Valenzuela V. E.!.R.L. Pp. 166.
79) Rubio conca, Marcial. Bemales, Enrique. Constitución y Sociedad Política . Mesa Redonda Editores SA. Pp. 549.
80) Ibídem Pp. 550.
81) Rubio Correa, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Editorial DEScO. Pp. 98.
82) Roblo Correa, Marcial. Bernates, Enrique. Constitución y Sociedad Po/Inca. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 550.
83) Rubio Correa, Marcial. Para conocerla Constitución de 1993. Editorial DESCO. Pp. 98.
84) Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tributario peruano. Ediciones Justo Valenzuela y. E.I.R.L. Pp. 309.
85) Ataliba, Geraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Editorial del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Pp. 30.
86) Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 256.
87) Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 257.
88) Raúl Banjos Orbegozo. Derecho Tributario. Editorial Cultura Cusco. Pp. 13.
89) 28 Raúl Barrios Orbegozo. Derecho Tributario. Editorial Cultura cusco. Pp. 13, 14.
90) Ataliba, Ocraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto pemano de Derecho Tributario. Pp. 37.
91) Ferrero costa. Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Editorial Cultural C Pp. 23,24.

92) Frase impresa en las Institutas de Justiniano (III, tit., 14) Según Perrero costa. / Ferrero costa, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Editorial Cultural Cuzco. Pp. 23,24.

93) Ataliba, Geraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto pemano de Derecho Tributario. Pp. 37.

94) Rubio co Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 540.

95) "Sí yo digo, por ejemplo. " impuesto sobre la riqueza", es distinto que si digo "impuestos sobre la renta". En el primer caso estaré gravando todos los bienes de la persona, tanto los que gane durante un año determinado, como los que ya tenía al empezar dicho año. Si digo "impuesto a la renta", sólo gravaré los ingresos o rentas que esa persona tuvo durante el año, pero no los bienes que había acumulado anteriormente/ Rubio co Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 540.

96) Ataliba, Ocraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 84

97) Rubio y Bernales dicen: "Si el hecho imponible fuera la situación de un trabajo que cobre una remuneración (sueldo o salario): el impuesto resultante puede pagarlo el empleador o trabajador. Determinar cuál de ellos es, resulta fundamental para la aplicación del tributo". / Rubio co Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 540.

98) Rubio co Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 540.

99) Banjos Orbegozo, Raúl. Derecho Tributario. culwml Cuzco SA. Editores. Pp. 15.

100) Rubio conca. Marcial. Bemales. Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 539.

101) Parafrasea Ataliba a Aliomar Beleeiro, Directo Tributario Brasileiro. / Ataliba, Ocraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 84

102) Barrios Orbegozo, Raúl. *Derecho Tributario*. Editorial Cultural Cuzco S.A. pp.15.

103) Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 187.

104) Parafrasea a Héctor Villegas. Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 150.

105) Rubio Correa, Marcial. Bernales, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 539.

106) Barrios Orbegozo, Raúl. *Derecho Tributario*. Editorial Cultural Cuzco S.A. pp.15.

107) Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 79.

108) Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 79.

109) Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 278.

110) Clasificación descrita, en un esquema gráfico, por Adolfo Valencia Gutiérrez, y que nosotros utilizaremos por cuestión didáctica.

111) Según se reseña en la Guía procesal del abogado. Guía completa de procesos.

112) Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 261.

113) Rubio Correa, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Editorial DESCO. Sexta edición pp. 97

114) Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 143,144.

115) Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 148.

116) Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 181 y 182.

117) Echaiz Moreno, Daniel. La Empresa en el Derecho Moderno. Editorial Gráfica — Horizonte. Pp. 43.

118) MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial. 1 Iva. Edición actualizada. Editorial Grijley. Pp. 160.

119) Ana calderón Sumarriva, y otros El ABC del Derecho. Editorial EGAcAL, pp. 115.

120) Enrique Elías Laroza. Ley General de Sociedades Comentada. Editora Normas Legales. Pp. I

121) Elias Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editorial Normas Legales. Pp. 112..

122) Diccionario de Derecho Comercial. sinney Alex Bravo Melgar. Pp 318, 319.

123) Elias Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editorial Normas Legales. Pp. 236.

124) Montoya Manfredi, Ulises. Derecho Comercial. Editorial Grijley. Pp. 235.

125) Elias Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editorial Normas Legales. Pp. 315.

126) Sidney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 206.

127) Sydney Alex Bravo Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. pp.

128) Diccionark, de Derecho comercial. Sinney Alex Bravo Melgar. pp 320, 321.

129) Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 320.

130) Montoya Manfredi, Ulises. Derecho Comercial. 11ª edición actualizada. Editorial Grijley. Pp. 296.

131) ‘ Enrique Elías Laroza. Ley General de Sociedades — comentada. Editorial Normas Legales SA. pp. 508.

132) Enrique Elías Laroza. Ley General de Sociedades — comentada. Editorial Normas Legales S.A. pp. 509.

133) Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 321.

134) Sydney Alex Bravo Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. pp. 322.

135) Beaumont Gallirgos, Ricardo. Derecho Comercial y reestructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 77.

136) Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 323.

137) Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 324.

138) Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 332.

139) Beaumont Gallirgos, Ricardo. Derecho Comercial y reestructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 78.

140) Beaumont Gallirgos, Ricardo. Derecho Comercial y reestructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 78.

141) Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 325.

142) Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 332.

143) THEMIS, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Catolica del Peru. Pp. 8

144) THEMIS, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Catolica del Peru. 14.

145) COHEN, Felix. “El Método Funcional en el Derecho”. Op. Cit. Pp. 46-48.

146) Ibídem BECKER, Gary. "El enfoque económico del comportamiento humano" En: Información Comercial Española. Nº 557, enero 1980.

147) Ibídem THEMIS, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp.20.

148) FLINT, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002. Pp. 23.

149) Savater, Fernando. Para la Anarquía. Pp. 89.

150) Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. pp. 78.

151) Fernando Savater explica que la política es "lograr el acuerdo con los demás", en su libro Política para Amador.

152) Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. pp. 79.

153) Pacheco, Máximo. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. pp. 627.

154) Bobbio, Norberto. Estado, gobierno y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. pp. 97,98.

155) Giddens, A. Sociología Po/Itica, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 331.

156) Bobbio, Norberto, Teoría general del Derecho, Editorial Temis, pp. 9.

157) Villoro Toranzo, Miguel, Lecciones de filosofía de/Derecho, Editorial Porrúa S.A., pp. 136.

158) Trazegnies Granda, Femado de, PostinodernidadyDerecho Ma editores, pp. 72.

159) Escribe Luis Eguiguren Callirgos, en la Revista "Cuadernos de Debate Judicial", Reflexiones sobre Ética Judicial", Lima, Siglo XXI, 1999. p. 24.

160) Ibid. 25.

161) Bobbio, Norberto. Diccionario Político, México, 1981. p. 626.

162) Rubio Correa, Marcial. Constitución, ¿Qué y para qué?, Editado por DESCO, pp. 33.

163) Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 8.

164) Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 12.

165) Ibídem Rubio Correa. Marcial. Quítate la venda para mirarme mejor.

166) Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 61.

167) Bobbio, Nolberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Pp. 72, 73.

168) Jellinek, Georg. Teoría General del Estado. Editorial Albatros. Pp. 170.

169) Bobbio, Nolberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Pp. 176, 177.

MARCO TEÓRICO

TÍTULO II: EL DERECHO

TITULO I: EL DERECHO

> "El Derecho es un saber que modela la personalidad, le da sentido y estilo a los actos humanos y se perfecciona a través de la libertad". (*Hanks Bandini*)
>
> "El Derecho es un sistema normativo (un saber) que modela las conductas humanas, propone el logro del equilibrio social, y tiene como fin la paz social y la justicia; conteniendo como factores adheridos funciones formadoras, valorativas, pedagógicas, sociales, económicas, políticas, que se proyectan, perfilan, imputan y perfeccionan a través de la libertad."

1.- GENERALIDADES

El Derecho es un sistema normativo que tiene como objetivo facilitar las relaciones intersubjetivas, así como todas aquellas conductas que se desprenden de ellas; dándoles confiabilidad, garantizando los acuerdos legales que se hayan pactado y las normas jurídicas en las que se halla inmerso el ser humano en relación. El Derecho cumple una función componedora, garantista, pero además puede cumplir una función dentro del marco conceptual relativo a la empresa; así el Derecho cumple también una función de «productividad» pues puede promover que el individuo o la sociedad dentro del marco jurídico puedan ser «productivos», que significa desarrollar la capacidad motora del ser humano para

generar valor agregado o riqueza; así también el Derecho puede servir como un instrumento potente de "autosostenibilidad" o "autogestionaria", por la cual el Derecho no sólo se limita a regular las relaciones entre los sujetos de derecho, sino que promueve una capacidad locomotora de generación de los medios necesarios para la subsistencia e independencia económica. De esta manera el Derecho no sólo es un medio para garantizar la paz social, la estabilidad jurídica de la organización social, sino que permite desarrollar la capacidad productiva, autogestionaria y de autosostenibilidad del ser humano. Esta es la parte que queremos analizar del Derecho, no sólo como aquel sistema normativo que resuelve los conflictos de intereses, disuelve las incertidumbres jurídicas, sino que promueven o permiten la libertad, a través de desarrollar la capacidad productiva, autogestionaria, autosostenibilidad que se logra por medio de la libertad de empresa.

Siendo una tesis un sistema o método de investigación que requiere un marco genérico, para construir nuestros razonamientos, desde las variables *libertad de empresa* y *política fiscal,* daremos una revisión panorámica por la concepción del Derecho, a fin de construir los fundamentos que aborden nuestra hipótesis, que tiene como objetivo final revelar al Derecho como un instrumento que posibilita, garantiza y promueve la libertad empresarial. Esto nos indica que estamos poniendo en primer plano la vida regulada por el Derecho a la libertad; aquella libertad que al ser matriz de la creatividad, iniciativa privada, autogestión, de autosostenibilidad, puede y se desarrolla por medio del Derecho, que genera un sistema normativo mucho más eficaz para lograr el desarrollo social (mediante la promoción y protección del derecho a la libertad de empresa) que el sistema asistencialista (remisión de la sostenibilidad individual y social al Estado), y porque a través del tratamiento del individuo en su aspecto empresarial (productividad, interés individual, etc.) tiende a ser el instrumento más real y rápido para resolver los conflictos de intereses que el Derecho como finalidad plantea solucionar.

El Derecho, en este sentido, es libertad puesta en ejercicio, *capacidad para elegir*; acción que siempre va a tender a la *autogestión*, porque en principio el hecho de *elegir* nos involucra directamente, pues *nadie puede decidir por nosotros*, porque aquello dejaría de ser libertad. La libertad nos obliga a hacernos responsables de nuestra vida, destino, a pensar en cuáles serán nuestras decisiones y a sostener las responsabilidades respecto de las mismas. De allí que la *libertad* y el *derecho* se hallan internamente relacionados, enlazados, no pudiendo existir una sin la otra, por eso el Estado tiene la obligación de garantizar la libertad en todas sus formas, porque con ello está defendiendo su propio fuero existencial.

El Derecho es entonces ejercicio de la libertad, o de las conductas que se hayan producido en libertad; de tal forma que si faltara este componente (la libertad) el Derecho automáticamente dejaría de existir pues se transformaría en otro concepto: *arbitrariedad*. Así, la libertad es el sustrato de la voluntad aquello que le da vida o corporeidad.

Es desde aquel contexto que tomamos el concepto del Derecho, que no se limite a identificarlo como un simple *sistema normativo* para solucionar los conflictos de intereses, y nos de una noción amplia, sociológica, psicológica y acaso *jus empresarial*, que permita fomentar, garantizar y desarrollar el concepto de libertad como eje central de todo el sistema normativo y como factor para el propio desarrollo del individuo (autogestión, autosostenimiento, iniciativa privada, libertad de empresa). No obstante en la realidad existen una diversidad de discursos sobre la concepción del Derecho, sobre su necesidad y justificación. Todas ellas han querido explicar el *porqué* del Derecho y el deber de éste de *ser*; sin lograr una definición acabada y completa del Derecho. Aquello no significa un defecto intelectual, sino que el Derecho –como concepto y elemento multidimensional- es –y debe ser- por naturaleza *cambiante* (la conducta humana) como requiere la necesidad para ser eficaz y vigente; puesto que el objeto, o sujeto preferente de estudio es el *ser humano*, que es a su vez siempre cambiante.

En ese entendido uno fundamentos de validez del Derecho es que no es definido absolutamente sino temporalmente, de acuerdo al espacio y tiempo. Lo que si queda definido es que se trata de un sistema normativo, al margen de si es ciencia, arte, disciplina, técnica, etc. y que cumple ciertos efectos fuera de su propio objetivo inicial (justicia), como prevenir la delincuencia, formar el carácter personal o colectivo, generar una personalidad asistencialista o empresarial, etc.

Ensayando una primera noción del Derecho, nos encontraremos que es ante todo *regulación de las conductas humanas*. Fenómeno complejo porque en el proceso del mismo los elementos de esta regulación se topan con otros elementos sociales, como el poder, la política, la economía, la utilidad, la moral, la ética, etc.; fenómenos, que hacen al Derecho reacomodar su funcionamiento y operatividad constantemente. Por ello suele suceder una superposición de unos elementos sobre otros, alterando el orden y jerarquía jurídica de acuerdo con diversos motivos. Así, las finalidades que se busca resolver con el Derecho pueden transtornar la finalidad objetiva de la misma (hacer justicia) y buscar resolver las finalidades de las otras disciplinas. La Economía –por ejemplo- busca que el Derecho resuelva o ayude a resolver su propia finalidad de *administrar los bienes escasos*; la política busca que el Derecho resuelva sus finalidad de *obtención y control del poder*; la moral pretende llevar su finalidad regulada normativamente en el Derecho, a pesar que desde Kelsen la Moral y Derecho son dos disciplinas distintas. No obstante saber que el Derecho puede enfocarse y acaso correr el peligro de *distorsionarse* en su finalidad. Por eso el Derecho, que pretendemos graficar y utilizar para nuestro planteamiento, tiene que enfocar y organizar todos los fenómenos que inciden en el *proceso de regulación* y reconcentrarlos dentro del valor jurídico *libertad*. Fundamentos por el que revisaremos brevemente algunos conceptos fundamentales que nos den un panorama general de lo que significa y pretende el Derecho; nos permita escrudiñar en aquellos conceptos y razonamientos que tengan en su contenido interno a la libertad como Derecho, o al Derecho como libertad para generar una voluntad autogestionaria, de autosostenibilidad del ser

humano. Nuestra investigación tiene un propósito contenido en conceptos específicos como «libertad de empresa» y «política fiscal».

Por ello, requerimos un concepto de Derecho que desarrolle la libertad mental, desde lo jurídico; que liberará nuestras posibilidades de creación, autogestión y autogobierno. Esto en el entendido que el Derecho, antes que normatividad para lograr la paz social, es un *sistema de equilibrio* social, que parte del equilibrio individual a través de la voluntad. El Derecho lleva adherido innegablemente como condición de su existencia: influir, formar, promover, conducir o reconducir las conductas humanas. El Derecho antes que *sistema de composición* es formador de «*sistemas mentales»* normativas; su dimensión normativa no estaría ya sólo en la regulación de las conductas (apriori o aposteriori), sino en la «*formación*» de estas conductas a través de la voluntad, pues al hacerse operativo su ejercicio, deja en paralelo su condición normativa (que puede o no hacer un ser humano) para transformarse en un destino ineludible e impositivo en la mente del ser humano; el Derecho es, en esta concepción, una condición existencial del que se desprende la libertad como manifestación de la voluntad (requisito ineludible de validez); o dicho en otros términos, Derecho es libertad puesta en acción; libertad que se genera primigeniamente en la mente (voluntad); así el Derecho es, en primera instancia, una configuración mental antes que experimental. Dicho de otra manera, el Derecho es lo que en nuestra mente se constituye como tal y luego se exterioriza, en el entendido que sólo las conductas exteriorizadas pueden regularse y ser objeto de Derecho. De esta forma el Derecho es un instrumento trascendental para «formar» al ser humano, puesto que la vida es en gran medida el reflejo de nuestra *mente normativa*, de la estructura y sistema normativo que tenemos en la mente. Esta es la concepción que utilizaremos: el Derecho como sistema mental normativo, como estructura mental, como reflejo de nuestra mente normativa, producto de nuestra libertad que radica en la voluntad y que se exterioriza a través de las conductas.

Desde aquella perspectiva el Derecho, además, nos puede revelar qué tan libre somos, o cuán restringida esta nuestra libertad. La libertad es puesta en medida por el Derecho. La libertad se mide por el grado de movilidad que nos dan las normas, por el grado de acción, creatividad y productividad que los seres humanos exponemos en el mundo. El Derecho no es solo *libertad*, sino que la libertad hace al Derecho y viceversa. Esta relación (Derecho-Libertad) genera evidentemente el carácter o personalidad de los seres humanos, de allí se explican las nociones asistencialistas o autogestionarias. El manejo de la libertad individual o colectiva es el factor fundamental para lograr el desarrollo individual o colectivo.

2.- EVOLUCIÓN TEÓRICA DEL CONCEPTO DE DERECHO

Hans Kelsen y la Teoría del Derecho:

En el análisis de la evolución teórica del concepto de Derecho es necesario vislumbrar algunos ejes fundamentales para entender su aplicación. Por ello es válido referirnos en un primer instante a la descripción teórica que hace Kelsen del movimiento en el mundo, que descifra el trayecto de la libertad en el Derecho, partiendo del movimiento en la naturaleza y en la realidad social.

Según Kelsen, en su libro *Teoría Pura del Derecho*, el movimiento en la humanidad responde a dos principios: el principio de causalidad y el principio de imputación; el primer principio actúa en *la naturaleza* mientras que el segundo principio se propone en el *ser humano*. Kelsen aclara y separa los tipos de movimientos y explica que unos se dan en el mundo natural (causalidad) y otros se dan el marco de los seres humanos (imputación). La separación hecha es válida para los fines expositivos pero insuficiente para demostrar que el mundo y el ser humano están absolutamente separados, pues cuando el ser humano adopta una conducta sobre el mundo, este, el mundo, se convierte en un objeto de derecho, es decir, en un ente artificial en el que se encuentra el ser humano, y sirve como referencia para luego imputar al ser humano ciertas normas en el medio (el mundo) en el que sucedieron los hechos. Las leyes que se producen en la

naturaleza (gravedad, frío, calor, etc.) conducen, modifican, alteran o son tomados por el ser humano para desarrollar su voluntad. No se intenta decir que existe una relación entre el mundo como objeto y el ser humano, puesto que las teorías modernas del derecho explican que no puede haber una relación entre un objeto y un sujeto de derecho, entre el mundo (la naturaleza) y el ser humano. Sin embargo si existe una regulación del ser humano respecto de su conducta en el medio ambiente, con la naturaleza, con el mundo; por ejemplo, puede establecerse una conexión, o relación, cuando el ser humano hace o intenta hacer un ejercicio de transformación de la naturaleza, porque transformar la naturaleza si entra en regulación, por ser un acto que deviene de la libertad, es decir, de la capacidad del ser humano para hacer o no hacer algo respecto de la naturaleza que no es sólo objeto de derecho sino sujeto de derecho (derecho al medio ambiente). Transformar la naturaleza puede significar un *efecto* directo o indirecto de la vida de los seres humanos (piénsese en la tala indiscriminada de bosques o en la minería ilegal, etc.) y por lo tanto dicho acto presupone una regulación jurídica que está contemplada en el Derecho. La Transformación de la naturaleza es también un acto de nuestra *libertad.*

Volviendo a Kelsen, éste aclara que existen dos tipos de leyes: las *naturales* y las *humanas*; siendo esta separación sólo pedagógica porque ambas se conectan en algún momento, o mejor, en todo momento, puesto que nuestra vida, nuestras conductas son, en, sobre, al lado, por, desde la naturaleza, el medio ambiente, es decir, nuestras conductas se realizan en nuestro hábitat. Por ejemplo, la propiedad es una reconstrucción, reformulación de la naturaleza, permitida sólo en ciertas condiciones y afirmada por la conducta humana (tener el concepto de propiedad y actuar en consecuencia a ello).

Veamos en capítulo aparte cada uno de los principios expuestos por Kelsen.

2.1.- TEORÍA KELSENIANA: LEYES NATURALES Y LEYES HUMANAS

En la evolución teórica, y en la necesidad de intentar entender el fenómeno del Derecho, surgieron unas dudas respecto a las leyes, respecto a los factores diferenciadores del movimiento del mundo, respecto al origen del movimiento, del porqué eran las cosas así o de otra forma. Una primera aclaración se plantea con Kelsen, la de la existencia de dos tipos de factores del movimiento: las l*eyes naturales* y las *leyes humanas*, en los que se desarrollan específicos fenómenos explicados por Kelsen como: el *Principio de Causalidad* y el *Principio de Imputación* respectivamente.

Kelsen nacido en Praga, era de raza judía, estudió y se doctoró en Derecho; fue redactor de la Constitución Federal Austriaca de 1920; fue objeto de persecución racista por los nazis en 1933; llega a los Estados Unidos de Norteamérica en 1940 donde fue profesor[3], y escribe, entre otras obras, la «*Teoría Pura del Derecho*», desarrollando tres presupuestos a partir de esto: el primer presupuesto es «constituir una ciencia que tenga por único objeto al Derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición».[4] Esto explicaría la clásica separación del Derecho de todo objeto y método de conocimiento que no sea el mismo Derecho, la separación de la Moral, de la Psicología, de la Religión, etc. El segundo presupuesto es que por «Derecho hay que entender exclusivamente el Derecho Positivo». El tercer presupuesto se expresa cuando «se propone estudiar tan sólo las normas jurídicas.». «Con estos tres presupuestos, arrastrado por el temor de las contaminaciones, Kelsen reduce el Derecho a una lógica formal jurídica, centrada toda ella en el estudio de la norma jurídica.»[5]. Así, el objeto fundamental del estudio del Derecho lo consistirían las normas, todo lo demás sería meta jurídico.[6]

3 VILLOROTORANZO, Miguel. Lecciones de Filosofía, Editorial Pornia SA., pp. 407.

4 Escribe Kelsen, parafraseado por Miguel Villoro.l Villoro Toranzo, Miguel, Lecciones de Filosofía, Editorial Porrua S.A., pp. 407.

5 VILLORO TORANZO, Miguel. Lecciones de Filosofía, Editorial Porrua SA., pp. 410.

6 Ibid. p. 410.

Se plantea con Kelsen que el Derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, «La ciencia del Derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza». No interesaría la conducta humana en si misma sino el *orden normativo que la regula*. «Se estudiará la norma —la relación lógica— que atribuye a un presupuesto jurídico un efecto jurídico, pero el contenido de esa norma será metajurídico». La conducta humana es afectada por la naturaleza pero las leyes de la naturaleza no son el sustrato del estudio del Derecho sino la relación lógica de una conducta normativa. De esta forma «El método Kelseniano se preocupa más por la relación lógica, que por el acto en sí. Al jurista sólo le corresponde comprobar si se han realizado los presupuestos jurídico del mencionado artículo…"[7]. Todo interesa sólo en relación con la expresión o configuración de un presupuesto lógico. El Derecho tendría como finalidad provocar conductas humanas socialmente deseables, que obtendrá mediante la coacción y aplicación de la norma positivada.

Kelsen[8] resume el fenómeno del movimiento en dos principios que explicaremos muy brevemente a continuación, para vislumbrar cómo la *libertad* se muestra en estos principios, o dónde queda esta libertad en la teoría kelseniana. Estos dos principios son el de *Causalidad* y el de *Imputación*.

2.1.1.— Principio de Causalidad

Por este principio se aclara que los hechos ocurridos en el mundo de la naturaleza se producen sin intervención de la voluntad del ser humano, como por ejemplo el hecho que los rayos del sol *dilaten* un fierro. Este fenómeno es natural, como la gravedad, se produce siempre. Entre los rayos del sol y el fierro se da una relación de modificación. Sólo esta relación, contacto, genera el fenómeno modificatorio de la naturaleza de uno de los objetos: el fierro que se dilata. El sol, por el contrario no es afectado. Fenómeno que muestra dos hechos: la afectación de uno

7 Ibid. p. 410.

8 Leese el capitulo 2 Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e imputación. / Kelsen, Hans. Teoría pura de/Derecho. Editorial universitaria de Buenos Aires. Argentina.1981. PP. 16.

de los objetos en relación y la realización de dicho hecho modificatorio en todas las oportunidades.

El Principio de Causalidad es uno de los grandes principios descubiertos y expuestos por Kelsen, mediante el cual intenta darle cierto orden o establecer cómo es el orden del movimiento en el mundo, bajo qué parámetros el movimiento se rige. Kelsen intenta distinguir entre unos movimientos naturales y otros humanos; intenta distinguir la trascendencia de unos y de otros. Kelsen logra con ello una increíble clasificación y distinción que permite ordenar el mundo del derecho y oponerlo al mundo natural. Para ello Kelsen propone una fórmula revolucionaria para su tiempo: el Derecho es *construcción humana* (no divina), se rige bajo las leyes humanas, no bajo las leyes naturales; el Derecho responde a principios diferentes de los de la naturaleza. Así, el ser humano no se rige por principios de causalidad como la naturaleza (por una disposición divina impregnada en la naturaleza), sino por el principio de imputación, por su libre y arbitraria disposición, como un resultado del uso de su voluntad.

Kelsen explica que en el proceso regulatorio de las conductas humanas se han confundido las leyes naturales con las leyes humanas, sobreponiéndose indistintamente unas sobre otras, perturbando y distorsionando el sistema de composición y regulación normativo de la sociedad, y evitando, en consecuencia una *regulación eficaz y componedora* de los conflictos de intereses intersubjetivos. Esta confusión perturbatoria se ha arraigado en un fenómeno social formal como la *tradición*, que siendo la integración de las costumbres sociales al orden normativo jurídico y hasta moral de la sociedad, no han permitido vislumbrar la confusión con claridad y distinguir entre leyes naturales y leyes humanas. La tradición, subrogada en frases y refranes populares habría constituidose en fuente o matriz de la normatividad, así por ejemplo la sociedad tomaba como principio rector frases como aquel que prescribía se actuara "conforme actúan los animales en la naturaleza", que –dándole a las leyes naturales una categoría de correcto modus vivendi, provocaba errores en las

soluciones en la actuación humana. Este error fue observado por Kelsen quien diferenció la recta forma de actuar según las leyes naturales (propia de la misma naturaleza y los animales –por ejemplo) de la actuación según las leyes humanas (principio de imputación), que tiene que ver más con el consenso social, con la voluntad colectiva. Los animales y los seres humanos actúan según leyes diferentes; los primeros, los animales, actúan conforme a las leyes de la naturaleza (principio de causalidad), y los seres humanos conforme al uso de su libertad (principio de imputación).

La importancia de dicha diferenciación entre leyes naturales y leyes humanas tienen gran trascendencia para la evolución del Derecho; para notar dicha magnitud podemos anotar que dichos errores de conceptualización fueron cometidos incluso por grandes pensadores (formadores del Derecho), como Montesquieu, autor de *El Espíritu de las leyes*, quien, según refiere John Stuar Mill, en el capitulo primero de *L' Esprit des Lois* pregunta equívocamente: *"por qué, mientras que las cosas inanimadas, tales como las estrellas y también los animales, obedecen a la ley de su naturaleza', el hombre no procede así, sino que incurre en pecado*". Con dicha noción Mill describe que se hace patente la perenne confusión entre las leyes que formulan el curso o las regularidades de la naturaleza, y las leyes que exigen que los hombres se comporten de cierta manera. Puesto que *"Las primeras, las leyes naturales, pueden ser descubiertas mediante la observación y el razonamiento, y bien pueden ser denominadas "descriptivas' y corresponde al científico descubrirlas; las últimas no pueden ser establecidas así, porque ellas no son enunciados o descripciones de hechos, sino "prescripciones" o exigencias de que los hombres se comporten de cierta manera. Por lo tanto la respuesta a la pregunta de Montesquieu es simple: las leyes prescriptivas pueden ser transgredidas y no obstante siguen siendo leyes, porque ello significa simplemente que los seres humanos no hacen lo prescripto; pero carece de sentido afirmar que las leyes de la naturaleza, descubiertas por la ciencia, pueden o no pueden ser transgredidas. Si las estrellas se comportan de manera contraria a las leyes científicas que pretenden describir sus movimientos*

regulares, éstas no son transgredidas, sino que pierden su título a ser llamadas "leyes" y tienen que ser reformuladas."[9]

Kelsen advierte aquella confusión y declara que las ciencias de la naturaleza son distintas a las ciencias humanas, sociales, por lo tanto, los fenómenos de la naturaleza responden al *principio de la causalidad*: sucede un hecho y como consecuencia de ese hecho sucede una consecuencia indefectiblemente y en todos los casos. Esta consecuencia se presenta como necesaria e inmodificable a riesgo de perder su categoría de ley natural de incumplirse. Kelsen afirma el principio de causalidad en el siguiente ejemplo: "*Un rayo de sol que calienta un metal producirá que el metal se dilate siempre",* pues este fenómeno responde a las leyes de la naturaleza.

Dicho sea de paso, el principio de causalidad podría observarse en nuestro estudio para diferenciar el quehacer del mercado, que si bien responde a ciertas leyes de la economía, estas se rigen en principio por las leyes de la naturaleza como que la oferta y la demanda nacen del fenómeno natural de del ser humano de buscar "satisfacer necesidades básicas". Una ley natural sería, en este caso, la necesidad de alimentación, algo que no se puede evitar a riesgo de perder la vida. Pero esto debe distinguirse de las leyes del mercado (oferta y demanda) que se dan en el proceso de desarrollo de la voluntad. Bástenos saber, por el momento, que es necesario diferenciar leyes naturales de leyes humanas, e identificar cómo interviene la libertad en estos fenómenos.

2.1.2.- Principio de Imputación

El principio de imputación, como ya lo hubiera advertido también John Stuar Mill[10], es aquel creado por el hombre para organizarse y vivir. Es decir que a un

9 Hart, Heitert L. A. The concept of iaw. El concepto de Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Traducción de Genaro R. Cardo. 1995. Pp. 231.

hecho determinado se le imputa una consecuencia determinada, que no necesariamente tiene que cumplirse, sino que es través de la *libertad* del ser humano como se la ha creado e impuesto. Por ejemplo, la ley que imputa: *"...el que matare a otro sufrirá pena privativa de la libertad..."*, consecuencia que no tiene que cumplirse necesariamente (imponer una pena privativa de la libertad), como en el caso del principio de causalidad, puesto que el resultado responde a la *voluntad y libertad humana* para crear e imputar un resultado determinado. Carnelutti refiriéndose a este principios kelseniano diría que la imputación es más bien un acto arbitrario, es decir, producto del libre arbitrio y con variantes infinitas.

Kelsen con el *principio de imputación* le da un sentido y coherencia a la organización social, diferencia las leyes naturales de las humanas y enfoca el estudio, análisis y regulación a las leyes humanas, a la positivización del derecho. Kelsen fermenta una poda y limpieza de la estructura jurídica y prescribe que el Derecho al ser puro no tiene que caer en el ámbito de la naturaleza, de la moral, religión o cualquier otro fenómeno o disciplina, sino que es esencialmente *construcción positiva*, regulación normativa que responde a la libre voluntad de los seres humanos y no a la imposición de la naturaleza; de allí que las normas jurídicas sean una "*imputación*" del cual se derivan todos los métodos de aplicación y ejercicio del derecho. La fórmula de la imputación ha llegado a la modernidad bajo diversas formas y específicamente en el derecho penal, así se han construido incluso *teorías de imputación objetiva* que obviamente tienen su antiquísimo antecedente en la formulación kelseniana y sus principios de imputación y causalidad.

---

10 John Stuar Mill tiene un libro clásico que se denomina: Sobre la libertad. Y de su vida existe una introducción, en el mismo libro, fantástica, que lo describe con una capacidad asombrosa, casi mágica. Esta breve descripción de la vida del autor está hecha por el filósofo 1. Berlin. Autor descubierto en el PeÑ por un otro gran, pero muy por debajo, autor peruano: Mario Vargas Llosa. Este último tiene un articulo sobre 1. Berlin muy suculento en su libro Contra viento y marea El primer Número o Tomo. El articulo se denomina: «Isaiah Berlin un héroe de nuestro tiempo".

El principio de imputación revelado por Kelsen ha abierto las puertas a todo el derecho positivo, y por la cual la teorización y aplicación se ha basado en construir, y ya no solamente en encontrar, las relaciones jurídicas. Se ha descrito que la persona humana no se debe ni se rige por leyes naturales sino por sus propias normas jurídicas; la discusión sobre qué es justicia se trastada también al *consenso social representativo*, que definen lo que se entiende por lícito o ilícito, buscando la respuesta en la voluntad general y no en la voluntad divina. Sin embargo en nuestra investigación si bien tenemos claro que el principio de imputación representa resultados distintos, tantos como la voluntad general apruebe, consense, tenemos que tener en cuenta también que la libertad se conduce dentro de un sistema que parte de la constitución natural de los seres humanos; así un individuo *naturalmente* busca satisfacer sus necesidades a través del mercado, y éste a su vez tiene reglas que si bien pueden ser reguladas por un principio imputativo (si pagas tanto dinero obtendrás tantos productos) se origina en un acto natural: la *necesidad de consumo.* He allí las leyes naturales existentes se encuentran con las leyes humanas en búsqueda de la satisfacción de las necesidades. Las leyes naturales regidas por el principio de causalidad coexisten con las leyes humanas, que se rigen por el principio de imputación; entendiendo que imputación es un resultado atribuido o expreso por la voluntad humana, y sólo puede haber voluntad humana si existe *libertad.*

La clarificación y distinción que hace Kelsen nos permite entender que ya no puede creerse que el Derecho sólo desea asegurar *la paz*, sino propender como conducta deseable y predominante el hacer libre al ser humano, *la libertad*, lograr su máxima expresión, conseguir aquella libertad que generará automáticamente creatividad, productividad, y, especialmente, *autosostenibilidad*, propiciando un ser humano *autogestionario*. Así, la conducta humana se desliza por los dos mundos, la causalidad y la imputación; y es dentro de estos dos medios que tiene que desarrollarse la libertad, en forma general, y en la *libertad empresa* en forma específica.

En síntesis, el principio de causalidad nos explicaría que la conducta humana tiene que desarrollarse dentro de los márgenes de la naturaleza, por ello es necesario su conocimiento, para así poder evitar los límites nocivos al desarrollo de la libertad: Asimismo por el principio de imputación el ser humano puede crear su libertad, es decir, desarrollar su capacidad productiva, creativa, autogestionaria, de autosostenibilidad, empresarial, a través de normas jurídicas.

3.- NOCIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO

> "El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales se puede armonizar el arbitrio de otro según una ley general de la libertad".[11]

En nuestra investigación es necesario revisar algunas nociones generales sobre el Derecho, a fin de identificarla en su contenido fundamental y lograr una noción clara que permita en nuestra investigación describir el fenómeno de la libertad como centro de toda la juridicidad.

La teoría jurídica del interés

La libertad como eje central del Derecho, en un primer supuesto, nos podría llevar a concebir –como hipótesis- a lo que denominaríamos la *Teoría jurídica del interés*. Teoría que tendría como centro al *interés* del individuo; es decir, que aquello que dominaría el movimiento o la conducta humana, sería su *interés* (que es producto del uso de su libertad, libertad de elegir y desear, por ejemplo). Por lo tanto, descubrir qué tipo de interés predomina en el ser humano nos describiría el tipo de conducta que tenemos que regular. El eje de toda regulación no sería ya la norma, el valor, o el hecho, sino *el interés* y éste sólo se puede desarrollar en libertad, o en otros términos: cuando un ser humano se conduce con libertad decide en referencia a su interés. La libertad refleja pues el verdadero interés del

11 VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al estudio del Desecho, pág. 55.

individuo y, por consiguiente, su posterior conducta; correspondiéndole al Derecho ser el encargado de regular dichas conductas. (Sobre el interés del derecho tenemos como una interesante referencia las obras de Rudolf Von Ihering).

¿El Derecho como *método o sistema* normativo?

En las concepciones modernas el Derecho ya no será sólo aquel conjunto o sistema normativo local, sino aquél *método* para regular las conductas intersubjetivas en relación a sus intereses (libertad) y con preservación de la seguridad de la sociedad. Todos estos intereses tienen que estar regulados y relacionados para no confrontarse, negarse y anularse mutuamente, en un medio de libertad; por eso la libertad está establecida por normas relacionadas con otras normas que conforman el Derecho, es decir un ordenamiento jurídico, un sistema normativo, un método normativo; por tanto que *"...sólo se puede hablar de derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que, por lo tanto, el derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas. En suma, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo*" (Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho, Editorial Temis, Pp. 13.)

Diremos, entonces, que el Derecho es un sistema de normas y principios de pretensiones universales (no por que son válidas en todo tiempo, sino porque se desarrollan dentro del contexto del mundo, y no de los países), que regulan las relaciones entre las partes transaccionales, y les dan a estos la garantía de cierto orden y confiabilidad o seguridad jurídica.

El Derecho como línea recta

También podemos dar conceptos metafóricos, por ejemplo, expresar que el Derecho es una "línea recta", es decir: "la ruta más corta para componer un conflicto de intereses, un problema social". Sin embargo, no se trata de una línea recta como se figura en la geometría, sino de una línea recta como metáfora, como

el medio o camino más corto y seguro para llegar a un fin: solucionar los problemas de coexistencia, componer los conflictos de intereses, determinar una incertidumbre jurídica. Así, *derecho* es una línea recta, pero también *caminar correctamente*, fenómeno que no obstante nada tiene que ver con la figura de la rigidez sino precisamente de lo contrario: la flexibilidad, la textura abierta, la apertura de posibilidades, el desplazamiento de un sistema abierto antes que cerrado, etc., pero desde la concepción del *camino más corto y seguro* para solucionar un conflicto de intereses. La decisión de qué camino elegir (libertad) debe recaer en el ser humano, en su voluntad.

La noción pluriconceptual del Derecho

Es preciso anotar que el término *Derecho* no puede ser tratado en forma unívoca, para designar entidades sustancialmente idénticas y con un mismo sentido.[12] El Derecho es más bien un conglomerado y variado ramo de realidades distintas y desiguales como son las leyes, aquello que nos es debido, la facultad de reclamarlo, las sentencias de los jueces, el saber que conoce estas realidades, etc., que son, en algún sentido, Derecho[13], pero esta variedad no descarta la existencia de cierta vinculación entre ellas, cierta analogía. La variedad de los fenómenos y situaciones sociales a los que se alude con el término Derecho no lo excluye de cierta vinculación, que es la que hace al Derecho ser tal. Esta vinculación que relaciona o conecta todas las diversidades del término Derecho lo expresa como un término analogado, que se aplica a todos los objetos de una manera que no es del todo idéntica ni del todo diferente.[14] Con lo que se quiere explicar que el Derecho es variedad y complejidad, entrelazamiento entre estas variedad de condiciones y posibilidades de ser, y todo esto gracias a la libertad para poder conceptualizarlo.

12 Massini. Carlos Ignacio, Sobre el Realismo Jurídico, Editorial Abeledo-Perrot, pp. 14.
13 Massini, Carlos Ignacio, Sobre el Realismo Jurídico, Editorial Abeledo-Perrot, pp. 14.

14 Escribe Massini parafraseando a Michel Grison. Massini, Carlos Ignacio, Sobre el Realismo Jurídico, Editorial Abeledo-Perrot, pp. 14.

El Derecho podría ser enfocada también como una realidad accidental, de orden; una vinculación, un producto de la relación de ciertos elementos, fenómenos, prácticas, teorías, saberes, facultades, actos, decisiones, que distanciadas por la realidad particular en que se producen, se vinculan o conectan por la peculiaridad del sentido que persiguen. Y es que el Derecho no tiene una realidad sustancial, propia en sí, no es algo dado definitiva y absolutamente, sino un producto, una creación, una relación, una vinculación, un orden multidimensional, así *"El derecho no tiene una realidad sustancial, con ser en sí mismo, tal como es una realidad el hombre, sino una realidad accidental, de orden, formada por la particular relación que vincula a sus diferentes elementos o partes componentes"*[15]

Esta composición del Derecho, su carácter entrelazante, su pluralidad de elementos, etc., la hacen más compleja y menos aprehensible. Noción mucho más compleja cuando entran, por ejemplo, otros mecanismos de medición distintos, variables, discutibles y amoldables, de acuerdo a elementos de igual naturaleza, como por ejemplo, la estimativa, la valoración, la axiología, la teología, etc., que intentan también darle un marco al Derecho para ser aprehendido y usado en su conjugación con la experiencia humana.

La noción de Derecho por Ulpiano

El Derecho es conceptualizado por Ulpiano como aquella "*Voluntad permanente de dar a cada cual lo suyo*", pero, ¿qué es lo que le corresponde a cada ser humano?, ¿cuál el límite del derecho de cada persona?, ¿qué derecho postula como hegemónico?, y, ¿qué determina la hegemonía de un derecho sobre el otro: las circunstancias históricas, las condiciones sociales, las condiciones económicas, los planteamientos de poder y política, la valoración moral o ética, los requerimientos de justicia, etc.,? La única respuestas es que el Derecho ha sido creado con libertad, es decir, que el concepto de libertad podrá dar, en su

15 Ob. Cit. pp. 15.

momento y espacio una delimitación de qué es el Derecho. Mientras tanto Ulpiano afirmaba que el Derecho es la voluntad permanente y perpetua de dar a cada cual lo suyo. Concepción que supone una condición anterior al derecho, puesto que darle lo suyo significa que antes, previamente, ha adquirido aquel derecho. También indica que aquel derecho se merece, se ha ganado mediante alguna acción, hecho. El Derecho no es sino un merecimiento.

4.- El concepto de Derecho según Edgar Bodenheimer

Edgar Bodenheimer escribe: *"Por su propia naturaleza el derecho es un término intermedio entre la anarquía y el despotismo; trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, frena el poder del gobierno."*

Bondeheimer ensaya una determinación del radio o circunscripción de acción del Derecho; explicando que son dos extremos los que se quieren conciliar. Por un extremo la Anarquía que significaría desorden, caos; por el otro extremo el Despotismo, como figura del orden total, absoluto y dictador, donde todos responden como autómatas a la autoridad. El autor, entonces, propone que el Derecho es un método para conciliar estos dos extremos, que pueden resultar características de la vida del hombre, por su disposición hacia el desorden, hacia el caos, y su necesidad, para la convivencia o coexistencia, supervivencia que necesitaría de cierto orden. El Derecho seria justamente el instrumento que equilibra estos dos puntos distantes, extremos. Caos y orden serían así vistas como exigencias reciprocas para la existencia del Derecho. El caos, el desorden, propiciada por la libertad, siempre ajena a toda atadura racional, permitiría la transmutación, el cambio necesario -según la evolución de la persona- para darle a las relaciones sociales a solucionar o conciliar con el derecho la elasticidad antes las nuevas necesidades humanas. El orden, por su parte, expuesta en valores jurídicos como la seguridad social, etc. -que son criterios de certeza-, permitirían

al ser humano predecir, de alguna forma, su futuro, de acuerdo a sus conductas. Este sistema conceptual ha devenido con la modernidad, puesto que la cultura moderna se identifica por exigir reglas calculables y considerar los factores y hechos solamente a aquellas en las que se logra cierto poder de predicción, lo que se refleja en que el ordenamiento jurídico correlativo deba estar presidido por determinados rasgos; al respecto *"Weber señala que este tipo de Derecho (el de la modernidad) tiene que responder a cinco postulados: deben existir reglas generales, las decisiones concretas deben ser producto de la aplicación de tales reglas mediante procedimientos racionales (lógica jurídica), el sistema no debe contener lagunas (real o virtualmente), todo lo irracional debe ser considerado irrelevante y toda acción social debe ser evaluada en término de Derecho.*". Sin embargo, con la avalancha de fenómenos sociales y jurídicos actuales no es posible ya quedarse sólo en «reglas calculables», es necesario romper con el concepto positivista del Derecho y concebir una idea plural, donde la *libertad*, modificadora eterna de la vida humana, pueda reestructurarse y diseñar nuevos modos o métodos de solucionar nuestros conflictos de intereses o nuestra necesidad de convivencia. Es decir, la apertura de la existencia del desorden (del caos) como exigencia necesaria para la creación del nuevo Derecho, "como lo habría estado predicando el pensamiento postmoderno". Así, *«El pensamiento postmoderno, en cambio considera posible tener en cuenta al azar como componente válido de un sistema y, además huye de todo aquello que huela a un racionalismo desapegado de la realidad.»*. La organización y mediación del orden y del caos, con el previo reconocimiento de los mismos.

Bodenheimer plantea que el Derecho modula la libertad que tiene responsabilidad en conciliar los dos extremos de la vida social: la anarquía y el despotismo.

5.- El Derecho como conjunto de normas o sistema normativo

Cabe hacer una breve aclaración del concepto de Derecho entendido como un *«conjunto de normas»*, puesto que dicha noción de alguna forma extravía u olvida

el real «sujeto de regulación» del derecho, que es obviamente «el ser humano»; puesto que mediante esta noción al parecer se remplaza al sujeto de derecho (persona) por el objeto de derecho (la norma jurídica), pervirtiendo el objetivo del Derecho: regular las conductas humanas intersubjetivas, que se producen en libertad.

Una primera objeción a la noción del derecho como «conjunto de normas» sería que el Derecho no es sólo un *conjunto de normas* porque lo que se regula no son *objetos* (las normas) sino *sujetos* de derecho (personas); siendo además que en el fenómeno de regulación normativa intervienen otros elementos como, por ejemplo, los *principios*, los *valores*, etc., y no sólo las normas. Además, el Derecho no es un *conjunto de normas* porque un conjunto es nada más que la reunión de cosas, entes, objetos, que se encuentran juntas unas a otras, pero no se relacionan, o interconectan entre todas; sólo se encuentran allí agrupadas. El Derecho es más bien un *sistema normativo*, puesto que en el *sistema* las partes, cada cosa, ser, ente, que conforman el grupo, se relacionan entre sí y con el todo; siendo una consecuencia de ello que lo que le pasa a una persona le afecta de alguna forma al resto de personas que existen dentro del sistema. En el sistema todos sus componentes tienen una función determinada y se conectan con las funciones de los demás componentes.

Una segunda refutación al Derecho como un *conjunto de normas*, es decir como una concepción puramente normativista la explica Luis Diez-Picazo, quien señala: *«Frente a la pura concepción normativista, es posible pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, el conflicto de intereses. El derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos aunque no por supuesto el único modo.».* Dicho en otros términos, *«El derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses»*. Concluyéndose que el derecho no puede ser un *conjunto de normas*, pues no son

las normas lo importante sino las experiencias vividas, las soluciones a estas experiencias llamadas conflictos de intereses. De esta forma el Derecho no es la norma, sino el método, a través de normas jurídicas, para componer un conflicto de intereses, experiencias vividas, etc. El Derecho así permite la posibilidad de utilizar la *libertad* para solucionar estos conflictos de intereses: «*El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales se puede armonizar el arbitrio de otro según una ley general de la libertad*».[16]

6.- El Derecho como conflicto de intereses

> *"El Derecho con mayúscula es un conjunto de conflictos de intereses, de valoraciones de estos intereses y de equilibrio de los mismos."*[17] *"...Derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos aunque no por supuesto el único modo (...) El Derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses".*[18] (Luis Diez Picazo)

Este conjunto de intereses no es específicamente el Derecho, sino el objeto del Derecho, la materia prima con la cual trata, o de la que se ocupa. "En esencia, son estos conflictos de intereses los que entran a ser determinados valorativamente, son valorados, contrapesados y equilibrados". Equilibrio de los intereses, siendo el eje, o balanza de equilibrio el Derecho, y este en su expresión material, es el ordenamiento jurídico.

Lo que hace el Derecho es organizar la forma de resolver estos conflictos de intereses; siendo un modo de solución social, pero no el único; puesto que se

16 VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al estudio del Desecho, pág. 55.
17 IHERING, Rudolph von. La lucha por el derecho. Madrid. Editorial Civitas SA., 1985, p. 12.

18 Diéz Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, Barcelona. Editorial Ariel, 1975, p. 7,9.

puede usar también, para resolver los conflictos de intereses, otras disciplinas normativas, como la moral, la religión, etc. Sin embargo, es el Derecho, el encargado de hacer posible que un conflicto de interés se resuelva definitivamente. Conflicto de interés que se evidencia en una experiencia existencial, en una experiencia de vida; vida que se compone de un entramado de actos y de comportamientos[19] tendientes a satisfacer un interés. Es este interés el que propone el conflicto. El interés es la pretensión de poseer un derecho, de apropiarse de un beneficio o bien. Cuando este bien o beneficio es escaso surge el conflicto. El Derecho es pues así un método a seguir para resolver los conflictos de intereses.

Siendo el conflicto de interés a resolver de lo que trata el Derecho, éste permite categorizar las prioridades, o da hegemonía a ciertos criterios de decisión; por ejemplo, en un conflicto de intereses entre el Derecho del Estado a imponer tributos a la actividad empresarial, frente al Derecho de las empresas a la libre generación de riqueza, puede existir una contradicción sustancial. Los márgenes siempre serán lo social. Si el Estado responde a la sociedad, a garantizar la existencia de la sociedad organizada, las empresas no podrán generar riqueza allí donde generen daños a la sociedad. Así el tributo debería ser directamente proporcional a la necesidad de progreso, pero inversamente proporcional al daño que puede causar en la sociedad este desarrollo empresarial.

Puede existir entre estas dos entidades (Empresa privada y Estado) un conflicto de intereses. Mientras la empresa privada pretende ampliar sus márgenes de ganancia, el Estado garantiza que esta ampliación en la riqueza de la empresa no dañe la organización social. Allí el conflicto está presente en las pretensiones, en el modo de lograr las pretensiones de ambas partes. Por eso el Derecho determina el limite de deber y derecho de las partes y pretende resolver de esta manera los conflictos de intereses. El Derecho es pues el instrumento utilizado para esa

19 Ibídem pp. 6.

solución normativa social; es un sistema de decisiones sobre determinados conflictos de intereses. Estas decisiones responden a la categorización de los intereses en conflicto, que son determinadas por ciertos criterios de decisión; siendo los criterios de decisión los valores jurídicos que pueden estar representados en los intereses en conflicto. Derecho, pues, como decisión y resolución de intereses en conflicto, que se pueden presentar sólo en un medio donde se reconoce la libertad y se la ejercita.

Sin embargo, la categorización del Derecho como hegemónica para la solución de conflictos de intereses no resuelve el problema de la voluntad (que sólo puede existir por la libertad), no satisface necesariamente a ambas partes, porque de ser así no habría dificultad en plantear una fórmula matemática para resolver los conflictos de intereses. Por ello, lo que está en conjetura es una forma de dar solución definitiva a los conflictos de intereses. Así, el Derecho, por ejemplo, no pretende hacer que las partes sean felices (la felicidad es una pretensión moral, religiosa, etc.), el Derecho es en ese sentido amoral. No son, pues, los sentimientos, sino la razón, la razonabilidad de los hechos lo que predomina -o intenta predominar- en la solución de estos conflictos de intereses; siendo el Derecho sólo un *"criterio de decisión"* para la solución de los conflictos de intereses que Diez Picazo parafraseando a Ihering señala: *"las reglas jurídicas tratan ante todo de proteger intereses y de permitir la composición o solución de conflictos*"[20].

De esta forma componer un conflicto de intereses significa reinsertar este dentro de un esquema normativo, por la cual no la voluntad arbitraria sino el orden jurídico es el eje determinante del Derecho. Este eje no obstante tiene sus variables, porque no es estático. Sí es estable, porque existe, pero es flexible por la intromisión de los valores o de las valoraciones realizadas. Así los derechos son siempre variables porque la primacía de los valores jurídicos son variables,

20 Ibídem pp. 8.

dependiendo del interés protegido y de la relación directa de este interés con el ordenamiento jurídico.

7.- El Derecho como relación de dominio o poder

> *".,el derecho (y cuando hablo de derecho no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía, sino de dominación. Y por dominación no entiendo el hecho macizo de una dominación global de uno sobre los otros, o de un grupo sobre otro, sino las múltiples formas de dominación que pueden ejercerse en el interior de la sociedad. Y por lo tanto, no el rey en su posición central sino los sujetos en sus relaciones recíprocas; no la soberanía en su edificio específico, sino las múltiples obligaciones que tienen lugar y funcionan dentro del cuerpo social. (...) ...El derecho visto no desde el lado de la legitimidad que se instaura, sino desde el de los procedimientos de sometimiento que pone en marcha."*[21] *Michel Foucault.*

Una concepción importante en nuestra investigación sobre el Derecho es aquella que expresa que éste es nada más que "*una relación de dominio o de poder*". La característica que lo forja como un instrumento extraordinario es su capacidad de dominación, su carácter de medio de dominio, de poder. Esta concepción del Derecho como dominio, como *poder*, ha sido genialmente expuesta por Michel Foucault¸*"El derecho es, en esta concepción, más que un ordenamiento jurídico, más que ley, es un conglomerado de instituciones operativas de las relaciones de dominio, de poder. Pero estas relaciones de poder, de dominio no responden a una idea de subordinación clásica: autoridad y subordinado. Sino a otra clasificación; al ejercicio de dominio que pueden y efectivamente ejercen todas las personas independientemente de si son o no autoridades. La designación*

21 FOLJCAULT, Michel. Microfísica del poder. Editorial, p. 142.

como autoridad no es lo que determina, pues, el poder, el dominio, sino las obligaciones". Estás son las que disponen un sistema de dominio y dominación; desde donde el derecho sólo se muestra como regulación, como sistema normativo.

El Derecho existe como un mecanismo de sometimiento que hace eficaz una relación de dominio. De esta manera, la condición para que exista Derecho no es estableciendo un estatus formal, como el de autoridad, sino la presencia de una relación de dominación y de adecuación de la conducta a aquella estricta *relación de dominación*; dominación que tiene su vigencia en la obligación, y ésta a su vez en alguna proposición anterior, como un deber, aquel que debe porque está obligado a una acción. La obligación se define por el vínculo existente entre las partes y no por el objeto de la obligación; en este contexto no el hacer o no hacer constituye la obligación sino la relación de subordinación ante la otra parte. El hacer o no hacer son solo efectos, consecuencias de la existencia de la relación y, además, definen esta existencia, pero no lo originan. El Derecho crea y perfecciona la obligación, la hace posible y efectiva. Antes del Derecho la obligación es ideal pero no material. La obligación constituye un elemento de dominio; lo que demuestra la existencia de un *acto* de dominación, de poder. De esta manera el Derecho termina *regulando* esta experiencia de dominación, de poder, de relación de dominio. Concluyentemente el Derecho es un *sistema normativo que regula las relaciones de dominio*, por el carácter fáctico del hecho de dominio y no por los estatus formales del edificio representativo del poder; no una categoría de autoridad, sino una *relación de dominio* determinado por el hecho, es lo que regula el Derecho.

Este Derecho como dominio, o como relación de dominio de una posición no puede existir si no existe una afectación a la libertad. La libertad se vería ejercida o restringida según sea el caso o la posición de dominante o dominado. No obstante, el Derecho no debe afectar la libertad a través de la dominación, pero si es el dominio de un determinado valor jurídico determinado en el ordenamiento

jurídico. La libertad es aquella que entrelaza y compone las relaciones entre el sujeto dominante y el sujeto dominado y viceversa.

8.- La diversidad o polifacetismo conceptual del Derecho

Un complejo problema en la conceptualización del Derecho desde la óptica de la libertad es la diversidad con la cual se la ha revestido. La concepción del Derecho se ha mostrado desde antaño siempre difusa, múltiple, diversa, por ello es evidente el permanente hecho o proposición fundamental sobre el constante cuestionamiento sobre *qué es o no es Derecho* (*quid sid iuris*), sobre su configuración dentro de una determinada disciplina lingüística. Eso se debe a los hechos o experiencia nuevas constantes que dinamizan la teoría del derecho y revelan nuevos fenómenos normativos; exponiendo al derecho a un autoanálisis permanente; impulsándolo a definirse y redefinirse, por su peculiar característica por la cual su construcción no es para fenómenos estáticos, sino para fenómenos móviles, variables, como es el ser humano en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades; o los variados conflictos de intereses resultantes de la búsqueda de satisfacción de necesidades, cada día revueltas y reformuladas por el avance tecnológico y científico; producto todo esto de un hecho específico: la existencia y ejercicio de la *libertad*.

El derecho ha sufrido infinitamente varios procesos de encuadramiento dentro de una disciplina que lo contemple en su totalidad, y que lo exponga como disciplina hegemónica, válida y legítima. Tal vez por esto cada vez que ha surgido una disciplina nueva que explica la realidad del movimiento en el mundo el derecho ha sido envuelto en ella –o intentos de aquello-, así varias disciplinas han disputado ser el origen y fundamento del derecho, ya sea la teología, la naturaleza, la sociología o la ciencia. Todas estas disciplinas parecen querer demostrar su importancia por la eficacia que lograrían en los fenómenos fácticos, en los hechos, en la realidad, en el derecho. En dicho contexto cabe anotar que *"El más grande de estos intentos de encuadramiento teorético sobre la condición del derecho ha*

sido la que lo define como ciencia". De esta forma, si dicha afirmación fuera cierta –derecho como ciencia- el derecho debería adoptar sus *métodos* y responder a los objetos propios de cada ciencia. Por el contrario, si el derecho no es ciencia se abre otras posibilidades de confundirse o identificarse como ¿disciplina, técnica, arte, sociotécnica o cualquier otra? El resultado al cual se arribe sobre la condición del derecho determinará su *corporeidad,* es decir su «dimensión normativa». Es necesario entonces explicar brevemente esta divergencia: si el derecho es ciencia, disciplina, técnica arte, etc., porque ello determina y afecta innegablemente a la *libertad.*

Esencialmente la respuesta a si el derecho es ciencia, arte, disciplina, técnica, etc., sólo puede ser diseñada según el patrón valorativo del tiempo y del espacio en el cual se desarrolla. Precisamente el Derecho es considerado ciencia, arte, técnica, etc., de acuerdo al «tiempo y espacio» en la cual esta pregunta era asumida. La configuración *temporal y espacial* la determinaba; entonces, según dicho encuadramiento socio político ya el Derecho era teología, filosofía, ciencia, arte, etc. Sin embargo es necesario es esta formulación establecer ciertos márgenes. Así, diremos, por ejemplo, que si el Derecho fuera Ciencia habría de definirse, primero, qué es Ciencia, y cuál su objeto de estudio. El primer problema que encontramos es el de la calidad de los defensores de la concepción del Derecho como ciencia. Esta posición parece haber tenido éxito en una condición social, el hábito, o la tradición. La expansión de esta idea estaba en la capacidad acrítica con cual se la asumía. No obstante, es necesario dar una noción de ciencia para luego verificar si este concepto puede ser aplicado al derecho. Daremos, pues el concepto de Ciencia: *«Ciencia es un conjunto de conocimientos, sistemáticamente dispuestos, verificables y universalmente válidos».*

El apremio por hacer del Derecho una *ciencia* viene con el «cientificismo» (aquella tendencia que pretendía a la ciencia como el patrón que le daba validez a cualquier acto, hecho, teoría, disciplina.). Contrario a esto clarificaba Berdiaev, que «nada tiene que ser ciencia salvo la ciencia». La pretensión cientificista (hacer

ciencia al derecho) nació de la necesidad de otorgarle la máxima certeza a toda disciplina, teoría o conocimiento; pero no se contaba con que la necesidad de transformar el conocimiento jurídico en ciencia para otorgarle validez, solidez, universalidad y verificabilidad podía producir otros efectos, más allá del pretendido. De esta forma «elevar el derecho a ciencia» trajo consigo la posibilidad de estructurar al derecho dentro de un orden racional, pero a la vez no se logró espulgar, desterrar, un eminente peligro o exceso: *positivizar* al derecho (volverlo cosa). La concepción del Derecho como ciencia permitió y hasta allanó el camino para que la filosofía positivista ingresara como fundamento, cerrando el paso a la libertad de intepretación a favor del ser humano, y se pasó al reinado de la norma como objeto y sujeto preferente. Eso no pareció al principio problema, porque si se trataba de darle estabilidad, certeza, posibilidad de previsibilidad al Derecho, el tratamiento del fenómeno jurídico iba por buen camino. No se contó con el extremo, con lo que posibilitaba la filosofía positiva (que todo conocimiento sea válido sólo si seguía los patrones de la ciencia), puesto que la filosofía positiva al reconstruir el concepto del derecho le daba valor prioritario a la norma y no necesariamente al ser humano. A este acto, se le podía denominar positivizar el derecho.

El positivismo es una filosofía que usa a la ciencia como fundamento de su existencia y razón de ser. De esta manera «el mérito de la ciencia así como del positivismo era la certeza». Por eso, reservarse contra los peligros de la filosofía positiva no fue tan fácil, porque no podía verse claramente sus peligros, puesto que eran oscurecidos por su propia consistencia, por los efectos que proponía, como la «certeza», por ejemplo. Esto fue reforzado por juristas y hasta pensadores como el eminente y escéptico filósofo, Giovani Pappiní, quien quedó atrapado por la filosofía positivista, en su búsqueda por encontrar un patrón que rija la vida. Ese patrón debería ser la *certeza*. Papinni escribe: «La certeza me parecía entonces que solo podría darla la ciencia y, queriendo que fuese la filosofía, tenía

que ser una filosofía prendida de las ciencias y nacida de ellas. Todos conocen esta filosofía: en nuestro tiempo, llámese positivismo.».[22]

En el Perú un gran jurista, Mario Alzamora Valdez, presentó al Derecho como ciencia. La más clara evidencia de esto es el titulo que le da a uno de sus libros: «*Introducción a la Ciencia del Derecho*». También se adhiere a esta idea *Marcial Rubio Correa*, quien presenta su ánimo de que el Derecho llegue a ser científico, ciencia; aclarando, sin embargo, que el Derecho aún no ha logrado categoría científica. Rubio define el contenido de la ciencia enumerando los tres elementos que lo componen: a) Presupuestos comunes; b) Unidad de objeto; c) Unidad de método. Los cuales —al decir de Rubio— el Derecho no tiene, por lo que concluye imputándole al Derecho (a falta de su deficiencia científica) la condición de *disciplina del saber*[23].

Mario Bunge, desde su óptica de filósofo y científico, describe al Derecho como una "*sociotécnica*", literalmente dice: "*disciplinas que yo llamo sociotecnicas, tales como el derecho*"[24]; entendiendo que el Derecho no es aún ciencia sino tiene una categoría de *técnica* y que esta se desarrolla en la *sociedad*.

Por su parte, el gran jurista italiano *Francesco Carnelutti*, hombre de filosofía jurídica, proyecta en el Derecho las flores de su corazón y le otorga la categoría de «*Arte*». Referencia directa a ello ha sido expuesto en su libro de tiernas y fundamentales teorías denominado: *"Arte del Derecho"*, donde escribe: *"la potencia representativa de la ley jurídica y, por tanto, del arte del derecho supera, si no me engaño, aquella de cualquier otro arte y el legislador merece la calificación de artista todavía más propiamente que el poeta o el pintor, porque no tanto describe al pueblo lo que seguirá naturalmente al bien y al mal, que hizo el hombre, es decir, le explica la ley moral, cuanto porque adelanta la*

22 PA Giovanni. Un Oumo Finito (Un hombre acabado). Madrid. Ediciones Aguilar. Pág. 766.
23 RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho.. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuarta edición: marzo de 1988. Pp. 338.
24 BuNGE, Mario. Vigencia de la Filosofía. Fondo editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Perú. Pág. 58.

consecuencia futura de este bien o de este mal juntando a la consecuencia natural una consecuencia artificial del hecho humano"[25].

A su vez, el gran patriarca del derecho positivo (hombre que quiso purificar el derecho y en consecuencia desdeñaba cualquier pretensión moral, religiosa, etc. que se pretendiera fundador del derecho) Kelsen, decía que el Derecho podía ser una ciencia social normativa, con lo que se repara en la calidad de certeza que con la norma se puede hacer del derecho. En este concepto kelseniano se deviene una contradicción con las postulaciones que hace sobre la distinción entre leyes naturales y humanas, principio de causalidad y principio de imputación, puesto que si el ser humano actúa según las leyes humanas, ha de advertirse que la ciencia responde a las leyes de la naturaleza, ¿cómo puede entoncees ser el derecho una ciencia si el actuar humano respondiera a las leyes de la naturaleza? Al margen de aquel razonamiento, Kelsen conceptua al derecho como una *ciencia social normativa.*

Como se aprecia en líneas anteriores las posturas sobre si el derecho es ciencia, disciplina, arte, técnica, etc., son muy diversas, pero intentan poner en plataforma algunas preguntas sobre la «validez o efectividad» del derecho, como: ¿porqué importa la condición o naturaleza del derecho?, o ¿qué trascendencia tiene si es ciencia, disciplina, arte, técnica, etc.? Todo se resume en el principio de ubicuidad, de ubicación; es decir, simplemente se intenta ubicar el patrón, o los patrones de razonamiento, que ha de utilizar el derecho; los fundamentos para hacer o no hacer derecho; aquellas fuerzas irresistibles y últimas a las que tiene que acogerse el ser humano para legitimar sus experiencias existenciales; encontrar los ejes de nuestra organización jurídica-social.

Por otro lado, para encontrar la respuesta a la *esencia* del derecho es necesario hacer referencia a su *objeto*. De esta forma para determinar qué era *derecho* debería de pasarse previamente por la pregunta de cuál era el objeto del Derecho.

25 Camelutti, Francesco. Arte del Derecho. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pp. 42.

Se dieron varias alternativas, así el objeto podría ser las normas, los hechos, los valores, la justicia, la paz social, la seguridad jurídica, la tutela jurisdiccional, etc. Algunos autores han dicho, con evidente ebriedad personalista, que el objeto del derecho es nada más y nada menos que «*el ser humano*»; pero también se ha tomado como objetos a «la norma jurídica», «el valor jurídico», «el hecho». Mientras tanto también surgieron afirmaciones que esgrimían nociones filosóficas como la «ontología» que presentaban como único medio que permitiría decir cuál era el objeto del derecho. Así la ontología asume la discusión sobre el objeto de la disciplina[26]. En tanto para Kelsen es el ordenamiento normativo el objeto del Derecho, incluso con prescindencia de la vida humana[27]; para Fernández Sessarego, que hace mención de la existencia de la Escuela Realista del Derecho, considera a la dimensión social como el objeto de estudio de la ciencia jurídica[28]

Cabe advertir, previamente, que «los objetos son entes acabados, compactos, macizos. El ser humano, por el contrario, es lábil, proyectivo, historializado; teniendo que hacerse así mismo, arrojado entre los otros y las cosas, con los cuales y a pesar de los cuales tiene que escribir su biografía»[29]. Por eso, no obstante todas las concepciones sobre el «objeto» han logrado hacer una poda de lo que constituye el derecho, e independientemente de si eran exactas o no el derecho ha logrado, por medio de la critica y el análisis, descubrirse ante las necesidades humanas como múltiples fenómenos, capaz de abarcar los conflictos de intereses, los problemas socio-jurídicos desde varias aristas.

Esa incesante lucha por definir al derecho, por saber cuál es su objeto, ha traído sus consecuencias. El resultado más palpable es el logrado por Kelsen con el destierro del mundo del derecho de ciertas áreas del conocimiento, disciplinas, o teorías como la moral, la religión, la tradición. Aún actualmente si el derecho no se ha convertido en «puro» si ha logrado *distinguirse y diferenciarse* de otras

26 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona. Grijley. Tercera edición, 1998. Lima. Pág. 48.
27 Ibídem Pág. 58.
28 Ibídem Pág. 60.
29 Ibídem Pág. 81.

disciplinas o dominios de saber. Otra vez, la discrepancia y reformulación progresiva sobre cúal es el objeto del derecho sólo ha sido posible gracias a un elemento central: *la libertad.*

9.- El derecho como un universo de discurso juridico

La defínción del Derecho ha sido siempre una pregunta huidiza, esquiva, nunca resuelta del todo; sin embargo, esto que pareciera ser una deficiencia es más bien conciencia de cierta posibilidad, y posibilidad supone indefinición, definición de esta indefinición, pero a la vez definición de extensión, progresión, evolución, infinita e indeterminada. En el Derecho no podría ser de otra manera, porque de ser lo contrario el Derecho hubiera sido definido *«total, universal y eternamente»* (esto es logrado sólo por la ciencia, o al menos esa es su pretensión), lo que negaría su condición social (constante transformación y cambio por efecto de las relaciones sociales, intersubjetivas), y se acercaría más a una concepción normativista o positivista del Derecho en cuyo medio todo estuviera ya pre establecido. En el Derecho no sucede así, por que éste es el resultado del hecho histórico del hombre, de su condición histórica, es decir, resultado del ser humano insertado en el tiempo y el espacio; resultado del sentido histórico: conciencia del tiempo y del espacio. Resultado de valores dominantes, asimilados, confrontados, integrados, interiorizados por el ser humano.

Francesco Galgano, citado por Fernández Sessarego, señalaba que *«El concepto del Derecho se ha perdido en la neblina del tiempo. La palabra directum - en vulgar derecho- aparece como por encanto en la historia, sale de la neblina del tiempo*», y al parecer se queda allí, en la neblina. Su dimensión es relativa, temporal, operativa, que parece ser su peculiar característica, pues los conceptos de Derecho son siempre operativos, funcionales, no definitivos o científicos, no valen para todos los tiempos sino para un tiempo y espacio determinado. Su definición es convencional. No está catalogada en los rangos de verdadera o falsa,

sino sólo de «operativa», «oportuna», no hay una definición verdadera y una falsa, sino cuando más solo una definición más o menos oportuna.[30]

Ubicada en el tiempo y en el espacio el Derecho recién tiene sentido, o sea «unidad». Recién puede ser tomada como patrón de referencia. Es dentro del «contexto» donde se desarrolla y se extiende. De allí nace la idea de que no hay realmente algo que sea Derecho (como objeto) sino *«contextos»* donde se desarrolla, *«universos de discurso»*[31] donde adquiere significación, sentido, expresión.

Por su parte Nolberto Bobio explica que el Derecho para ser tal debe contener los siguientes conceptos:

a) El concepto de sociedad.- Es en referencia a la sociedad cuando el Derecho aparece; lo que no está en referencia a la sociedad no es Derecho; de esta forma el Derecho nace, aparece y se ejerce siempre dentro del contexto de *uno en relación con los demás*, es esta *relación* con el resto lo que determina la existencia del Derecho. La vida particular, sin relación con el resto no entra en el contexto del Derecho. El Derecho relaciona al todo, es ante todo relación, relación intersubjetiva, pero no sólo relación, además, facultad, poder, «capacidad de afectar y ser afectado».

b) **El concepto de derecho debe contener también la idea de orden social.-** Goethe, reseñado por Femado Savater, decía que prefería la injusticia al desorden. Esto al parecer es porque entendía que una condición de la existencia la justicia es la preexistencia del orden. De la misma forma, no puede haber Derecho donde no existe orden. Eso indica que puede haber injusticia, pero ni siquiera habría la posibilidad de aquella si no existe orden, y en consecuencia si éste no existe no habría Derecho. Aclarando que el orden no es de cosas sino de los seres humanos,

30 ° B0BBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Editorial Temis, p. 11.
31 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía de! Derecho. Editorial Bosch, pp. 253,254.

de la relación de unos con otros seres humanos. De tal forma que «toda manifestación social, por el solo hecho de serlo, está ordenada por lo menos con relación a los asociados».

c) **El concepto de Derecho debe considerar también la idea de organización, de estructura.-** El Derecho «antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales es organización, es estructura, es situación de la misma sociedad en la que se manifiesta y a la que constituye como unidad, como ente autónomo.»[32] Esta organización es social. La necesidad de esta organización es excluir la arbitrariedad o el uso simple y llano de la fuerza injustificada.

El Derecho resulta luego una institución que coordina, articula el poder, que surge para establecer determinado orden general, apoyado y respaldado en cierta capacidad de coacción, previamente justificada, legitimada. El Derecho vendría a ser «una institución que coordina y articula las relaciones de fuerzas, de dominio, las capacidades de afectar o no afectar, es decir, las relaciones de poder». El Derecho así planteado no surge exclusivamente del Estado sino de cierto tipo de configuración social, de articulación o relación de fuerzas, con determinados elementos constitutivos que integran la facultad del hombre de vivir organizadamente. Concluyentemente «Derecho es, entonces, cierto modo de resolver los conflictos de intereses intersubjetivos, cierta organización de las relaciones de fuerza, de dominación, de poder».

Pero el Derecho es asimismo y siempre «valoración, estimación». Supone que existen en su sustrato un conjunto de conflictos de intereses susceptibles de ser estimados; conflictos que tiene necesariamente que ser valorados, estimados, logrando el equilibrio (justicia). Equilibrio sería en consecuencia la palabra clave en la concepción del Derecho. Surgen la preguntas: ¿Equilibrio de qué?, ¿qué se

32 BOBBI0, Norberto. Teoría General del Derecho. Ediciones Temis, pp. 7,8. El sombreado es nuestro.

pretende equilibrar? Equilibrio supone existencia de dos fuerzas contrapuestas, dos intereses contrapuestos, relación de fuerzas en perpetua y eterna contradicción, producidas por la existencia y afirmación de la libertad de los seres humanos. Puede suceder, entonces, que si una de estas fuerzas, pretensiones, vence la otra queda aniquilada o reducida. A esa fuerza que vence, que se impone sobre la otra fuerza se le llama justa, su justicia radicaría necesariamente en su fuerza. No obstante cabe decir que si no existe esa otra fuerza vencida no existe la fuerza vencedora, porque sólo hay fuerza donde hay otra fuerza; así sólo hay Derecho donde existe otro Derecho, sólo hay relación jurídica donde existen dos sujetos en relación de fuerzas. Son estas fuerzas reguladas, acondicionadas con ciertos métodos, lo que supone el Derecho: método para regular y organizar las fuerzas sociales.

Dicho en otros términos: «El Derecho con mayúscula es un conjunto de conflictos de intereses, de valoraciones de estos intereses y de equilibrio de los mismos» (Luis Diez Picazo). La fuerza que pugna por ser es el interés. El interés (producto de la libertad) es una fuerza que se relaciona necesariamente con los demás intereses, que son también otras fuerzas. El Derecho es luego, nada más que un *especial método de organización de las relaciones de fuerzas*, método de organización social, método de resolución de conflictos de intereses, puesto que trata de resolver los conflictos de intereses. Sin embargo debe anotarse que no existe sólo un método para resolver los conflictos de intereses, pero el Derecho tiene el monopolio legal para ello, tiene exclusividad de garantías jurídicas y mecanismos para su cumplimiento.

Los otros modos de resolver los conflictos de intereses en una sociedad son: la moral, la costumbre, la religión, la ciencia, la técnica, etc., que actúan perfectamente -dado el caso y la cosmovisión de la sociedad en la que se resuelven los conflictos de intereses-. La diferencia de los mismos está en el centro de gravitación de cada fórmula o método de solución de conflictos de interés: respaldo social o científico que tienen, fuerza coactiva o coercitiva,

fundamentos que se adecuan al contexto actual, presente; vigencia de sus fundamentos para dar solución a los conflictos de intereses, etc. La historia muestra cuales han sido los métodos aplicados. Recordemos, por ejemplo, que el método usado en la sociedad antigua, Grecia o Roma, recae en la religión. La persona no sospecha siquiera un atrevimiento al orden divino; la divinidad era el centro, el sentido de la vida y de la historia. Para el ser humano de la antigüedad no cumplir con aquel requisito era insalvable, determinante. En la conciencia del hombre antiguo se había internalizado la idea de lo divino antes que lo terrenal. El Derecho quedaba subordinado a lo religioso. El primer principio o fundamento no era el Derecho (método, instrumento, o modo de organización de la sociedad fundado o centrado en la persona), sino la religión, la teología. La vida del ser humano tenía que estar de acuerdo con la armonía divina. Lo que se protegía no eran los intereses individuales, sino que estos intereses estén armonizados, coordinados con el interés divino.

La concepción del Derecho según Marx

Marx pone en evidencia la diferencia de los seres humanos y los agrupa en clases. Para él existen opuestamente «*clases dominantes»* y «*clases dominadas»*. Los primeros tienen esa categoría por ser dueños y propietarios de los medios de producción y determinan la vida de todos. Los segundos sólo tienen su fuerza laboral y son determinados por los primeros. Se expone también a la sociedad dentro de una *teoría del consumo*. Del tal fórmula el ser humano es resulta siendo un consumidor por naturaleza, por lo que su vida se deriva de dicha condición. Así la persona es lo que consume y, como no consume nada bueno para su salud y libertad, se convierte en un *alienado*. En aquella hipótesis se forja la idea de la urgente necesidad de *desalienar al consumidor,* para devolverle la condición de ser humano libre e igual al resto, restituyéndole todos sus derechos, creándole garantías y sistemas que protejan su dignidad y condición de libre, capaz de elegir y decidir su destino.

Marx también afirma que el Derecho tiene su fundamento en el poder. Si el poder es el fundamento del Derecho, habría que determinar cómo funciona este poder, cómo se ejercita, y entender que éste último no es nunca una masa acumulada en algún rincón del mundo; no está en la cima de alguna escala, no es un puesto estático, sino una posición determinada pero móvil, estratégica, un «ejercicio». Ejercicio y no propiedad. Variable, mudable, dominante y categorizable sólo momentáneamente. Contraria concepción de aquella que explica que el poder -según los seguidores de Marx- se halla depositado, en las «clases dominantes» (sólo ellos y nada más que ellos tendrían el poder, según esa opinión). Si aquello hubiera sido cierto, la máquina productiva, la masa productiva no funcionaría; puesto que –por ejemplo- si el trabajador de menor nivel en la estrucura laboral no ejerce su poder de creación o producción el sistema se truncaría. De esta forma resulta que el poder no está incrustado en el hombre, por su posición política, sino que es un ejercicio, una relación de fuerzas. Concepción que expuso Nietzsche, explicada por Foucault, y reexplicada por Guilles Deleuze, por la cual cada hombre que interviene en la máquina de producción «ejerce» cierto poder, su poder de producción, sin la cual el sistema no funcionaría; resultando que hasta el más inferior trabajador tiene una función de órgano, es un órgano de la parte, pertenece a un todo interactuando necesaria e indispensablemente en la creación y producción.

La teoría marxista apuntala otro postulado: «La desigualdad en el reparto de la riqueza y del poder», que al parecer parte de la siguiente pregunta: ¿Porqué unos hombres son extremadamente pobres y otros extremadamente ricos? La respuesta según esta versión es que «la riqueza y el poder se concentran en una sola palabra: Propiedad». Palabra clave que tiene carga histórica, porque el resto (las preguntas sobre el origen del poder, etc.) parecen derivarse de ella. Puede incluso decirse que en esta concepción el Derecho aparece como la historia de la propiedad. Por eso Marx analiza la propiedad como fundamento del movimiento social y como forma de medir la diferencia entre las clases sociales. Para Marx la propiedad determinaría la desigualdad; y a su vez Proundhon –el anarquista- diría: «La

propiedad es un robo». Mientras que al parecer Rousseau pensaba que el origen de todos los males se dio cuando unos sujetos cercaron determinado territorio, dijeron que era suyo y otros le creyeron. Fenómeno que explica cuál sería el fundamento de la propiedad: «otros le creyeron», los otros legitimaron, al creerle, esa pretensión: la de ser dueños de un determinado bien. De esta forma, la propiedad es determinación social, reconocimiento social. No hay propiedad si el resto, la sociedad, no reconoce esta. A ese reconocimiento se le llama legitimación.

Marx, no conforme con las ideas dadas, plantea también la teoría sobre la eliminación o muerte del Derecho. En esta proposición se pone a flote el hecho del orden jurídico como un *instrumento de opresión*, de sojuzgamiento, de represión de la espontaneidad del ser humano: «El Derecho es desde este punto de vista un freno, un impedimento al libre y necesariamente armónico desarrollo del hombre; constituye una fuerza exterior a éste que lo coarta, un poder extraño que lo aprisiona, haciéndolo servir a algo que no es él mismo. Si tal es la condición del Derecho, es evidente que debe ser eliminado o, cuando menos, transformado radicalmente, suprimiendo los caracteres que lo convierten en instrumento de opresión externa y ajena al hombre mismo. Esta doctrina tiene su máxima expresión en la concepción marxista de la extinción del derecho.»[33]. En la misma línea, Marx plantea que así como "el Derecho no es un capricho," "El delito -esto es, la lucha de un individuo aislado contra las condiciones dominantes- no es el producto del simple capricho"[34], sino el resultado de las circunstancias sociales, de las condiciones sociales de la vida, por lo que se debería aplicar otro sistema de regular el control de los delitos, no a través del sistema penal, de represión individual, sino de cambio de las condiciones y circunstancias sociales, es decir anulando los factores social económicos que engendran el delito: *«...en vez de castigar a los individuos por sus delitos, debemos más bien destruir las condiciones sociales que engendran el delito y dar a cada individuo la amplitud*

33 MASSINi, Carlos Ignacio. Sobre e/Realismo Jurídico. Argentina. Abeledo-Perrot, 1978. p. 55.
34 Ibid.

que necesita dentro de la sociedad para desarrollar su vida. Si el hombre es formado por las circunstancias, estas circunstancias deben a su vez ser humanamente formadas».[35]. Se opone las circunstancias antes que al individuo como causa del delito.

10.- El Derecho como construcción histórica y teórica

Podemos también ensayar una concepción del Derecho desde la historia, historia construida por el ejercicio de la libertad. Esta conceptualización se fundamenta en el «sentido histórico del derecho», que explica que el Derecho no aparece como producto del azar, como un simple acontecer humano, sino como una relación de fuerzas, como un acontecimiento histórico, es decir, construcción humana; destino al cual éste se proyecta llegar y por el cual construye mediante procesos técnicos su futuro, las formas cómo organizarse, las estructuras de su autoregulación.

En esta concepción Derecho e Historia son casi sinónimos, no existiría la una sin la otra. Así, el Derecho es eminentemente construcción histórica, y la historia no es más que un instrumento que pone en relieve al Derecho. La concepción del Derecho no viene de por sí, ni siquiera de la ley, sino que es una operación intelectual, del pensamiento, una interiorización de la visión del mundo, una forma de entender la vida y las relaciones que la manejan; es algo que se va formando y transformando constante, diversa y multitudinariamente. Por ello se explica que no exista sólo una concepción del Derecho en un mismo tiempo y espacio, sino varias concepciones del Derecho que se superponen, mezclan complementan, enfrentan, niegan o se hallen unas a otras. Este tipo de relaciones, de actos, se van registrando en la historia, como una especie de cementerio de hechos que reflejan la normatividad imperante de la sociedad historiada, es decir la concepción dominante teórica o experimentalmente.

35 Ibid.

La visión histórica del Derecho nos permite entretejer ciertos puntos de análisis y estudio, pero no como una relación causal absoluta y lineal (si ocurre tal hecho en el pasado deberá ocurrir tales hechos ineludiblemente en el futuro), sino como el estudio de cierto orden social, normativo, jurídico, que puede haberse extendido -con la consecuente transformación- en los tiempos actuales. Cabe clarificar que la historia no es una consecuencia, pero sí una sucesión de hechos, y no puede ser usada como oráculo para predecir el futuro y menos para determinarlo. El argumento de que la historia era lineal y determinante del futuro ya no es más un peso incoherentemente aceptado, sino sólo el registro de cierto tipo de pensamiento: *"Hoy sabemos que la historia no es un conjunto de reglas predecibles (como creían los clásicos y los marxistas), o un destino fijado por la geografía (como pensó Taine en el siglo XIX). Si puede afirmarse algo sobre ella, la historia es precisamente una continuidad sin reglas, o más bien una sucesión de hechos en parte dispersos y en parte estructurados que va inventando sus reglas con la misma rapidez con la que se deshace de ellas. Pasada la boga de las ciencias sociales en los años 60, hoy hemos vuelto a la conclusión de que en la marcha de las sociedades nada es predecible ni está determinado de antemano. En la historia reciente, la sucesión de eventos que fue desde la caída del muro de Berlín hasta la disolución de la Unión Soviética contradijo no sólo las leyes de la teoría marxista sino cualquier proyección razonable. Que la marcha de la vida -la de los individuos y los pueblos- excede a la razón con la que las élites pensantes habían querido definirla, es una antigua lección que los hechos recientes han confirmado".* Esta afirmación sobre la historia y su condición incierta de ser un conjunto de reglas exactas, aunada a la desmistificación de la razón como elemento conector entre pasado y futuro, que le daba validez científica o lineal (y por lo tanto causal), no es más un dogma, pero sí un referente actual. La historia es vista desde su fin, como experimentación activa de una cosmovisión también actual, fluctuante y social, y que en la teoría del Derecho servirá para comprender que el Derecho, formado por el ejericio de la libertad, es y será variable, de acuerdo a un tiempo y espacio también determinado, o lo que

se podría denominar, de acuerdo al "sentido histórico del derecho", que registra el paso o movimiento de la libertad creadora del Derecho.

La construcción teórica del Derecho

El Derecho puede ser conceptualizado también como una dimensión social inmensa, llena de variantes, de perspectivas de exploración y análisis; por eso para estudiarlo necesitamos armar todo un esquema primario y básico, que permita comprenderlo e interiorizarlo coherentemente. Para ello tenemos que empezar a explorarlo desde una perspectiva global, sistémica, tocando temas que constituyen los "fundamentos" del Derecho mismo. Así las ideas matrices que se usen para construir una cosmovisión jurídica no son insignificantes, sino determinantes, porque determinan e imponen un estilo de saber, una forma de saber con el que se propone la vida regulada, con el que se solucionan o no los problemas de interacción o relación intersubjetiva. Por eso construir un concepto del Derecho consiste en lograr cierta teorización jurídica trascendental, como construcción mental, que se pretenderá armónica y básica pero no acabada, para asumir el derecho y su relación con la vida.

La construcción teórica del Derecho, de sus fundamentos y principios básicos no han existido siempre, sino han sido construcción histórica, o determinados por la historia. Así, el resultado de la confluencia de intereses y de las luchas por imponer esos intereses ha dado hoy un resultado: El Derecho actual.

El Derecho (en el Perú) no tiene su origen sólo en nuestro espacio territorial, sino que es el producto de un fenómeno existencial, histórico y antinatural. Nuestra concepción de cómo desarrollamos soluciones, de los métodos de solución de conflictos de intereses es el resultado de la confluencia de muchas vertientes: la organización y el derecho incaico, romano, español, francés, etc.; producto de todo el proceso de integración del Perú al mundo occidental. La historia nos revela que en una primera etapa, hablando geográficamente, el Derecho era

concebido como una proposición de los dioses, una determinación de los dioses. El destino del ser humano estaba, por lo tanto programado. Con *La Conquista* nuestros antepasados españoles reconstruyeron e impusieron una nueva forma de organización social y de Derecho, imponiéndose al tipo de organización social y jurídica de nuestros antepasados incas. En *La Conquista* no había todavía nada definido, nada tan claro y establecido. Más tarde, el Derecho en *La Colonia* era sólo una amalgama de soluciones, de formas de solución, aún no sistematizados: *"En el siglo XVIII encontramos un Derecho bastante más abierto que el actual, menos formalizado. El ordenamiento jurídico no es claro, sistemático, cerrado. La legislación ha venido siendo acumulada con desorden a lo largo de los siglos y Cáceres habla de los "crecidos volúmenes de los Derechos" (en plural). En realidad, no hay todavía una teoría de las fuentes formales — noción esencial del Derecho moderno — que determine en forma categórica lo que constituye propiamente un elemento normativo y lo que no lo es. No hay una distinción clara entre Derecho Natural y Derecho positivo, ni entre leyes, principios morales y costumbres. Una de las fuentes legales más importantes resulta ser el material de las Partidas; a pesar de que en su origen fueron concebidas simplemente como un Tratado bastante enciclopédico del Derecho y de la Moral de su época. Mientras que las Partidas son frecuentemente mencionadas, las leyes propiamente vigentes en el sigo XVIII se citan poco. En cambio, se utilizan como leyes positivas las viejas instituciones del Derecho Romano que, salvo desde el punto de vista doctrinario y paradigmático, carecían de toda vigencia. Este carácter abierto e impreciso del Derecho permite un uso táctico del mismo bastante eficiente, por quienes —como Ciriaco de Urtecho— se empeñan en lograr dentro de un sistema esclavista la abolición privada de la esclavitud para un caso específico."*[36]

El Derecho moderno trajo consigo ya la sistematización, la ordenación, la categorización de las instituciones jurídicas, la determinación de estas instituciones jurídicas. Un Derecho enmarcado geográficamente, sin embargo éste

36 Trazegnies Granda, Fernando. Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor. Fondo Editorial: Pontificia Universidad católica del Perú. 1989. Pp. 196.

no se dispone desde la geografía sino desde la cultura, es decir, desde la teorización, o mentalidad. Es la mente la que crea al Derecho. Las razones de su existencia pasan primero por la mente. Toda razón es siempre mental, intelectual. Sin embargo cuando hablamos de Derecho no queremos plantear sólo los conceptos básicos de su estudio en nuestra civilización occidental, sino ir más allá, explicar el Derecho desde su principal característica: como ordenamiento jurídico que se define por su capaci*dad componedora*, de composición de los conflictos de intereses intersubjetivos. No se busca, entonces, sólo decir los conceptos jurídicos[37] básicos del Derecho, sino ensayar con perspectiva metódica y categorizable, las instituciones fundamentales para entender y ejercer el Derecho en el ámbito de la libertad.

Entender el Derecho nos llevará a conocer las obras de Introducción al Derecho, así, debemos saber que el primer antecedente de la Introducción al Derecho que tenemos es el de el Speculum Juris"[38] de Guglielmo Duranti (1275— jurista medieval). Mario Alzamora Valdez le llama a este antecedente el Speculum Judicials" y escribe que contenía seis leyes: prima lex naturalis, seconda mosaica, tertia prophetica, quarta evangélica. quinta apostólica y sexta canónica[39]. Por otro lado, "En el siglo XIX, en la primera mitad, en Europa se dan los primeros intentos para diseñar una cátedra en las universidades, pero es en Francia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, donde se organiza y concretiza un curso como el tratado, por medio del filósofo Víctor Cousin[40].

Lo esencial de conocer el concepto del Derecho es -reformulando lo que dice Alzamora Valdez-: "conocer el objeto y fin de la ciencia jurídica, las partes de que se compone, el lugar de todas esa partes, el orden en que deben ser tratadas y, sobre todo, el método que debe presidir a esta ciencia"[41]; en fin, describir el

37 Sobre conceptos jurídicos leáse a Florencio Mixan Mass. Formas del conocimiento jurídico'.
38 Afrirma Máximo Pacheco. Pacheco G., Máximo. Teorla del Derecho. Editorial Juridica de Chile, Pp. 704.
39 ' Alzamora Valdez, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Editorial de Libros. SA. Pp. 63.
40 Afrimia Máximo Pacheco. Pacheco G., Máximo. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 705.
41 Alzamora Valdez, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Editorial de Libros. SA. Pp. 62.

contenido del Derecho en su contexto general, para darle una visión y comprensión sistémica. El concepto del Derecho es así más un metarrelato, un metaderecho, una narración sobre la narración, una narración sobre el Derecho y sus instituciones comunes, generales. Se trata, además, de describir y puntualizar el marco de operación del Derecho, los textos y contextos dentro del cual puede ser comprendido y abordado.

Cabe también anotar que la concepción del Derecho no nace de la ley positiva, sino de la necesidad de regulación, es por lo tanto previa al positivismo, previa a la letra de la ley, porque su existencia está no en la ley, sino en las construcciones intelectuales, en la mente y teorización del propio Derecho, de lo que es el Derecho y de su conformación, en las necesidades sociales producto de la vida.

Por último, la concepción del Derecho ha pasado a constituir las fuentes que han construido la arquitectura de nuestro conocimiento sobre el Derecho y que por tal son conocimiento e información. Esta información no sólo son literalmente datos, sino que cumplen una función, condicionan, de cierta manera, al ser humano, porque "la información es la que nos condiciona y nos forma". De tal forma que el Derecho -en cierta medida- condiciona y forma el saber humano y la aplicabilidad de este saber. Derecho es entonces un saber, un saber total, global, sobre un método de composición de los conflictos de intereses; saber que también condiciona o determina ciertos patrones de razonamiento, punto o puntos de decisión, a partir de los cuales los seres humanos afrontamos los fenómenos jurídicos.

11.- La Teoría Multidimensional del Derecho

En Derecho no hay mayor certidumbre que la incertidumbre de las normas; su carácter rebatible, su condición voluble, ligera, incompleta, la necesidad de interpretarlas siempre. Ésta es la época en la cual la certidumbre (de espíritu inamovible) de una ley es cada vez menos *cierta*, menos certera, y por lo tanto,

menos *eterna e universal*. Y es que alrededor de una ley se pueden dar muchos giros, tejer muchos sentidos (como sabemos sentido es nada más que unidad, unidad de criterios, relación causal). En este tiempo la interpretación *literal* de la norma no puede ser tan fija, tan compacta, tan «piedra». Es cierto que en la antigüedad las leyes eran «piedras» —o, más estrictamente, «escritas en piedra»—, puestas en el centro de la plaza para que todos pudieran verlas y tener «certeza» de lo normado, certeza del porvenir, método futurístico. Actualmente no puede decirse ya que una ley es «clara», que no tiene vicios, sombras, vacíos, etc. El núcleo de esta afirmación está en el hecho de que la ley no tiene sentido unívoco, que la ley es lenguaje, y éste tiene sus reglas; que en el lenguaje la palabra es polisémica, por lo que hay la extraña y primaria necesidad de conectar las palabras en un mismo contexto: el jurídico. Intentar delimitar el radio de especulación. Surge la necesidad de buscar «certeza temporal» a toda costa, ¿incluso a costa del hombre? No puede decirse, entonces, que la ley es tan clara como el agua, porque el agua del derecho nunca es clara, sino turbia, cenagosa y agitada. Eso nos indica que más que certeza hay «incertidumbre» y búsqueda de certeza. Pero, es precisamente esta fluvial incertidumbre, esta multiformidad, multiculturalidad, pluralismo social y jurídico; este nuevo lenguaje y planteamiento global; este retorno de los brujos (que parece explicar —no tenemos la certeza— que no fue Einsten el descubridor de la teoría de la relatividad); este desencanto postmoderno (crítica al racionalismo moderno, explicada por Lyotard, Habermas, Baudrillac, etc); esta transvaloración de todos los valores (el primer grito de que no hay certezas absolutas, no hay verdades —planteada por Nietzsche); ese autoexilio del mundo racional, performan de la «autocrítica» como un acto decadente que destila Cioran; es la caída del muro de Berlín (como fin de cualquier intento de tener como padre absoluto al Estado, predeterminando y resolviendo todo); son los avances ineluctables y avasalladores de la ciencia incisiva, palanqueando todas las profundidades del secreto de la vida, describiendo cómo el mundo está compuesto por microsistemas —la «Microfísica del poder» de Michel Foucault; es el nuevo lente del Derecho visto ya no como un proceso cognoscitivo, de conocimiento, sino como catárticas relaciones de fuerza,

relaciones de poder, como «guerra reglamentada», «lucha perenne y perpetua» —teorías tan lúcidamente expuestas por Ihering, Foucault, Carnelutti—; son los retazos de circuncisiones y cirugías mentales expuestas por el pensamiento psicoanalítico de estigma Freudiano; son los ritos nocturnos y velatorios, de duelo, por «la muerte de Dios» (también expuesta por Nietzsche y que significa la muerte del «principio divino» como «rector» de la humanidad); es la certeza de que ni siquiera es previsible ya que «la mano invisible» corrija los desajustes en la economía de una sociedad (como parece que pensaba Adam Smith); y la idea pululante de que incluso la ciencia es la más falsable (Popper aclara que basta un error para que la ciencia deje de ser ciencia); etc.; son todas estas evoluciones del conocimiento lo que ha hecho que el homo sapiens replantee sus fundamentos para hacer Derecho, para «ejercitar» el Derecho. De eso trata la tan complicada Multidimensionalidad en el Derecho. No hay dimensiones únicas, no hay capacidad para abarcarlo todo, para organizarlo todo, para hacer un código absoluto, como lo querían Justiniano o Napoleón. Con principios tan universales como únicos y eternos. Todo es multidimensional.

De tal manera que el nuevo conocimiento teórico no puede ya aislarse del «Todo»; así este conocimiento excluyente, exclusivo, «como una casa de barajas, empieza a caer no solamente por fallas de construcción, sino también por sus logros». Esto es porque el mundo ya no es un todo ordenado, perfectamente planificado y planificable. No hay matemáticas (racionalismo) que salve al mundo de su variopinta espiritualidad, de su natural condición sísmica, giratoria, dinámica. El mundo se plantea ya desde otra perspectiva, la del «azar», la del «todo puede pasar», según las combinaciones que se haga. El mundo tiende a creer en las aporías de un nuevo lente, el multidimensional, que engloba un nuevo instrumento de «visión y construcción», el del caos. Tan fuerte son estos vientos que ya Michel Foucault parafraseando a Nietzsche, escribiría: Por su carácter el mundo se parece a un caos eterno; ello no se debe a la ausencia de necesidad, sino a la ausencia de orden, de encadenamiento, de formas de belleza y sabiduría. El mundo no busca en absoluto imitar al hombre, ignora toda ley. Abstengámonos de

decir que existen leyes en la naturaleza. El conocimiento ha de luchar contra un mundo sin orden, sin encadenamiento, sin formas, sin belleza, sin sabiduría, sin armonía, sin ley. El conocimiento se relaciona con un mundo como éste y no hay nada en él que lo habilite a conocer ese mundo, ni es natural a la naturaleza conocerla." La teoría del caos explica muy bien esta nueva circunstancia histórica, la nueva construcción del Derecho y de su carácter multidimensional. «La Teoría del Caos del Universo», es planteada por el Premio Nobel de Química 1977, Ilya Prigogine, "el caos es fundamental para entender la naturaleza». Básicamente en el Universo no existen leyes que puedan ser medidas ni consultadas. En la Tierra hay regiones que en tiempos remotos fueron selvas, como el Desierto del Sahara por ejemplo». Esto implica que hay una lucha y una mutación, que todo es transformación, que el conocimiento ya no es percepción sino violación: «El conocimiento sólo puede ser una violación de las cosas a conocer y no percepción, reconocimiento, identificación de o con ellas.» (Foucault).

En consecuencia todo es multidimensional, no hay nada puro en las relaciones sociales. No podemos intentar establecer una sola, única y excluyente «ley del movimiento», un único «centro», como el Aleph de Borges, por ejemplo, donde confluyan todos los ritmos, sonidos, lenguajes, dimensiones. Hay tantos centros como seres humanos existen. Si el ser humano es el centro, es la medida del universo, hay tantos universos como seres humanos. El mundo es la persona, y muere con la persona. «El día que yo muera se acabarán las rocas,/ los labios, los cipreses, las albas, los crepúsculos, / la pena y la alegría. Y el mundo habrá dejado de ser, que su existencia está en nosotros mismos» (Kheyyam).

Trazegnies en su libro Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor, último capítulo: "La teoría Dinámica del Derecho"; diríamos con él, que en la teoría multidimensional del derecho «hay un diferente reparto de voces y silencios» donde el juego es multisectorial, pluricultural, variopinto, burbujeante, plástico y divergente. Hay entonces nuevas «condiciones de visibilidad». Cada época transparenta, proyecta sus focos de visibilidad y en Derecho eso funciona como

un retroproyector, como un microscopio o un telescopio, según sea el polo catalizado. Es interesante, por ello, observar «los mecanismos usados por el derecho para hacer visibles ciertas cosas e invisibles otras». Lo invisible se engrapa en el razonamiento positivista. El discurso es: puede haber razón universal (todos razonamos, pensamos), pero el raciocinio (cómo pensamos, con qué substratos culturales, axiológicos, etc.) es múltiple, singular —único de cada ser humano—, eso significa que tantos seres humanos hay, tantas formas de pensar habrá.

La teoría multidimensional del Derecho rompe aquella proposición de la existencia única y verdadera, de un «ordenamiento jurídico claro, sistemático, cerrado». Las distinciones y delimitaciones se van haciendo cada vez más exiguas, los límites se borran o esparcen. Se postula más bien el «carácter abierto e impreciso del derecho». En el mundo de hoy «el Derecho se presenta hundido en lo real, ensuciado' por valores morales, religiosos, por costumbres y convicciones sociales que desempeñan muchas veces el papel determinante». Tanto es así que al parecer podría darse una retrovisión del mundo jurídico y llegar al culmen de que «ni a los litigantes ni al juez les preocupen mucho fundamentar en Derecho positivo sus posiciones y decisiones».

En la naturaleza dinámica del derecho —explica Trazegnies— "la Ley tiene una textura abierta, según la feliz expresión de Hart nos hace ver que cada uso del Derecho implica una retotalización de sentidos, en la que se combina el sentido original que tuvo la ley con los sentidos nuevos que surgen de cada enfrentamiento jurídico de poderes.", «el Derecho se presenta como un conjunto de campos de batalla a diferentes niveles, como una multiplicidad de relaciones de fuerza, cada una de las cuales tiene pedestales móviles, locales e inestables. El poder está siempre presente en el Derecho; pero no el Poder con mayúscula, no el poder bajo la forma de una unidad primigenia de dominación, sino como algo que se está produciendo a cada instante, en todos los puntos del medio social:», «la textura del Derecho se hace más abierta», «El Derecho es más bien un espacio y

un método para resolver no disruptivamente los conflictos de poder, cada uno de los cuales aporta elementos muy heterogéneos que no pueden ser definitorios para determinar lo que es Derecho».

¿Todo lo dicho podría explicar la condición multidimensional del Derecho? Recordar que el lenguaje jurídico más que reconocer «impugna el saber», lo contradice, lo normaliza a la condición del ser humano. ¿Cuál es la condición del ser humano? ¿Acaso su multidimensionalidad? Azarosa contemplación del mundo, "más vosotros queréis llamar contemplación a vuestro mirar bizco y castrado. Y lo que se deja palpar por ojos pusilánimes os parece bello. Cómo prostituís hasta las palabras más nobles" (Nietzsche, Así habló Zarathustra).

La Teoría Multidimensional del Derecho, pareciera concordar con el siguiente texto: "Una sociedad que compagine la máxima libertad, es decir, el antagonismo absoluto de sus miembros, con la más exacta determinación y seguridad de los límites de la misma, para que sea compatible con la libertad de cada cual, como sólo en ella se puede lograr el empeño que la Naturaleza tiene puesto en la humanidad, a saber, el desarrollo de todas sus disposiciones, quiere también la Naturaleza que sea el hombre mismo quien se procure el logro de este fin suyo, como el de todos los fines de su destino;..." Kant.

12.- DERECHO Y LIBERTAD

12.1.- LA LIBERTAD:

Según escribe Arthur Shopenhauer, la libertad es "un concepto negativo", ¿porqué?, porque por el entendemos la "ausencia de todo obstáculo"[42]. La libertad más bien es una fuerza que se representa, que se manifiesta, que se expresa, y como tal debe ser positiva. Sin embargo, Shopenhauer, partiendo de este concepto

42 Shopenhauer, Arthur. El mundo como representación de la voluntad. Pp. 209.

negativo distingue los tipos de libertad y los divide en: Libertad física, Libertad intelectual, y Libertad moral.

12.1.1.- Libertad física

Para Shopenhauer no es más que la ausencia de cualquier tipo de obstáculo material."designa la ausencia de condiciones vejatorias"[43]; "rasgo característico consiste en que sus movimientos proceden de su voluntad, son voluntarios y como tales son llamados libres cuando ningún obstáculo los imposibilita."[44]. Pero el eje del asunto, la clave, es que "los obstáculos pueden ser de muy diversos tipos, lo obstaculizado es siempre la voluntad"[45]; "ningún obstáculo físico, material, impiden su obrar, sino que éste procede de acuerdo con su voluntad"[46]; "bajo este significado el concepto de la libertad no está expuesto a ninguna duda o controversia, pues siempre puede darse testimonio de su realidad a través de la experiencia."[47]; "El concepto de libertad, en este su significado original inmediato y popular, se refiere sólo al poder (poder obrar), es decir, a la ausencia de obstáculos en sus acciones."[48].

12.1.2.- Libertad intelectual

El intelecto es la facultad del conocimiento, a través del intelecto. "El hombre intelectualmente libre, es aquel que cuando la voluntad puede decidirse de acuerdo con la naturaleza del hombre, o sea de acuerdo con el carácter individual del hombre, y manifestarse sin trabas según su propia esencia"[49]. Un hombre es intelectualmente libre cuando "sus acciones son sólo el resultado de la reacción de su voluntad ante los motivos que se le presentan en el mundo externo de la misma

43 Ibídem Pp. 209.
44 Ibídem Pp. 209.
45 Ibídem Pp. 209.
46 Ibídem Pp. 209.
47 Ibídem Pp. 210.
48 Ibídem Pp. 209.
49 Ibídem Pp. 209.

manera que a todos los demás. Es entonces cuando se le atribuyen sus acciones moral y jurídicamente."[50]

El Intelecto es el medio de los motivos: "el medium del motivo es el conocimiento"[51]; "si falta el conocimiento, falta también necesariamente el movimiento por motivos"[52]. El intelecto: el conjunto o sistema de conocimientos, intelecto es conocimiento. Shopenhauer le atribuye a este conocer la característica central de todos los animales: "la verdadera característica del animal sea el conocer, el representar. El animal, con tal, se mueve siempre hacia un fin, con un propósito, el cual debe ser conocido por él, esto es, debe representársele como algo diferente de él mismo y tener conciencia de este algo. Por consiguiente, hay que definir al animal diciendo que es 'lo que conoce'"[53]. "La motivación es la causalidad vista por dentro"[54]. "Esta libertad intelectual queda suprimida, o bien cuando el medio de los motivos, la facultad del conocimiento, está trastornado temporal o definitivamente, o cuando las circunstancias exteriores en determinados casos adulteran la aprehensión de los motivos. El primer caso es el de la locura, el de el paroxismo y el delirio de la borrachera; el segundo el de un error del cual no somos culpables, como, por ejemplo, cuando alguien sirve veneno en lugar de medicina o dispara contra el criado que ha entrado por la noche tomándolo por un ladrón. En ambos casos los motivos están adulterados y, por lo tanto, la voluntad no puede decidirse como lo haría bajo las mismas circunstancias si el intelecto se los suministrase correctamente."[55].

12.1.3.- La libertad moral

"Un motivo no tiene fuerza irresistible, porque puede ser vencida por otro motivo más fuerte. No es lo mismo que un obstáculo material."

50 Ibídem Pp. 209.
51 Ibídem Pp. 54.
52 Ibídem Pp. 54.
53 Ibídem Pp. 54.
54 Ibídem Pp. 100.
55 Ibídem Pp. 210.

13.- LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y LA LIBERTAD

La concepción del Derecho se forma por diversos factores que se interrelacionan gracias a que existe la libertad necesaria para la construcción del mismo; por eso hemos visto líneas anteriores como el Derecho ha ido evolucionando en libertad; así por ejemplo, con las teorías kelsenianas de la causalidad y la imputación, podemos observar el inicio de la regulación jurídica; esclareciendo que el ser humano se desenvuelve dentro de las normas naturales y las normas jurídicas; dentro de las primeras están por ejemplo la necesidad de alimentos, por la cual el ser humano adopta conductas para procurarse de los mismos; debiendo regularse jurídicamente estas conductas a fin de prevenir que no interfiera con la libertad de los otros seres humanos que también intentan procurarse de alimentos. Como se ve coexisten las normas naturales, alimentarse, con las normas jurídicas, imputación; pero esto sólo puede suceder si existe la necesaria libertad para realizarlo.

La libertad para desarrollarse debe tener conocimiento de estos dos principios que describen el movimiento, pues afectan en el devenir de la conducta humana, y por ende en su libertad.

Cabe aclarar sin embargo que cuando el hombre está sometido a las leyes de la naturaleza (alimentarse, por ejemplo) no es libre de elegir si siente hambre o no, pero si es libre para elegir que hace o no hace a fin de satisfacer su necesidad física de alimentarse. Sin embargo, el Derecho no puede regular las normas naturales, sino los efectos, traducidos en conductas de los seres humanos, de estas leyes.

Por otro lado, cuando hacemos referencia a las nociones generales sobre la concepción del Derecho, estamos intentando describir, descifrar, y delimitar los elementos fundamentales que conforman las instituciones jurídicas; así decimos

que el Derecho puede ser entendido como el camino más corto y seguro para solucionar los conflictos de intereses, y que éstos existen como resultado del uso de la libertad o capacidad de elección de todos los seres humanos. Estamos entonces ante el reconocimiento tácito y expreso de la libertad, puesto que lo contrario no podría haber conflicto de intereses, sino adhesion, y por lo tanto no podría haber "composición" de las relaciones sociales, sino sometimiento, subordinación, a conceptos e instituciones no legítimas, es decir, no sometidas a un proceso de garantía como la fundamentación, argumentación y exposición de motivos de las instituciones acatadas.

Por otro lado, Bodenheimer explicaba que el Derecho es aquel punto intermedio entre la anarquía y el despotismo. Esto significaba que regular las relaciones humanas jurídicamente consiste en evitar los excesos a la libertad del ser humano, como la anarquía en un extremo, y el despotismo en el otro extremo; factores que pueden provenir del exceso de libertad de los seres humanos, es decir de una libertad mal comprendida, asumida sólo como una proposición negativa, como la negación irreflexiva de cualquier obstáculo. El concepto de libertad en este caso no es completo porque olvida un elemento fundamental: la responsabilidad por nuestras elecciones y respectivas conductas. Así la libertad es el factor que el Derecho debe tomar como referente para evitar los excesos, y lograr componer cualquier distorsión a la libertad, es decir al libre actuar de los seres humanos.

Así también, se ha descrito al Derecho más que como un conjunto de normas, como un sistema normativo que regulan las conductas humanas, y la interrelación entre ellas. Esta afirmación es para evitar confusiones sobre el Derecho como conjunto de normas, que derivaba el asunto central a la norma, y no el ser humano en libertad. Al ser un sistema normativo el Derecho se pretende como la integración de todos los seres humanos a través de la norma. Luís Diez Picazo explica, frente a una concepción normativista, que el Derecho no son sólo conjunto de normas, por el contrario son "experiencias existenciales de decisiones sobre concretos conflictos de intereses". Como se ve el Derecho vuelve a ser

descrito desde la facultad de decidir, que es esencialmente un elemento de la libertad.

Este concepto del Derecho lo expone como conjunto de decisiones sobre determinados conflictos de intereses, remarcando que las decisiones son sólo producto de la libertad. Es decir que los conflictos de intereses se resolverán determinando el grado de validez del uso de la libertad, asumida a través de las decisiones y legitimada por la autoridad.

Más allá tenemos también la concepción del Derecho como relación de dominio o de poder, que sustenta la existencia del Derecho sólo si concurre una relación de dominación, es decir, de subordinación de parte de nuestra libertad a la autoridad.

Ahora bien, para encontrar la naturaleza que hace legítima la existencia del Derecho, se ha intentado integrarla dentro de ciertas instituciones; así se ha dicho que el Derecho es ciencia, disciplina, arte, etc., para revestirla de legitimidad y poder aplicarla conforme a la naturaleza y función de la institución con la que se la reviste (ciencia, arte, etc.).

Por otro lado, con Kelsen y posteriores positivistas se pretendió podar el Derecho de los elementos o ramas que no le correspondía. Así se diferencian la moral, la religión, la tradición, etc., del Derecho; surge un fuerte movimiento positivista que engloba al Derecho dentro de la norma, confundiéndolo con el sujeto de derecho, y no como objeto de derecho.

Otro aspecto relevante del concepto de Derecho es aquel que lo define desde una institución determinada, la igualdad. Es decir aquella teoría que se preocupa por desentrañar porque se da "la desigualdad en el reparto de la riqueza en el poder". En esta concepción, que viene del marxismo, el Derecho intenta establecer que no existan desigualdades por efectos de las división de clases, e imputa este fenómeno a la propiedad de los medios de producción. No obstante esta teoría, en

la época actual puede describirse el fenómeno planteado desde la libertad; es decir, es a través de la libertad que se adquieren riquezas, así como se produce la diferencia por el buen uso y manejo de esta libertad, que en términos específicos de nuestra investigación sería el uso de la libertad de empresa.

Si insistimos en profundizar es relevante analizar el Derecho desde su etimología, que permitirá conocer el origen lingüístico de éste; el cual nos lleva a recordar que el término Derecho deriva del latín directus, que significa, lo conveniente, lo justo, lo equitativo. Términos que son también producto del uso de la facultad de decidir sobre lo justo o injusto. Esta determinación etimológica de la concepción del Derecho puede servirnos para delimitar a la libertad, es decir, que si esta se aleja de lo justo, de lo equitativo, de lo correcto, dejaría de tener legitimidad.

Ahora bien, cabe precisar aquellos hechos o actos que pueden denominarse como jurídicas, pues los mismos entrarían en el margen del Derecho. Así sólo un acto hecho en libertad es legítimo y jurídico, es decir, cumple con el requisito de ser socialmente exigible, o en todo caso, de no quebrantar lo socialmente exigible.

Por último, tendremos que también tomar en cuenta para el uso del derecho de libertad la influencia que surten las diferentes corrientes o doctrinas jus filosóficas como el positivismo y el jusnaturalismo, que tendrán y tienen en la actualidad un papel importante en la aplicación del Derecho, y en consecuencia, del uso de la libertad. Por ejemplo, si queremos usar el derecho a la libertad de empresa en un medio donde domina el positivismo jurídico tendremos que fundamentar nuestro derecho en una norma positiva, en una norma puesta, escrita y publicada por el Estado. Lo que nos dará un margen de cómo afrontar el fenómeno de la libertad de empresa. Por otro lado, en un medio donde predomina la corriente jusnaturalista, el mecanismo para justificar y legitimar el uso de la libertad sería las normas naturales, en este caso, las leyes del mercado. Sea cual sea la concepción del Derecho que requiramos debe ser aquella que permita desarrollar la libertad.

TITULO III: LIBERTAD DE EMPRESA

CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO EMPRESARIAL

GENERALIDADES:

Hemos enfocado el presente trabajo, sobre el derecho a la libertad de empresa, dentro del Derecho Empresarial, por abordar en forma más específica el tema. No sin olvidar que el origen de todo discurso normativo está en la Constitución del Estado. Por ello, para saber qué se entiende por libertad de empresa, y cuáles son sus elementos, además de los efectos que se revelan ante él, haremos una descripción sintética del fenómeno empresarial, es decir, del Derecho Empresarial, con el objeto de poder plantear si existe o no existe una restricción o violación a la libertad de empresa, puesto que ésta debe ser garantizada por el Estado, esto de acuerdo a mandato constitucional.

El nacimiento, funcionamiento y, en su caso, extinción de la empresa debe ser descrita para poder entender en qué momento, en qué etapa se puede producir la restricción a la libertad de empresa. La empresa se constituirá por eso en nuestro eje de estudio, alrededor del cual tejeremos un grupo sistémico de conceptos que la expliquen y la justifiquen.

Veremos la empresa, pues, como un fenómeno singular, no sólo como aquella unidad de producción, ni aquella relación entre capital y trabajo con un fin lucrativo, sino como aquel medio o instrumento, o institución jurídica económica que cumpliendo sus fines de lucro, promueve automáticamente la libertad, y por ende la libertad de empresa, que, valga la redundancia, promueve también

automáticamente el desarrollo, la autogestión, el autogobierno, la iniciativa privada, el beneficio individual que propende el beneficio colectivo, etc.

También exploraremos, a fin de investigar si nuestra hipótesis se cumple, las instituciones y elementos que revisten a la empresa, y si estas al constituirse, formarse, existir, perpetuarse, o extinguirse, tienen impedimentos provenientes del Estado, y de su sistema normativo, como su política tributaria. Esto en el entendido que es de conocimiento público que nuestra sociedad no es necesariamente capitalista, o eminentemente empresarial, y que todo el sistema nacional no está direccionado a formar empresarios, sino trabajadores, es decir, el sistema orgniaztivo del Estado no prioriza generar entes de productividad, sino sólo «trabajadores», o en otros términos, «consumidores».

La empresa actualmente, ha sufrido enormes cambios, porque no se trata ya sólo de un instrumento para producir riqueza, sino que forma el carácter humano; por eso, las limitaciones a la libertad de empresa, a desarrollar la empresa, la capacidad empresarial, es un atentado contra el propio individuo, contra la natural condición del ser humano de ente creativo y proyectivo, contra su naturaleza de libre. El atentado no es contra un objeto de derecho, sino contra el mismo sujeto de derecho, que es la persona.

La impronta conciencia de la afluencia de la actividad comercial como una importante forma de generación de auto sostenimiento ha generado la necesidad de regular este fenómeno desde la óptica empresarial, reformulando las concepciones tradicionales de acto de comercio, actividad comercial, actividad transaccional, comerciante, etc., por un sistema más completo y total: el Derecho Empresarial. Sistema normativo que regula al ser humano que se ha involucrado en la actividad productiva e independiente, convirtiéndose en el centro de un sinnúmero de relaciones jurídicas producto de la actividad emprendida: la actividad empresarial. El nuevo ser humano en ebullición es «el empresario», aquel que asume riesgos, y se hace autosuficiente para generar riqueza.

Por ello es necesario, en principio, determinar el objeto de estudio de este ebulliciente Derecho Empresarial, que a nuestro parecer es "la Empresa"; mientras que el sujeto seria «el empresario». Este fenómeno se podría exponer de la siguiente manera: El *objeto* de estudio del Derecho Empresarial: La empresa, y; el *sujeto* de estudio del Derecho Empresarial: El empresario. Alrededor del objeto y del sujeto de estudio del Derecho Empresarial se tienen que hacer una variedad de análisis que nos permitirán definir los factores más importantes que deben ser investigados, y que nos lleven a tener una referencia panorámica del fenómeno empresarial.

1.- Priorización del Derecho Empresarial:

El fenómeno empresarial en nuestra sociedad no ha sido desarrollado con la importancia y extensión debida; sino, a nuestro entender, relegado y discriminada por áreas del Derecho, paradójicamente más "comerciales' e inmediatas como el Derecho Civil, Penal, Constitucional, Laboral, etc. No obstante, desarrollar el Derecho Empresarial con mayor prioridad y detalle pudiera provocar el despertar de un nuevo sistema de conducirse en la vida, un eje para tratar los temas que desarrollarían la capacidad autogestionaria del ser humano. El Derecho Empresarial debe ser por ello prioritario, hegemónico, al menos en un país sub desarrollado o en vías de desarrollo, porque esta última condición, suponemos, parece provenir específicamente de la falta de capacidad empresarial, de la incapacidad para autogenerarse una vida propia, productiva, libre, y al margen de la peligrosa subvención del Estado.

Por ello, desarrollar el tema del Derecho Empresarial tiene un significado que trasciende la simple investigación; pues se trata más bien de lograr una visión panorámica y teleológica, a través del Derecho; para desarrollar y fomentar cierta capacidad empresarial; puesto que, según nuestra hipótesis, el desarrollo se deviene precisamente de la activación de dicha capacidad, como, por ejemplo, la

creación de empleo, la adquisición de capital, de patrimonio, de un estado civil equilibrado. El Derecho Empresarial (la regulación de las conductas que se devienen del mercado) tal vez pueda plantearse como una 'nueva mano invisible", cuyo mecanismo funciona insuflando o interiorizando la aptitud y capacidad empresarial en la persona, para que luego se devenga automáticamente el desarrollo social. Podríamos ensayar el siguiente cuadro: Activación, fomento y priorización del Derecho Empresarial = Desarrollo jurídico, cultural, económico y social.

La falta de actividad y capacidad empresarial de un gran sector de la sociedad puede contrastarse de diversas formas, por ejemplo, a través de una encuesta a los estudiantes de derecho respecto a su actividad profesional y a la dirección de la misma; así también del análisis de la demanda de profesiones relacionadas con la empresa; o de un análisis de la tendencia profesional que predomina, entre otros factores que analizaremos más adelante.

2.- Priorización ded derecho empresarial y libertad de empresa

La libertad empresa, dentro del derecho empresarial, cumple su rol fundamental en exponer la vida y las relaciones nacidas de ella en un eje distinto al de las demás ramas, cual es, desarrollar la capacidad autogestionaria del ser humano a fin que él mismo pueda solucionar por cuenta propia sus necesidades de supervivencia. Por eso nuestros planteamientos de priorizar el estudio y análisis de la libertad de empresa consiste en que desarrollando la misma podemos lograr minimizar los costos para organizar civilizadamente la sociedad, volver a ésta productiva, generando a la vez un mecanismo de progreso automático; diferente a cualquier otro aspecto u elemento, porque a nuestro parecer, la productividad y evolución sólo se puede lograr maximizando los márgenes que permitan la creatividad, la libertad, y ésta es la capacidad para ser el origen y motivación de nuestro destino.

3.- Discriminación del Derecho Empresarial por ramas prácticas del Derecho

Otra de las jurídicas formulaciones hipotéticas que revisaremos es el hecho que el Derecho no ha desarrollado demasiado el tema de la empresa (ni como objeto de estudio, ni como objeto de progreso), porque al parecer la mayor incidencia, al menos en nuestra sociedad, ha sido respecto al área constitucional, penal, civil, laboral, etc., que son disciplinas muy importantes del fenómeno jurídico social, pero que no tienen la influencia directa en la capacidad empresarial. Puede concluirse, incluso, que respecto al tema de la empresa hubo siempre muy poco o vago interés; fenómeno que se produce, tal vez, por su complejidad o por la opaca percepción del rol fundamental que desempeña en el desarrollo de la sociedad. No obstante nos atrevemos a afirmar que esta parte del fenómeno social debe ser estudiada y trabajada con el mayor de los énfasis, porque, a nuestro parecer, es el eje central de toda la vida humana; puesto que es desde allí de donde se puede concebir una sociedad moderna y desarrollada; el resto, lo demás, puede sumarse como una parte complementaria. Esto es así porque la empresa es aquella que desarrolla la capacidad del ser humano para vivir autónoma y autogestionariamente de la mejor manera en sociedad. La Empresa es un factor determinante del desarrollo social, porque permite un tipo de organización productiva y promueve la autonomía del individuo y la sociedad. Por eso una sociedad con concepción empresarial, como capacidad de producir bienes y servicios, y de redistribuirlos eficazmente para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, es esencial para lograr la autonomía y la libertad necesaria para el progreso individual y social.

Desarrollar el Derecho Empresarial nos previene de no confundir la concepción del Derecho como simple estudio y regulación normativa de los seres humanos en relación que sería una definición restringida, adquirida en la modernidad gracias a la concepción “utilitaria” de las disciplinas humanas (como el derecho, la economía, etc.), y la racionalización o cientificismo con las cuales fueron revestidos los conocimientos. No fue así, en el principio del desarrollo del

Derecho, pues, data de la historia que en la primera universidad occidental, Bólonia, se enseñaba Derecho como una "disciplina para formar hombres cultos", "hombres virtuosos". Eso indica que no se trataba de simple regulación de las relaciones entre sujetos, sino de un fenómeno teleológico, finalista. Al haber perdido el Derecho este sentido, se ha convertido en simple sistema normativo, olvidando que su finalidad no es regular intersubjetividades, (este es sólo el medio) sino posibilitar una vida mejor y productiva a través del orden y la potencialización de la capacidad del ser humano para autocrear su vida, es decir, de su libertad.

El Derecho Empresarial ha sido olvidado o discriminado tal vez inconscientemente pero con resultados reales. Este olvido o discriminación pasa por aquella concepción inmediatista, mediante la cual se afianza en el Derecho el estudio y ejercicio de las ramas aparentemente más útiles como son el Derecho Penal, Civil, Laboral, etc., concepción y realidad que deberían cambiar.

4.- La función del Derecho Empresarial / una nueva teorización: la empresarialización del Derecho

En este orden de ideas cabe hacer mención a una nueva teorización e inclinación del Derecho, que se centra en nuevos enfoques, nacidos de las circunstancias, de las necesidades advertidas y de las funciones que se piensa o racionaliza debe cumplir. Así, se han construido diversas teorías del camino del derecho, del mejor rumbo o ruta que debe seguir para lograr sus fines últimos. Muchas perspectivas se han ensayado, como por ejemplo, la del Análisis Económico del Derecho, o la de la humanización del derecho, entre otras. Sin embargo, aunque no se descarta las citadas teorías, tenemos una predilección por otra orientación teórica, la de la empresa. Y es que estamos convencidos que sólo interiorizando una aptitud empresarial en el ser humano puede lograrse algún avance o desarrollo individual y social. Por eso en el presente trabajo desarrollamos el enfoque empresarial desde el ángulo del Derecho, no cómo un conjunto y análisis de las normas

jurídicas, sino como aquellas relaciones jurídicas que dan nacimiento, modifican, o extinguen la aptitud y actividad empresarial: aquella que nos conmina a inventamos nuestra libertad, nuestro destino, aquella que hace al ser humano ir en busca no de subvenciones sino de autosostenimiento.

Para introducimos en esta investigación (la aptitud creativa, empresarial), podríamos tomar como referencias a Karl Popper, Rudolf Von Ihering, Friedrich Hayek, Michel Foucault, Peter F. Drucker, entre otros personajes, que logran transformar todos los temas en reflexivos y/o filosóficos epicentros existenciales que permiten entender el mundo en giro. No obstante ser todos ellos geniales escritores y filósofos, en el presente queremos usarlos para formarnos una perspectiva empresarial. El mas directo a esta concepción (la de la empresa) del mundo es Peter P. Drucker quien, editorialmente, aparece como el nuevo paradigma de la teoría empresarial, por su producción inteligente y audaz, como lo puede revelar, por ejemplo, su libro: "La empresa en la sociedad que viene"; obra que no sólo representa un libro de moda, sino un libro de ideas empresariales y en la cual están introducidas algunas dudas respecto al funcionamiento y éxito de las empresas y su organización. Cabe aclarar que si bien Peter Drucker no habla exclusivamente de la parte jurídica de la empresa, si habla de las relaciones que se producen como consecuencia de la actividad empresarial; y son estas relaciones reguladas, o que faltan regular, las que nos interesan como composición del estudio del Derecho.

El Derecho empresarial así es un sistema normativo que regula las relaciones nacidas de la actividad productiva (actividad autogestionaria) y que tiene como función de esta regulación permir el libre nacimiento, movimiento o extinción de dichas relaciones con evidente carácter lucrativo. Las relaciones de carácter productivo sólo pueden desarrollarse dentro de un margen de la libertad de empresa.

5.- La dificultad en el desarrollo de la profesión empresarial

Es necesario tomar en cuenta el hecho que para un importante sector de los abogados prácticos, hablar de empresa, estudiar su funcionamiento, etc., no es un tema muy atractivo de estudio y menos de ejercicio, porque, paradójicamente, el mercado de los abogados prácticos, litigantes, es más bien dirigido hacia otras ramas más comunes (no simples, ni menos importantes), por lo cotidiano de ellas, como el derecho penal, civil, laboral, etc. Esto es porque hay la global concepción que el litigio es más afín con la carrera de derecho. Sin embargo, corriendo el riesgo, y contrariando la aversión a temas empresariales -a ese descuido imperdonable que nos cuesta nuestro retardo en el progreso social-, nosotros investigaremos el tema empresaria!, tomando para ello obras como por ejemplo la de Peter F. Drucker, quien desde sus teorías se posiciona en la vanguardia, y trabaja con conceptos nuevos y fundamentales del orden empresarial, como epicentros desde los cuales podemos lograr el desarrollo de nuestra sociedad. Sociedad que requiere en forma urgente una perspectiva postmoderna del derecho empresarial. Y aunque sabemos que aún existe una minoritaria preocupación de los abogados por abordar el tema de la empresa y quedarse más bien en el litigio, nosotros trabajaremos en cómo se puede utilizar el Derecho para desarrollar la capacidad empresarial, que es la mejor manera de hacernos libres, en el entendido que el Derecho es una técnica de la libertad.

6.- La concepción del Derecho Empresarial:

Con el Derecho se han ido explorado diferentes dimensiones de la actividad humana, tanto que a veces parece haberse extraviado el mismo sentido de esta disciplina jurídica. No obstante esa gran búsqueda ha permitido se desarrolle aún más su contenido y elementos. Sin embargo, a pesar que las ramas del derecho, como el derecho constitucional, civil, penal, administrativo, laboral y hasta tributario, se han desarrollado enormemente, hay una parte que, siendo fundamental, no ha evolucionado en medida proporcional a las demás, es el

Derecho Empresarial. Por lo tanto nuestra preocupación no es arbitraria, no se trata de un simple deseo por tal o cual tipo de rama del Derecho; no es un simple gusto por el Derecho Empresarial, sino la convicción que el problema mayor y fundamental de nuestro subdesarrollo se encuentra en este eje, en la poca capacidad empresarial que tiene el individuo. Puesto que, a nuestro parecer, ninguna rama como el Derecho Empresarial libera más la capacidad creativa del ser humano para inventarse un propio mundo, para organizar a la sociedad y hacerla productiva, eficaz y desarrollada, para hacer libres a los seres humanos. Para mostrar primariamente esta hipótesis pongamos como ejemplo a las otras ramas del derecho: el área penal sólo desarrolla la capacidad para imponer sanciones o eludirlas, asimismo impone al sistema juzgar y castigar al culpable; por su lado el derecho civil resuelve los intereses particulares de los individuos en conflicto patrimonial, pero son sustancialmente actos comunes, mediante la cual no se genera gran expectativa de desarrollo social, por que no genera bloques de desarrollo, sino singulares soluciones para las partes; en el Derecho Laboral el problema del derecho está enfocado a resolver la desigualdad entre las partes relacionadas: empleador y trabajador, arguyendo que una de ellas (el trabajador) es la más débil y, por consiguiente, se le protege. En el Derecho Tributario se le encarga al Estado cobrar tributos por la propia existencia de las personas, naturales o jurídicas; el Derecho Administrativo tiene como función resolver los problemas de los administrados; el Derecho de Familia intenta resolver los problemas que surgen dentro de la familia; etc. Todas estas ramas del Derecho, Constitucional, Civil, Penal, Laboral, Tributario, Administrativo, etc., por su propia naturaleza, y por el tipo de relaciones que regulan y resuelven, olvidan un eje central: la capacidad productiva, empresarial de la persona, que puede ser perfectamente potenciada por el Derecho. El problema está en que el Derecho se ha visto como un simple método para resolver problemas particulares, con cierta relación con el interés social, colectivo. No se ha percibido suficientemente el importante rol que cumple en solucionar y hasta direccionar la actividad humana, el desarrollo social. El Derecho Empresarial puede perfectamente cumplir esta función trascendental, puesto que una sociedad sin capacidad empresarial, es

decir, sin capacidad para crearse su propio destino (sus propias casas, hospitales, seguridad, etc.) es una sociedad que espera la subvención; y esto sólo genera una sociedad inactiva, pasiva, retroactiva y esperanzada en que, el Estado le resuelva sus problemas, a las que llama servicios públicos; lo que conlleva a una dependencia permanente del Estado, es decir, este tipo de sociedad estaría condenada al sub desarrollo.

Por esto creemos que nuestro tema es realmente importante puesto que el fenómeno (que la sociedad espere que el Estado le resuelva sus problemas) es altamente peligroso y autodestructivo. Bajo esta perspectiva pensamos que la base del desarrollo social, y por consiguiente de todas las áreas donde se desenvuelve el Derecho (constitucional, civil, penal, laboral, tributario, administrativo, etc.) está en el Derecho empresarial; por que por medio de este se desarrolla necesariamente la capacidad empresarial de la persona, que es el factor fundamental para el progreso y evolución social. Y es que el Derecho no es, ni puede ser, sólo regulación de normas, sino un intermediario entre dos o más personas (naturales o jurídicas) para darles la posibilidad de existencia, de convivencia y superación. El Derecho actualmente no son sólo normas, texto escrito llamado ley; puesto que en la norma, en la regulación normativa, están involucrados muchos otros fenómenos y factores como los intereses, bienes jurídicos y hasta los valores morales. El Derecho no es unidimensional, sino multidimensional, no es sólo un método, sino *posibilidad* para una mejor existencia. Diríamos que darle capacidad empresarial a la persona, regular normativamente lo necesario para crear y fomentar esa capacidad empresarial, es un acto urgente y necesario para el desarrollo y progreso de una sociedad, que sólo se puede lograr a través de la libertad.

Por otro lado, todas las ramas del Derecho al ser estudiadas han sido algo así como exegéticas, o glosadoras; el mismo sistema ha permitido que se olviden de los otros aspectos de la vida humana y, por ejemplo, se encasillan todas las relaciones humanas dentro de un tipo normativo, dejando de lado factores que a

pesar de influir en la vida no se encuentran normadas. El sistema nos ha vuelto de bruces contra la realidad, o nos ha desviado del aspecto fundamental: el ser humano. Es necesario una nueva óptica que para nosotros es el Derecho Empresarial.

7.- EL DERECHO EMPRESARIAL. CONCEPTO

El Derecho Empresarial es el potestad que ejerce el Estado para controlar el poder del empresario /empleador en su actividad productiva, empresarial, a fin de garantizar que las partes intervinientes no sean afectadas en sus derechos.

Ricardo Beaumont Callirgos, en torno al Derecho de la Empresa escribe: "*El concepto de Derecho de la Empresa alude al conjunto de principios, instituciones y normas que pretenden regular coherentemente y sistemáticamente el fenómeno empresarial, dentro de los lineamientos del Régimen Económico Constitucional / Esto significa que su contenido versa sobre el concepto jurídico-económico de Empresa, su naturaleza jurídica, el tráfico jurídico de la Empresa, la regulación de los grupos de interés que influyen en ella (capital, trabajo, consumidores, acreedores, Estado, etc.), el titular de la Empresa, los signos distintivos, el mercado, etc.*"[56]. El Derecho Empresarial es un sistema de principios (libertad de empresa, iniciativa privada, etc.), instituciones (persona jurídica, sociedades comerciales, etc.) y normas (Constitución, Ley General de Sociedades, etc.) que entrelazados organizan y determinan el fluir del fenómeno empresarial. Asimismo es aquella que regula la relación entre persona, capital y trabajo, que tienen un objeto en común: la economía. El Derecho Empresarial estudia y regula las conductas surgidas como efectos de la relación entre las fuerzas económicas, capital, trabajo, fin económico. Garrrigues explica "Desde el punto de vista

56 Beaumont Callirgos, Ricardo. Derecho Empresarial y Restructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 39.

económico, empresa es ‘aportación de fuerzas económicas -capital trabajo- para la obtención de una ganancia ilimitada.”

8.- DERECHO EMPRESARIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA

El Derecho Empresarial necesita de un factor trascendental para poder desarrollarse: la libertad, que dentro de este contexto se ampliaría a la libertad de empresa, instrumento con el cual el ser humano puede generar su autosostenimiento, realizando actividades productivas, dentro de un marco de relaciones jurídicas que permitan concebir a un verdadero ser empresarial. No puede hablarse de Derecho Empresarial sin referirse al sujeto eje de este Derecho, que viene a ser el empresario, es decir, un sujeto libre, o con la libertad suficiente para generar relaciones de productividad.

De esta manera, sólo puede asumir riesgos aquel empresario que tiene capacidad y o libertad para ello. Por eso, derecho empresarial y libertad empresa se hallan eminentemente entrelazados porque no se puede desarrollar el primero sin la existencia del segundo. La libertad es pues consustancial al Derecho.

La libertad de empresa es un fenómeno que busca ser protegido, preservado y garantizado por el Derecho; este último como disciplina normativa intentará regular las conductas que en libertad realicen los empresarios. En una sociedad moderna -donde prima la *razón,* la *argumentación*, los *fundamentos*- no tiene que justificarse la libertad de empresa, pero sí su garantía, ejecución, límites, o cualquier acto, hecho, relación, que pudiera surgir como consecuencia del ejercicio de la libertad empresa. No puede haber entonces libertad de empresa amparado por el Derecho empresarial si en la realidad aparecen obstáculos, ya sean razonados o no, sino existe la capacidad de elegir entre varias alternativas. Esto debería suponer que son las iniciativas privadas y no necesariamente el Estado quien asigna los recursos para una determinada actividad.

La libertad empresarial, dentro de derecho empresarial, juega un papel determinante, porque de su mayor o menor salvaguarda, garantía, dependerá desarrollar uno de los más grandes motores de la evolución humana: el autosostenimiento. Esto significa que dejaríamos en un margen menor al Estado que subvenciona, para pasar a un Estado que sólo se encarga de garantizar el ejercicio de la libertad dentro de los márgenes de lo legal, legítimo, lícito y del interés general, dentro del ordenamiento jurídico nacional.

CAPÍTULO SEGUNDO: RELACIÓN DEL DERECHO EMPRESARIAL CON LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO

1.- Relación del Derecho Empresarial con las otras ramas del Derecho

En principio cabría traer a colación lo que escribe Francisco Gómez Valdez, quien expresa: *"...la empresa nace de una decisión personalísima de sus miembros de hacer una organización con fines lucrativos. Podría, por tanto, considerarse a la empresa como una unidad básica de producción"*. Esta unidad básica de producción se encuentra regulada dentro del Derecho en diversas normas que reunidas se utilizan por las empresas, los empresarios y los trabajadores; agentes productivos que tienen que ver con la regulación jurídica desde el ángulo en el cual se ubiquen en la empresa, como capitalistas, empresarios, trabajadores, proveedores o consumidores. No existe, por tanto una sola y única norma a manera de un código para regular las conductas nacidas de las relaciones producto de la actividad empresarial. Esto revela la importancia y necesidad de la relación del Derecho Empresarial con las otras ramas del Derecho.

El Derecho Empresarial como disciplina específica del derecho en general, se relaciona con las otras ramas del Derecho, como la constitucional, civil, penal, laboral, etc., porque todo el derecho no es más que un sistema normativo integral y entrelanzante de unas actividades humanas con otras; actividades o conductas reguladas legítimamente por una autoridad llamada Estado; por tanto el Derecho

Empresarial no puede explicarse por si misma, es más no se sustenta en si misma, sino en todas las otras ramas del Derecho, empezando por el Derecho Constitucional. Mostrar pues la relación existente entre el Derecho Empresarial y las otras ramas del Derecho cumple una función pedagógica, técnica, perspectivística, a manera de lente que ve el fenómeno social dentro de una perspectiva jurídica integral, sistémica y entrelanzante. Para ello podemos observar la relación del Derecho Empresarial con las otras ramas del Derecho desde dos ángulos, el teórico y el normativo.

Desde al Angulo normativo tenemos los siguientes:

• Constitución;
• Código Civil;
• Ley General de Sociedades;
• Código de Comercio;
• Ley de Banca y Seguro N° 26702 de 09/12/1996;
• Ley de Títulos Valores N° 16587 (hoy L. No 27287 de 19/06/2000), vigente a partir del 17/10/2000);
• Ley de Autor, D.Leg. No 822 de 23/04/1996;
• Ley de propiedad industrial que es donde se encuentran los derechos de marca y patentes, D. Leg. No 823 de 23/04/1966;
• Ley concursal No 27809 de 05/08/2002;
• Ley del Impuesto a la Renta (D.L. No 774 de 31/12/1993 y TUO—LIR (D.S. No. 054—99—EF publicado el 14/04/1999);
• Ley General de Arbitraje No. 26572 de 05/01/1996);
• Cooperativas (D. Leg. No. 085);
• Las comunidades campesinas y nativas (Arts. 134 y ss. Del C.C.);
• TUO—LP—CL—728 que previó a las empresas de servicios especiales, dentro de ellas las de servicios temporales (Arts. 97 y ss.), las complementarias (Arts. 104 y ss.) y las cooperativas (Art. 46 y ss. Del D.S. 002—97—TR de 21/03/1997), hallándose también contemplado en esta última disposición el autoempleo (Arts.

46 y ss.), disposiciones, las primeras, que han sido modificadas por la L. No. 27626, rotuladas bajo el nombre de Empresas Intermediadoras de la Mano de Obra";
- Ley de Registros Públicos (Registro de personas jurídicas: Art. 2040, 9 del C.C.).

El Derecho Empresarial se origina normativamente en el Derecho Constitucional que norma, dentro de sus diversos artículos, la libertad de empresa, que proviene necesariamente del derecho a la libertad que tiene el ser humano.

Según Francisco Gómez Valdez, en su libro "La Empresa y el Empleador", se utilizan diferentes normas para regular la empresa: así encontramos al Derecho Civil, llamado a erigir las asociaciones (Arts. 80 y ss); el Derecho Comercial que se encarga de regular los actos de los comerciantes así como del comercio en general y la Ley General de Sociedades No. 26887 versará sobre los contratos de sociedad con los cuales se hallan regidos las empresas más importantes y estables que se conocen (Sociedad Anónima Cerrada: Arts. 234 y ss., Sociedad Anónima Abierta: Arts. 249 y ss., Sociedad Colectiva: Arts. 265 y ss., Sociedad en Comandita: Arts. 278 y ss., Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada: Arts. 283 y ss.. Sociedades Civiles: Arts. 295 y ss.) y que han contribuido hasta ahora a fortalecer el sistema capitalista,…"[57]

También tenemos al Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho de Sociedades, que regulan las conductas que pueden constituirse como actividades empresariales, normándolos desde diversas instituciones jurídicas, como la persona, el acto comercial, las sociedades, etc. Esta variedad de normas jurídicas que regulan diversas áreas de la actividad empresarial, demuestran la interconexión e interrelación que siempre existirá entre las normas jurídicas y la conducta humana, mostrando la real dimensión de la regulación jurídica, es decir

[57] Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 174.

su carácter entrelazante y sistémico; fenómeno que se extravía y no se puede advertir, por ejemplo, en las otras ramas del Derecho, como la Penal, Civil, Laboral, etc., porque sus normas (Código Penal, Civil, etc.) dan una idea distinta de totalidad, basadas en los conceptos de 'especialidad', que sugieren equívocamente la integración de todas las normas en un cuerpo normativo, ya sea Código, Texto Único Ordenado, etc.

Sin embargo, la regulación de la actividad empresarial está normada también por otras normas específicas, como describe Francisco Gómez Valdez: "De otro lado, contribuyen a la reglamentación de las empresas disposiciones puntuales como la de la Banca y Seguro No 26702 de 09/12/1996, la Ley de Titulo-Valores No. 16587 (hoy L. No 27287 de 19/06/2000), vigente a partir del 17/10/2000), la Ley de Autor, D.Leg. No 822 de 23/04/1996, la de Propiedad Industrial que es donde se encuentran los derechos de Marca y Patentes, D. Leg. No 823 de 23/04/1966, la Ley Concursal No 27809 de 05/08/2002, la del Impuesto a la Renta (D.L. No 774 de 31/12/1993 y TUO—LIR (D.S. No. 054—99—EF publicado el 14/04/1999), la Ley General de Arbitraje No. 26572 de 05/01/1996), etc. Así pues, la actividad jurídica de la empresa se halla adecuadamente garantizada por una enorme cantidad de disposiciones legales, cada cual perteneciente a una rama específica del Derecho que, en parte, obedece al acentuado intervensionismo estatal y el deseo racional de que estas instituciones por su importancia no sean gobernadas por el libre albedrío de sus miembros o de parte de ellos."[58] Un sinnúmero de normas jurídicas que intentan controlar la actividad empresarial, como factores de rentabilidad, que sometidos a las estadísticas puedan generar una visión global de la capacidad y flujo económico, asi como proteger la productividad privada, para generar también la cuantificación de las rentas; en palabras de Francisco Gómez Valdez, en este tipo de normas se muestra el intervencionismo del Estado.

[58] Ibídem Pp. 175.

Este cúmulo de normas no agotan la regulación de las actividades empresariales o surgidas de estas actividades, así se tiene otro grupo importante de normas especiales, que son: "...las que rigen a organizaciones tan especiales como las cooperativas (D. Leg. No. 085), las Comunidades Campesinas y Nativas (Arts. 134 y ss. Del C.C.)[59]. Normatividad que tienen un tipo de regulación diferente, por su también diferente naturaleza o constitución, como el tipo y nivel de cultura, que al ser diferentes del orden social general, deben regularse especialmente. Desde otro ángulo más especifico, como el Derecho Laboral, las empresas, o la actividad empresarial está también regulada, descrita por Francisco Gómez Valdez, quien diría: "Dentro del ámbito estrictamente laboral ha sido el TUO—LP—CL—728 que previó a las empresas de servicios especiales, dentro de ellas las de servicios temporales (Arts. 97 y ss.), las complementarias (Arts. 104 y ss) y las cooperativas (Art. 46 y ss. Del D.S. 002—97—TR de 21/03/1997), hallándose también contemplado en esta última disposición el autoempleo (Arts. 46 y ss), disposiciones, las primeras, que han sido modificadas por la L. No. 27626, rotuladas bajo el nombre de Empresas Intermediadoras de la Mano de Obra"[60]. Cabe agregar que el Derecho Laboral regula la relación o conducta nacida de la actividad empresarial desde la perspectiva de la desigualdad entre las partes de una empresa, empleadores vs. empleados.

2.- Empresas de Jure y de Facto:

Al margen de las normas anteriormente reseñadas existen normas que integran a aquellas empresas de Facto, es decir aquellas que no necesariamente está constituidas formalmente, sino que existen como una actividad de hecho más que de jure. Esto queda también explicado por Francisco Gómez Valdez, quien escribe: "Lo anterior corresponde a las empresas legalmente constituidas, pertenecientes al sector privado, siempre que ostenten una personería jurídica que

[59] Ibídem Pp. 175.

[60] Ibídem Pp. 174.

se gana por estar inscrita en los registros públicos (Registro de personas jurídicas: Art. 2040, 9 del C.C.), que exista un sentimiento de grupo, en fin de un interés distinto del de las personas que le dan nacimiento (1). Sin embargo, no solamente las empresas de jure son las llamadas a tener connotación jurídica dentro de las relaciones jurídicas, sino que también están comprendidas las empresas de Facto, vale decir, que pese a no exhibir la prerrogativa de tener personería jurídica, están, igualmente, consagradas para tener, a pesar de todo, la consideración de ser tratadas también como empresa para los asuntos legales en general y laborales en particular."[61]

Asi también, "... las empresas nativas hasta bastante avanzada la República se han regido por los Códigos de Comercio españoles de 1827 y 1885 (Código de Comercio de 1853 y 1902 respectivamente), pese a las diferencias ideológicas y legales habidas con la metrópoli."[62]

Por otro lado, desde el Derecho Tributario, que significa el sistema de recaudación que organiza y efectiviza el Estado para conservar y mantener su poder y monopolio político, explica Francisco Gómez Valdez; "A nivel Tributario el Estado se ha esforzado por ampliar las fronteras tributarias y se ha encontrado con la informalidad y exoneraciones y demás beneficios tributarios otorgados a determinadas empresas que, curiosamente, son las que más deberían tributar, fenómeno que, por igual afecta al Derecho Previsional y Laboral."[63]

Todas las normas anteriormente reseñadas, nos dan una idea general y panorámica del multiuniverso del Derecho Empresarial, como regulación de las conductas nacidas de la actividad empresarial, que deben ser tomadas en consideración para estructurar un eficiente sistema empresarial.

---

[61] Ibídem Pp. 176.
[62] Ibídem Pp. 176.
[63] Ibídem Pp. 176.

CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO EMPRESARIAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Mirkine-Guetzevich definió el Derecho Constitucional como "**una técnica de la libertad”**.

Para concebir en su contexto global el fenómeno investigado, si la libertad de empresa se ve afectada o anulada por una inadecuada política fiscal, es necesario dar una revisión panorámica a los conceptos generales de la Constitución, pues todo parte de ella, como fundamentos esenciales del Estado y de la sociedad. A continuación definiremos la Constitución y sus elementos más importantes.

No puede haber libertad de empresa si esta no se halla reconocida como tal en la Constitución, y tampoco puede existir Política Fiscal del Estado si este no tiene su sustento en la Carta Magna. Siendo además que todo derecho parte en principio de una norma constitucional, y que no puede eludirse este requisito de existencia, validez y legitimidad.

1.- DERECHO CONSTITUCIONAL

En el corazón de todo el Derecho está el Derecho Constitucional, y -como el corazón- es aquella que posibilita la vida del ser humano en sociedad. El Derecho Constitucional es pues el corazón de la sociedad organizada jurídicamente.

La característica fundamental del Derecho Constitucional es la supremacía de la misma. Se trata de la propia regulación general de toda la sociedad. Allí se encuentran los métodos de regulación superior y jerárquica. Se trata de la regulación de la sociedad, desde un referente racional, desde un grado o el grado jerárquico denominado Constitución.

Humberto Henriquez Franco escribe: "Marcel Prélot, (...), a partir de su finalidad define al Derecho constitucional como la 'ciencia de las reglas jurídicas según las cuales se establece, se ejerce y transmite el poder político'. (Mirkine-Guetzévich,C..) lo define como 'una técnica de la libertad'."[64] Dichas definiciones inciden en el factor político. Trátase de la regulación de los fenómenos políticos; y un fenómeno es político cuando se trata de poder. Lo que se regula es pues el poder, la concentración de este poder. El *poder* está dentro de una categoría social. ¿Cuál es este centro, esta categoría del poder, que se pretende regular? Pues, en un Estado moderno, en una sociedad moderna se trata del poder político concentrado en un instrumento racional: la Constitución, que se forja como el verdadero eje del poder. Y ¿porqué la Constitución? Porque este constituye un eje racional de concentración del poder.

Partiendo del concepto que postula que la *Constitución* es *"la suma de los factores reales de poder"*,¿quiénes constituirían esos factores reales de poder? Ferdinand Lasalle responde: «todos, todos aquellos que intervienen activamente en la organización social»; los mismos constituyen un pequeño fragmento de la Constitución. ¿Aun no queda claro lo de quienes? Pues bien, diremos que los factores reales de poder son: los trabajadores, profesores, profesionales, militares, deportistas, banqueros, empresarios, instituciones formales e informales etc. Todos y cada uno que interviene de alguna forma en la sociedad. Por eso, cuando se atenta contra la Constitución no se está atentando contra un individuo cualquiera, sino contra la "persona" como representación de toda la sociedad. La figura jurídica –persona- representa a cada uno de nosotros. El atentado es, entonces, contra todos y no contra uno. Atentado contra las reglas de juego que hemos aceptado, voluntariamente o involuntariamente, todos. Un rompimiento del contrato social, seguridad jurídica, jerarquía o niveles de pensamiento, razonamiento jurídico; rompimiento del orden jurídico constitucional.

---

[64] 'Henriquez Franco, Humberto. Derecho Constitucional. Editora FECAT. Pp. 13.

La Constitución, en aquél entendido, no implica sólo normas, sino *voluntad*, reunión de voluntades; siendo que nuestra sociedad se rige por este concierto de voluntades. La Constitución no sólo es una simple Carta Magna, sino el *fundamento* de nuestra sociedad, de cómo se organiza una sociedad. Constituye los ejes o principios básicos que integran la organización social, son las condiciones metodológicas de esa organización social.

Kelsen al dar un concepto de Constitución propio de su pretensión, propone el orden y categorización del Derecho. No pretende encuadrarlo o cerrarlo en ese concepto, sino darle un nivel de comprensión. Por eso escribe según reseña -Luis Diez Picazo- que la Constitución es la "norma superior que determina el procedimiento de creación de las demás normas." Dicho concepto no tiene mayores pretensiones que establecer una relación de superioridad, de jerarquía, de orden. Se trata de la Constitución como ente superior, como base o principio último, rector y hacedor de las condiciones posteriores de la normatividad. Una Constitución así entendida es la generalidad de las generalidades, la generalidad que intenta crear otras generalidades más pequeñas llamadas normas jurídicas. Kelsen no pudo haber deseado restringir el concepto de la Constitución a sólo una categoría, a solo un conocimiento categorizable.

A pesar de lo restrictivo del concepto kelseniano de Constitución, tenemos ya un patrón entendido: la Constitución es un ente superior a las demás normas jurídicas y, por lo tanto, este ente superior rige, manda y crea las otras normas; es entonces, anterior, predecesora, y generadora de las demás normas. Y es que Kelsen no habla de la Constitución como organización del Estado, de sus límites y facultades, tampoco como la "suma de los factores reales de poder" (Lassalle), etc. Simplemente ha ubicado un punto y sobre él se ha desplayado. Sólo ha querido, concientemente, llenar un solo vacío, el vacío de la jerarquía, porque en un mundo jurídico moderno, el principio de jerarquía ha de imponerse; esto es porque los rezagos de la edad media, por ejemplo, el Derecho se construía aun en forma difusa, paralela, medieval, feudal, municipal, y el derecho no tiene un

carácter autónomo, independiente homogéneo y hegemónico. Las Colonias españolas, como América, por ejemplo, demuestran ese rezago medieval, feudal, puesto que allí las normas no estaban categorizadas; eso significaba que se usaban indistintamente el derecho consuetudinario, el derecho emanado de la metrópoli, el derecho creado por los propios colonizadores, etc.[65]

Luis Diez Picazo da otro concepto más completo y describe a la Constitución como "sinónimo del conjunto de normas atinentes a la organización del Estado y de normas que recogen los principios inspiradores de la política de éste ...[66] "La Constitución es la base de la organización del Estado. Y este es la sociedad organizada, o un "ordenamiento jurídico". Pero eso no llena el contenido de la legitimidad de una Constitución, porque esta puede ser impuesta autoritariamente o porque puede ser heredada -dice Diez Picazo-.

2.- LA CONSTITUCIÓN

La Constitución del Estado es la *norma fundamental* y primera de nuestra sociedad, norma positiva dentro de nuestro sistema legislativo. Existen tres sentidos explica Marcial Rubio Correa. "La importancia de ser una norma fundamental, o el cuerpo que contiene las normas fundamentales es por que de ella se deriva el grado de obligatoriedad. No existe norma que pueda abrogarlas. [Así existirían:] - Norma de mayor jerarquía que cualquier norma; - Norma que no pueden ser abrogadas por otras normas de rango inferior; - Norma de obligatoriedad general, deben ser obedecidas por la sociedad, pero también por quienes ejercen el poder dentro del Estado" [67].

La Constitución contiene normas que no pueden ser "contradichas o desnaturalizadas" por ninguna otra norma. El hecho de que no puedan ser

[65] Según narra Femando de Trazegnies Granda en su libro Críaco de Urtecho, Litigante por Amor.
[66] Diez Picazo, Luis. Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho. Ediciones Ariel. Pp. 185.
[67] Rubio Correa, Marcial. El sistema jurídico. Ediciones Pontificia Universidad del Perú. Pp. 36..

"contradichas", responde a una idea, la de la seguridad jurídica, la de organización estable. Una Constitución, para ser tal tiene que tener estabilidad. Es una categoria que se halla encima de toda la estructura normativa, por lo tanto debe responderse ante él como la máxima autoridad. Sus normas son fundamentales —fuerzas irresistibles y últimas—, como la libertad, por ejemplo.

Marcial Rubio Correa refiere también que la Carta Magna contiene principios como el "principio de Constitucionalidad", por el que se entiende que 'las normas constitucionales tienen primacía por sobre cualquier otra norma del sistema y que, en caso de que cualquiera otra norma se oponga de alguna manera a la norma constitucional, se aplicará la norma constitucional sobre ella"[68].

Rubio también reseña las formas principales del Principio de Constitucionalidad: "*a) La de no aplicación; b) La de declaración de invalidez de la norma inconstitucional; c) La de no aplicación: Por la cual, como una fórmula: "en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra norma legislativa, se preferirá la primera sin declarar inválida (o nula) a la segunda*"[69].

La incompatibilidad deviene cuando una norma no puede ser aplicada a un mismo hecho, porque sus formulaciones y efectos son diferentes. Hay incompatibilidad porque las normas pueden existir pero no pueden aplicarse al mismo caso, no pueden concurrir o acudir al mismo caso. Una norma incompatible con otra no es necesariamente una norma que niegue a la otra norma. Se trata aquí más bien de jerarquías, de niveles y categorías de normas. La norma constitucional, como se sabe es siempre superior. ¿Porqué? Las razones parecen estar en que la Constitución contiene normas fundamentales, por tal «irrebatibles».

[68] Rubio Correa, Marcial. El sistema jurídico. Ediciones Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 137.
[69] Ibídem Pp. 137.

b) La de declaración de invalidez de la norma inconstitucional.-

Rubio escribe: "*La norma legislativa que resulte con vicio de inconstitucionalidad, podrá ser declarada inválida (normalmente por el Poder Judicial o por una Corte Constitucional)*."[70]. Que exista un vicio de inconstitucionalidad significa que existe en la norma "un defecto" que anula o invalida a la misma norma, defecto en relación con la Constitución. Los ejemplos se pueden encontrar cuando se utiliza la "Acción Popular".

3.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La empresa como una unidad de producción e institución que entrelaza capital y trabajo ha sido reconocido exclusivamente en el Derecho Constitucional, como un factor de la modernidad, del pensamiento liberal, es decir, de la libertad como eje central del ser humano, en donde se reconocen la libertad como expresión fundamental del ser humano para construir centros o ejes de producción, así como el deber del Estado de garantizar la libertad de empresa.

Asi tenemos que la Empresa tiene su enunciación en principio en el Derecho Constitucional, en el Derecho a la libertad del individuo, del ser humano de conducirse según su libre albedrío para reunir capital y trabajo en aras de un fin lucrativo. Y luego tenemos la obligación del Estado de fomentar la creación de la riqueza y garantizar la libertad de empresa, como un rol económico del Estado. Eso significa que la empresa existe reconocida en la propia Constitución desde diversas instituciones; la primera, el reconocimiento de la libertad de la persona para crear, modificar o extinguir personas jurídicas, empresas, asociaciones, o como se puedan denominar dichas instituciones; la segunda institución es la libertad de empresa, que el Estado tiene constitucionalmente el deber de garantizar. Instituciones que tratan de la empresa desde la singularidad (la libertad

[70] Ibídem Pp. 138.

de la persona) y la pluralidad (el Estado como el sistema de relaciones intersubjetivas reguladas y organizadas política y jurídicamente).

Normativamente fue recién en 1979 cuando se inserta y reconoce a la empresa dentro del texto constitucional, es decir, dentro de los lineamientos normativos jerárquicamente superiores en un Estado. Hecho que deberia haber nacido con la primera Constitución, por ser la empresa uno de los principales elementos, factores, ejes del desarrollo de la libertad (valor jurídico político fundamental desde la Revolución Francesa), pero que paradójicamente sólo se desarrolló en nuestra sociedad con la Constitución de 1979. No obstante este olvido, descuido o extravio normativo, no impidió que la empresa se fuera desarrollando desde diversas normas que no eran necesariamente exclusivas de un derecho o código empresarial; sin embargo el reconocimiento de la empresa en la Constitución afianzaba a esta institución dentro de un esquema normativo diferente, y garantizado desde la carta fundamental, como sujeto y objeto preferente de la organización política jurídica de nuestra sociedad.

En nuestra literatura jurídica, tenemos como referencia a Torres y Torres Lara, quién explicaba que fue recién a partir de la Constitución de 1979 que nuestra *carta fundamental* acoge a la empresa institucionalmente en su contexto, elevándolo con ello al mas alto nivel: "la empresa dejó de ser una actividad para convertirse en un sujeto".[71]

Sin embargo cabe la pregunta: ¿porqué recién en 1979 se reconoció constitucionalmente a la empresa como institución y no antes, si toda la tradición liberal estaba inserta en el medio? El Perú provenía de las políticas de la Libertad, como producto de la Independencia. Al respecto Francisco Gómez Valdez ensaya una respuesta y dice que el tema de la empresa en el Perú no podía ser abordado por que nuestra sociedad era " manejado por caudillos", pero que esta situación

[71] Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 177.

sólo pudo cambiar en 1979 por la vigencia de un derecho social mundial, por lo que la Constitución de 1979, producto de una concertación entre los partidos políticos de la fecha, que no sólo cobijó un derecho social de avanzada a nivel mundial sino que, para hacerlo viable, por vez primera trata a la empresa, tardíamente por cierto, pero con firme determinación, pues los legisladores de entonces no podían dotar de derechos fundamentales de relevante valía como la estabilidad laboral (Art. 48) para beneficiar a los trabajadores sin que exista el soporte de las empresas adecuadamente constituidas y con derechos claros para posibilitar tal propósito de innegable contenido social."; no obstante si bien no se puede negar la evidente implicancia de un derecho social, la empresa no responde como fin a satisfacer las necesidades de los trabajadores, sino a fortalecer la capacidad y actividad empresarial, que no podría desarrollarse sólo por los trabajadores. La empresa no pudo haberse formalizado constitucionalmente para favorecer a los trabajadores, sino a los empresarios. La diferencia entre empresarios y trabajadores en esa época estaban terriblemente marcadas por las condiciones culturales y sociales que predominaban: un país republicano proveniente de las ideas de la modernidad, con valores como la libertad, igualdad y solidaridad, y en donde estos mismos valores eran tomados como hegemónicos, céntricos, no necesariamente en la misma proporción, sino variablemente inclinados hacia uno de ellos; lo que permitió el desarrollo de la libertad, desde un extremo, en determinada situación y circunstancia temporal, que fue aprovechado por los empresarios; así mismo se desarrolló la igualdad y solidaridad, que fueron factores utilizados por las concepciones de los Estados sociales, es decir, con inclinación superior hacia la defensa de los derechos de los trabajadores, como una contraposición de los factores capitalistas, o empresariales, confundiendo peligrosamente las concepciones con las cuales había nacido la modernidad y enfrentando unos valores con otros, cuando la realidad social imponía una combinación equilibrada de los valores modernos mencionados (libertad, igualdad, solidaridad). Independientemente de todo esto, lo cierto es que la empresa se instituyó constitucionalmente, hecho que superaría cualquier origen

adverso, puesto que la partida fundamental de reconocimiento de la misma como sujeto de derecho provocaría una nueva performance en la actividad empresarial.

La introducción de la Empresa como institución supuso también el reconocimiento del mismo por el Estado, generando su protección y garantizando la exigibilidad del Estado para promoverlo y garantizarlo, por eso escribe Francisco Gómez Valdez que: "Al disciplinarse la empresa como una unidad de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles al Estado...' (Art. 130), se da un vuelco cualitativa a la inercia que por siempre había tenido la juridicidad constitucional sobre la concepción de empresa entre nosotros, para dotarle de la fisonomía moderna que en la actualidad muestra, puesto que el enunciado nos lleva a establecer que estamos ante dos componentes que inspira una 'comunidad humana': el capital y el trabajo; pero al mismo tiempo, deja de lado la idea de concebir al comerciante en tanto persona que realiza una actividad con la cual suele ser identificado, para trasvasar el dominio de la actividad y elevarlo al sitial de mancomunidad que abarca a trabajadores y empleadores dentro de la orientación moderna de crear bienes y servicios. De esta manera, la idea de empresa se copulaba con la de industria a raíz de la dación de los Ds. Ls. Nos. 18350 de 27/07/1970 y 18384 de 01/09/1970 y 23407 de 29/05/1982 y su Regl. El D.S. No. 046—82—ITND de 01/10/1982 sobre la ley de industrias y de comunidad industrial de la década militar pasada; en fin, para acopiar el ahorro interno a través del Derecho previsional (DL. No. 19990 y L. No. 26790 de 15/05/1997: hoy también al Sistema Privado de Pensiones, D.L. No. 25897 de 06/12/1992. V., L. No. 27617 de 01/01/2002 que modifica algunas disposiciones del SNP y del SPP."[72]

Considerar a la empresa en la dimensión de "unidad de producción" significa ya un gran avance, porque de la concepción de los mayorazgos, haciendas, etc, o los talleres considerados anteriormente como los centros de producción se está ante

[72] Ibídem Pp. 177.

una nueva dimensión social, jurídica y económica de la producción: la empresa, que significa una nueva distribución de la producción de bienes y servicios, con objeto lucrativo determinado. Antes la producción había llegado a su máxima especialización en la industria, a tal grado que incluso Alvin Toffer determinaba una etapa en la evolución de la industrialización; conceptos que han sido trastocados por esta nueva forma de producción de bienes y servicios: *las empresas*, que son una forma global, general, de las instituciones productivas, generadoras de riqueza, consideradas 'unidades de producción', que al constitucionalizarse han priorizado su eficiencia y contribución al bien común, el bien de la sociedad como deberes exigibles al Estado. Esta exigencia al Estado ha provocado que toda la política social se dirija hacia la protección de la empresa como un sistema de producción necesario ineludiblemente para el desarrollo de la sociedad. Este primer reconocimiento de la empresa por el Estado en la Constitución convierte ésta última en un eje diferente del contenido socialista anterior, es decir, que aunque la política socialista prevalecía en la Constitución de 1979, la empresa, que es una institución liberal por naturaleza, por que se origina y perpetua por iniciativa de los particulares, le dio a la Constitución de 1979 el matiz liberal que la sociedad necesitaba para lograr su permanencia y la libertad necesaria. Esto último no se ha entendido muy bien, puesto que incluso Francisco Gómez Valdez pensaría que la empresa fue introducida como un factor necesario para el reconocimiento de los derechos laborales, porque sin empresa no podría haber derechos laborales que reconocer. Sin embargo, usando esta concepción, se podría inquirir que la preexistencia de la empresa para reconocer derechos laborales era previamente necesaria, pero antes que un trabajador es preciso una empresa.

La empresa se juridizó, se hizo jurídicamente constitucional, marcando un poco tímidamente, en el texto, lo que en la realidad, y fuera de las concepciones socialistas, se venia produciendo, lo que actualmente va siendo reconocido: la empresa como el primer motor de la productividad de bienes y servicios, puesto que exigirle al Estado reconocer la importancia de la Empresa y garantizar su

desarrollo, implica contradecir la política socialista, ya que este último ubica su organización completa en el Estado, monopolizando las formas de producción y de distribución de la riqueza.

Lo que se intenta explicar es que la concepción liberal (aquella que propugna los sistemas autogestionarios, la independencia, la libertad, como ejes fundamentales para vivir) estaba siendo introducida constitucionalmente en 1979, contradiciendo toda la concepción socialista de ese tiempo, porque se imponían incluso sobre el Estado por estar éste último sujeto a la exigencia social de proteger a la empresa como una unidad de producción necesaria para el bien común.

La actividad comercial y la asignación de la concepción del comerciante como simple actor de una actividad comercial, independiente de vínculos con la actividad, sus causas y efectos, es sobrepasada, y se concibe dos componentes singulares: el capital y el trabajo; así como la clara diferencia que existe entre los mismos; a la misma vez se considera una nueva categoria de la actividad humana: *la actividad empresarial* que contiene ya no sólo a los comerciantes, sino también a los trabajadores y a los empleados, orientados a "producir" bienes o servicios". Esta definición sacada de la realidad de los hechos, extraía una nueva visión de los fenómenos de la actividad humana, concibiendo a la empresa como el producto real de esa nueva visión, como conjunción de muchos elementos, que identifican "La inclusión de la empresa en la Constitución al mismo que reconoce la libertad, como una de las formas más productivas de ser desarrolladas y generadas por el ser humano", también permite la teorización de lo que Popper denominaría: "la sociedad abierta y sus enemigos", o dicho en otros términos, "la sociedad liberal".

El Estado, dentro de esta concepción, tiene el deber de procurar que las empresas sean eficaces, para que sean productivas; por eso *"... La exigida eficacia de las*

empresas parte de la idea de que sean más productivas(2),"[73] y el Estado tiene desde la Constitución de 1979 la necesidad de procurar tal efecto; y es que "*...esa eficiencia requerida a partir del dictado de la Constitución anterior era un asunto que concernía al Estado y no tanto a los particulares como por siempre había ocurrido. No en vano el Art. 110 de la misma Constitución, versó sobre el incremento de la producción y productividad.*"[74]

Así también, "La Constitución de 1979, permitió la clasificación de las empresas en sectores, como el privado, el público, propiedad social, cooperativo, autogestionaria, comunales, y otras formas o modalidades que tuvieran personería jurídica."[75], lo que significó un gran avance para el nuevo marco empresarial.

Mas tarde ya con la Constitución de 1993, la empresa como institución con nombre y capítulo propio no fue tratada, sin embargo si fue incluida dentro del Rol económico del Estado, es decir, dentro de aquella exigencia al Estado de garantizar su desarrollo, proveniente, como mencionamos, de la Constitución de 1979; el Estado queda comprometido con la nueva entidad: *la empresa*, esto prescrito en el artículo 59º de la Constitución de 1993.

El desarrollo de la empresa forja todo un sistema de control, como por ejemplo, es el caso que la Superintendencia de Banca y Seguros que ejerce control sobre las empresas bancarias y seguros, y de aquellas instituciones que reciben depósitos del público. Además, como método de seguridad, siendo un evidente sistema de control del Estado sobre la actividad del congresista, y sobre el posible mal uso de su poder, en el artículo 92 de la Constitución se establece evidentemente unas restricciones a la libertad de empresa, aunque se hallan sustancialmente justificadas por la realidad; no obstante esto no niega el recorte de la libertad de empresa que tiene el congresista cuando expresa que "La función de congresista

[73]Ibídem Pp. 177.
[74] Ibídem Pp. 178.
[75] Ibídem Pp. 178.

es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos. La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros." El texto esta justificado, pero la clara restricción de la libertad de empresa también se pone de manifiesto, como un indicativo de la incompatibilidad de lo público con lo privado.

A su vez, en el Artículo 126º de la Constitución se observa otra limitación a la libertad de empresa, esta vez a los ministros, cuando expresa: "Los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas."; limitación justificada en el mal uso del poder político.

Propuesta suelta:

De acuerdo con el Artículo 155º de la Constitución los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura pueden ser ampliados e integrados con dos miembros representantes por instituciones del sector laboral y del empresarial, mediante votación secreta del Consejo. Por lo que proponemos que esto se haga efectivo, puesto que dentro del nombramiento de magistrados se encuentra olvidado una parte importante para el desarrollo del país, no existe un evaluador que pueda avizorar los efectos específicamente laborales y empresariales de la calidad de magistrados existentes. Se propone que se elija a un representante de los empresarios, y otro de trabajadores.

4.- ANALISIS DEL TITULO III: REGIMEN ECONOMICO DE LA CONSTITUCION

La Constitución Política del Estado Peruano establece en su Tìtulo III: El Régimen Económico de la Constitución, que a la letra dice:

"TITULO III: REGIMEN ECONOMICO, DE LA CONSTITUCION

Artículo 58º.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Artículo 60.- Pluralismo Económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o

países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Artículo 64.- Tenencia y disposición de moneda extranjera
El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población."

ANALISIS:

Según escribe Humberto Enriquez Franco parafraseando a Marcel Prelot, definió el Derecho Constitucional como la "ciencia de las reglas jurídicas según las cuales establece, se ejerce y transmite el poder político". Enríquez agrega el concepto de Mirkine-Guetzevich, quien definió el Derecho Constitucional como " **una técnica de la libertad** ", concepto que es propicio en nuestro trabajo. Desde estas

perspectivas tomaremos al Derecho Constitucional como una *técnica de la libertad*; agregando que esta libertad tiene que ser organizada dentro del concepto de sociedad y de Estado. Además, con Sagues, citado por Enríquez, el Derecho Constitucional es "el sector del mundo jurídico que se ocupa de la organización fundamental del Estado"; esto significa que aquella entidad llamada Estado tiene el monopolio de la organización política jurídica y por lo tanto constituye el fundamento último de todo el Derecho como lo planteará Kelsen.

Enríquez añade, refiriéndose a *democracia,* un concepto de Derecho Constitucional que utilizaremos: el Derecho constitucional **tiene como finalidad garantizar la libertad** y los derechos humanos en justicia; en otros términos, el Derecho Constitucional, en un Estado moderno, sólo puede existir si uno de sus principales fundamentos es la libertad; libertad individual, libertad empresarial, etc. El Derecho Constitucional establece, ejerce y transmite el poder político; es una técnica de la libertad, organiza al Estado que tiene el monopolio de la organización política-jurídica.

1.- Por su parte, la Constitucion de 1993 contiene a la institucion de la empresa dentro de Titulo III, Del Regimen economico. Esta condicion peculiar ha restringido, o de alguna forma vulnerado y limitado a dicha institucion porque viene dentro de un titulo mayor, y ademas, se propone dentro de tambien una institucion mayor; lo que a nuestro parecer es un olvido y extravio del gran significado y revolucion que significa la institucion de la empresa, como condicion extremadamente importante, por lo efectos que desarrolla: la iniciativa privada, la autogestion, la autosostenibilidad, la generacion primaria de riqueza, etc.

2.- En su artículo 58 la Constitucion rubrica a la Economia Social de Mercado. Empieza este articulo enunciando la libertad de la iniciativa privada, que supondria la iniciativa privada; esto indicaria que no se tiene que pedir permiso al Estado para tener y ejercitar la iniciativa privada. Aquello parece bastamte claro,

pero no es asi; sin embargo es una salvaguarda contra la tiranía o la dictadura, que es un fenomeno que siempre puede suceder, por la propia naturaleza de los seres humanos, por lo que el control es sobre el fenómeno de control de la arbitrariedad.

Ahora bien, cabe anotar, dentro de nuestra investigación, que no puede haber iniciativa privada si estos se ven atribuidos y aconglomerados por una inadecuada politica fiscal, como por ejemplo la imposicion de tributos, o el pago de algunos derechos. No puede haber consiguientemente libertad de iniciativa privada si existen restricciones a la libertad de empresa, a través de la política fiscal, es decir, a través de la imposición de tributos a la actividad empresarial.

3.- El Artículo 58º de la Constitución establece que la economía social de mercado es el régimen mediante el cual el Estado orienta el desarrollo del país, actuando en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Como se observa el artículo referido olvida lo principal: la empresa, pues los servicios prestados son sólo de carácter público, pero no hace referencia expresa a la promoción de la empresa, sino a la del empleo, lo que sugiere que se trata del empleo dado por el Estado.

4.- Respecto del título III de la Constitución, que se ocupa del régimen económico, Enrique Bernales explica que la Constitución de 1993 "opta resueltamente por disposiciones en las que el perfil ideológico del neoliberalismo resulta visible ", ingresando en connotaciones ideológicas, lo que resultaría una actitud limitativa del pluralismo económico.

Enrique Bernales, agrega que en la historia existen dos sistemas de tratamiento este tema. El primero desarrollado por el capitalismo, con la revolución liberal burguesa de los siglos XVIII y XIX, en Europa y en Estados Unidos: "En tales épocas no hubo regulación de precios, salarios, ni de condiciones de trabajo; la oferta y demanda regularon los mercados". Sin embargo la necesidad, según este

autor, hizo que se establecieran límites a la libre iniciativa, así tenemos la regulación de los precios, los bloqueos contra las potencias, la aparición del derecho de trabajo regulando la jornada laboral, la regulación para garantizar la competencia, la regulación en materia de la moral y la salud, la regulación para proteger el medio ambiente, la nacionalización de actividades estratégicas, entre otras, reseña el autor. Mientras que el otro sistema es el de la *economía dirigida*, vigente en los gobiernos socialistas, donde no existía la iniciativa privada.

Propuesta suelta: La libertad de empresa se ve también limitada por la inejecución de la propia normatividad laboral, por ejemplo, cuando el trabajador público excede su jornada laboral de más de ocho horas, y se queda trabajando sin que se reconozca su labor deja de utilizar su capacidad productiva, limitando sus posibilidades de hacer empresa.

5.- En el Artículo 59 de la Constitución se enuncia que el Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Asimismo se añade que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresa en todas sus modalidades.

Los conceptos que en la presente investigación nos interesan es el de la "estimulación de creación de la riqueza". ¿Cómo hace esto el Estado? Este artículo debe desarrollarse en el Presupuesto nacional, verificándose si existe o no una partida especial para estimular la creación de la riqueza, además del porcentaje en relación al resto de actividades y servicios del Estado. Debe establecerse, también, cómo el Estado garantiza específicamente la libertad de empresa. Sólo el desarrollo de estas normas en normas especìficas o reglamentarias nos dirán si se cumple efectivamente lo enunciado en la Constitución, o si, por el contrario, sólo es declarativa, retórica, o derecho en

espera de ser puesto en ejercicio. Además, cabe las preguntas, ¿qué instituciones públicas predominan para activar el mecanismo estatal de garantía y defensa de la libertad de empresa? Aludir que se tiene al Indecopi, Conasev, Consucode –por nombrar algunos- no demuestra que el Estado garantiza la creación de la riqueza, ni tampoco que se garantiza la libertad de empresa, porque estas instituciones no funcionan como entes necesariamente generadores de libertad de empresa, sino de control de la libertad empresarial. Por ejemplo el Consucode, a través del Sistema del SNIP, Sistema Nacional de Inversión Pública, no posibiltaban la libertad de empresa, sino serán sistemas de seguridad, que suponen utilización de recursos humanos, materiales, económicos, de trámite, etc., de las empresas que pretenden ingresar a prestar servicios al Estado. Estas instituciones no promueven que existan más empresas, o que se invierta más en constituir empresas, sino más bien que las empresas asuman la carga de su existencia, a través de los controles estatales.

El artículo en comentario expresa además que el Estado brindará oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, esto se refiere exclusivamente a las pequeñas empresas, anotando de ellas en cualquiera de sus modalidades, olvidándose de la mediana empresa y de la micro empresa, que no es una modalidad de la pequeña empresa. Además debería ser igual para los otros tipos de empresas, sean pequeñas, medianas o microempresas. Lo que supone evidentemente una discriminación; porque si se prefiere a la una sobre la otra, por su condición o tamaño, esto afecta a las otras. La libertad de empresa consiste en que no exista este tipo de discriminación, que el éxito dependa de su capacidad productiva y no de las subvenciones o privilegios que otorga el Estado. En una sociedad moderna, con libertad de empresa, no deben existir los privilegios, porque esto supone discriminación y alteración del mercado y la competitividad.

Respecto a la obligación de garantizar la libertad empresa, Bernales dice que consiste en la libertad de crear personas jurídicas dedicadas a actividad lucrativa. La legislación referida "excluye las normas y procedimientos que interfieran con

el libre establecimiento y desarrollo de las empresas". Bernales expone cierta contradicción pues esas libertades no son garantizadas en forma absoluta, porque el artículo 59º de la Constitución impone limitaciones, como que esas libertades no sean lesivas a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. Puede entenderse las limitaciones a la salud y a la seguridad pública, pero no a la moral, que no es un concepto necesariamente jurídico, y además sujeto a una diversa, compleja y complicada interpretación. Existe pues una limitación del Estado de la libertad empresarial cuando nos pone como límite a la moral.

6.- En el artículo 60º de la Constitución Política se enuncia el reconocimiento del pluralismo económico, es decir, de diversidad de formas de propiedad y de empresa. Esto supone que en territorio nacional se pueden constituir y pervivir empresas con denominaciones de sociedades, como las sociedades anónimas, la sociedad de responsabildad limitada, las sociedades comerciales, las sociedades en comandita, sociedades civiles, así como las empresas individuales de responsabililiad limitada, entre otras. Esto, por supuesto, no se expresa y tampoco se enuncia en las clasificaciones de las empresas, menos se aclara si, por ejemplo, las asociaciones, fundaciones o comités pueden ser consideradas dentro de este pluralismo económico, y por lo tanto reconocidas como empresas. Sin embargo el texto alude a la coexistencia de diversidad de empresas, que es un argumento y fundamento de derecho importante. En este caso, son las personas, o el mercado, quien decidiría que tipo de empresas coexisten. El Estado tendría en mérito a este artículo, el deber de garantizar que existan diversidad de empresas, pues son “el sustento de la economía nacional”. ¿Cómo hace esto? Lo importante es que este “reconocmiento del pluralismo económico”, de la diversidad de empresas significa también el deber del Estado de protección de las mismas, de garantía de su existencia y operación.

El Estado a su vez puede realizar actividad empresarial, subsidiariamente, pero sólo por interés público o de manifiesta conveniencia nacional, y sólo autorizado por ley expresa, sin que esto signifique privilegio alguno.

Bernales escribe que fue en la década del 70, en el gobierno militar del general Velasco cuando el pluralismo económico cobró fuerza, asimismo fue recogido en la Constitución de 1979 en el artículo 112º, donde se expresaba que "la economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa".

7.- Respecto al Artículo 61º de la Constitución, donde se enuncia la Libre competencia, Enrique Bernales escribe: "*La libre competencia es la concurrencia de oferta y demanda en el mercado con la menor interferencia de situaciones extrañas a ellas, a fin de que los valores de mercado reflejen el punto de equilibrio entre una y otra, y sean entonces estas condiciones las que rijan las relaciones económicas.*"[76]

Bernales explica que uno de los efectos de la libre competencia es que los precios sean determinados por los agentes económicos. Pero en nuestra realidad estos precios son inducidos por los tributos impuestos, puesto que se tienen que agregar a los precios de venta. No existe total libertad de competencia si el Estado impone aranceles que hagan que el precio sea determinado por esta condición. (caso de vehículos usados).

5.- LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La libertad de empresa se origina jurídicamente en la Constitución Política del Estado, en la cual se enuncia el Derecho a la Libertad, como un derecho fundamental de la persona. Esto le da jerarquía constitucional, es decir, supremacía frente a las otras normas de menor rango normativo. Luego vemos a la Libertad de Empresa dentro del Tìtulo: El Régimen Económico, en sus artículo 59º y siguientes, en las cuales la libertad de empresa se halla expreso como un

[76] Enrique Bernales. La Constitución de 1993 – Análisis comparativo. Editora RAO S. R. L. pp. 359.)..

deber del Estado de garantizarlo. Siendo además la Constitución aquella norma superior que se encarga de la creación de otras normas, según la concepción Kelseniana; así las normas insertas en ella, como la libertad, y la libertad de empresa, permiten que estas se desarrollen en otras normas de rango inferior y nivel jerárquico, como Leyes, Decretos, Reglamentos, etc., lo que significa que después de ellas se puede ampliar estas normas, desarrollarlas para que se puedan ejecutar y proyectar, de acuerdo con las necesidades específicas y determinadas circunstancias y necesidades temporales, espaciales e históricas. Así, la libertad de empresa, concebida en la norma constitucional, queda legitimada, y con ello se da cabida al desarrollo de sus otros componentes, también legitimados, como la inicaitiva privada, la libre competencia, la asociación para hacer empresa, la libertad de contratar, etc., factores que podrán, sólo por estar contenidas dentro de texto constitucional, desarrollarse al máximo nivel jerárquico normativo.

La Libertad de empresa no podría desarrollarse, pues, si no estuviera contemplada dentro del Derecho Constitucional. Sin embargo, esta permisibilidad no es total, absoluta, porque la misma norma constitucional ha impuesto algunas limitaciones que la contradicen, como por ejemplo, el hecho de limitar la libertad de empresa en asuntos de índole moral, salud, seguridad nacional, que si bien son otros factores y valores nacionales que deben preservarse, no pueden alterar o limitar la libertad de empresa sin destruirla por completo. Sin embargo, las razones constitucionales parecen sustentar esta regulación normativa; no es muy claro respecto a la limitación moral, porque, contrariando a Kelsen, ya no estaríamos ante el Derecho, sino ante un asunto social, moral. La moral no puede ser un impedimento absoluto para ejercer la libertad de empresa, porque este tiene una interpretación abierta, es decir, demasiado compleja, que requiere todo un sistema interpretativo, que anula, o vulnera de alguna forma la rapidez y facilidad de ejercicio de la libertad de empresa. Es necesario recordar que cuando una norma es constitucional no puede haber refutaciones a ella, sino dentro de las normas también constitucionales, y que la Constitución representa, sino un dogma, un instrumento de certeza que pretende asegurar que el Derecho se cumpla en un

tiempo real, no sujeto a procesos que implican gasto en recursos de tiempo, materiales, humanos, etc.

La libertad de empresa se ve restringuida constitucionalmente, como se expresa en la misma Constitución, y según los razonamientos arriba expuestos.

CAPÍTULO CUARTO: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO CIVIL

Para analizar nuestro problema (que el Estado bloquea, o viola el deber de garantizar la libertad de empresa) debemos utilizar al Derecho Empresarial, para, desde el contenido interno de la empresa, verificar si existe o no limitación a la libertad de empresa, por eso es necesario explorar la relación entre el Derecho Empresarial y el Derecho Civil, entendiendo que el Derecho Empresarial es el tratamiento jurídico de la empresa y, por ende, de su libertad. El Derecho Civil es aquel sistema normativo que desarrolla y norma la vida del ser humano desde el momento de su nacimiento hasta su muerte; y que dentro de esta regulación se encuentra la libertad del ser humano, como persona natural, o como persona jurídica, así como el desarrollo de actividades o conductas como las de contratar, tener propiedad, tener herencia, sucesiones, tener obligaciones, etc., que tienen que ver necesariamente con el uso de la libertad. Siendo el Derecho un sistema, el Derecho a la libertad de empresa no se puede dar si previamente no existen estos derechos contemplados y reconocidos también en el Derecho Civil. Por lo antes referido haremos un bosquejo panorámico de todas las instituciones civiles en forma independiente, pero que, por las razones expuestas, tienen que ver con el desarrollo de la libertad de empresa.

I.- EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL

1.- EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL.- La mayor parte de nuestra vida está tejida de actos jurídicos, esencialmente civiles; así realizamos contratos

(Acto Jurídico, Contratos), compramos un bien mueble o inmueble (Derechos Reales, Propiedad, etc.), nos casamos (matrimonio), tenemos hijos (patria potestad, etc.) y morimos (sucesiones), etc. En todos estos actos, como vemos, está el Derecho Civil. La institución encargada de regular estas áreas de la vida es esencialmente el Derecho Civil. Por eso es importante tener una idea clara y general del Derecho Civil que nos regula, que nos ayuda a organizar nuestros actos diarios de vida (comprar, casarnos y morirnos), porque, querámoslo o no, este Derecho Civil estará hasta el día de nuestra muerte, e incluso más allá de ella (sucesiones).

2.- NOCIONES DEL DERECHO CIVIL

En principio el Derecho Civil es un sistema normativo que regula y se define por el tipo de relaciones jurídicas que constituye y regula; así es un sistema normativo que, categorizado por su área de aplicación, se define como sector o parte del sistema jurídico general, como parte del ordenamiento jurídico. No cubre con su regulación todas las áreas de la actividad humana, sino sólo algunas determinadas: las del área civil, la conducta del ser humano desde su nacimiento hasta su muerte. En resumen, trata de la regulación de las conductas del ser humano cuando efectúa operaciones patrimoniales.

El Derecho Civil, según Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, es la "parte o sector del ordenamiento jurídico que, conteniendo los principios cardinales de la organización jurídica de la comunidad, tienen como objeto preferente la protección y defensa de la persona y de la realización de sus fines, la ordenación de la familia y la disciplina del patrimonio y del tráfico de los bienes"[77]. Organiza las relaciones personales cuando entran en relación con el patrimonio. Establece los criterios de organización de estas relaciones intersubjetivas, entre personas, en base y fundamento en la protección y defensa de la persona.

[77] DIEZ PicAzo Luis, y GULLON, Antonio. Sistema de Denci,. O vol. 1. Editorial Tecnos, Madrid, 1980. Pp. 55.

El Derecho Civil establece y regula un determinado tipo de relación jurídica; las nacidas de las relaciones jurídicas patrimoniales comunes. Por lo pronto se diferencian de las relaciones patrimoniales comerciales, de las relaciones jurídicas nacidas de los delitos, porque, cuando se comete un delito existe también una relación jurídica, un derecho—deber entre sujetos. Así la diferenciación del resto de ramas del Derecho es para aislar esta parte de la vida humana que necesita un tratamiento determinado. El proceso de aislamiento ha sido condicionado por la historia y ha formulado "criterios o pautas" de solución de cierto tipo de relación jurídica. Por eso se dice que el Derecho Civil "...no es otra cosa que una manera o una forma, históricamente condicionada, de estudiar una parte o un sector del ordenamiento jurídico, de tal manera que tanto el criterio lógico para aislar dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico esta parte o este sector y llamarlo Derecho civil, como el criterio o los criterios para analizarlo y exponerlo se encuentran en función de la línea de la evolución histórica del pensamiento jurídico de nuestra civilización."[78]

Esta concepción del Derecho Civil lo propone como una forma de estudio de cierta parte, aislada lógicamente, del Derecho. Pero el Derecho Civil no es una forma de estudiar un sector del Derecho, es si un sector del Derecho, pero no sólo un estudio. Es más, se define por ser un sistema de regulación de cierto tipo de las conductas intersubjetivas, determinadas por la espera de finalidad, objeto de estas relaciones jurídicas reguladas.

En una primera instancia se puede decir que el Derecho Civil era el ordenamiento general y común, adoptado por los romanos, y que utilizaban para regir su vida política y económica. Así "el Derecho civil en su sentido propio y originario seria el ordenamiento tradicional que habían adoptado los grupos primitivos romanos reunidos en comunidad política y estaría constituido por una serie de principios fundamentales enunciados y establecidos por la jurisprudencia, religiosa primero

[78] Escriben Luis DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLON, El Derecho civil. pp. 46.

y laica después, de los prudentes"[79]. Por lo pronto se puede decir que su origen histórico se fundamenta en el pueblo romano y en su sistema de organización, que se basaba en ciertos principios, en lineamientos generales de organización social.

3.- Derecho Civil Patrimonialista

La protección y defensa de la persona también están como objeto preferente de la Constitución y del Derecho Penal. ¿Cuál es, entonces, la diferencia en el Derecho Civil? Se dice que es "el patrimonio". De ser así en el Derecho Civil se trataría del ser humano en relación con su patrimonio. El eje parece ser el patrimonio, pero –aclarando- no cualquier patrimonio, sino este patrimonio que afecta a la salud física y mental del individuo. Relación del hombre con el patrimonio seria la primera premisa. La persona está aquí en referencia exclusiva al patrimonio. Hombre y patrimonio suponen una unidad; del defecto del patrimonio hay consecuencias a la salud y derecho de la persona. Ocurre sin embargo que esta preponderancia o matriz patrimonial ha producido "la conversión de la persona en homo economicus"[80]. Los criterios de valoración son, lo económico, lo patrimonial. Este sería el eje del cual nace todo conflicto; pero este eje patrimonial es sólo importante, trascendental, legítimo, si afecta la salud del individuo, o persona. Esa puede ser la condición indispensable de este tipo de patrimonialismo: su derivación y subordinación a la salud física y mental del individuo, y no excluyentemente sólo al patrimonio.

4.- Derecho Civil extrapatrinionialista

El deslinde con la designación patrimonialista del Derecho civil está en el hecho de que lo verdaderamente importante no es el patrimonio (que es sólo un objeto, cosa, o bien) sino la persona en relación con otra persona. Fernández Sessarego

---

[79] Escribe De Francisci recogiendo la idea de Ehrlich. / Luis Diez Picazo y Antonio Gullón escriben que fue Ehrlich quien encuentra "la más antigua definición y sentido genuino y originario de la expresión Derecho civil en dos textos de Pomponio: 'Quod sine scripto iii sola prudentium interpretatione consistir; haec disputatio et oc ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus'.

[80] PICAZO Luís, y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho CiWL Vol. 1. Editorial Tecnos, Madrid, 1980. Pp. 55.

aclara el asunto al escribir que "«en el derecho de propiedad, un sujeto es propietario de la cosa y los demás sujetos, con el directa o indirectamente relacionados, son los obligados a respetar dicho derecho en todo lo que él significa"[81]. Debe recordarse que se usa el concepto de persona por ser esta una generalización del individuo como ser único, singular, diferente e irrepetible, pero a la vez personifica a cada uno de los miembros de la sociedad. La persona puede estar definida en singular, pero esta definición es sólo un "elemento de razonamiento", y este razonamiento es una representación de lo general, de lo social.

II.- LA PERSONA

1.- CONCEPTO DE PERSONA:

Persona es un concepto que identifica al ser humano con una calidad, su calidad jurídica, la atribución del ser humano de ser un ente jurídico, un ente con derechos y deberes. La persona es aquel eje de imputación de deberes y derechos.

La persona ha sido definido desde una óptica jurídica, social, temporal por Marcial Rubio, quien escribe que "La persona es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener deberes y derechos"[82]. Pero veamos porqué esta persona es sujeto de derecho. Notemos que se está hablando de la persona natural como ser humano, y se olvida que la persona define también a ciertas instituciones. Ahora bien, la persona es sujeto de derechos. La persona como sujeto es siempre un eje variable. Este sujeto que es diferente del objeto; sujeto "que no es macizo, compacto, sino lábil y proyectivo, historializado"[83]. Sujeto al que el Derecho vuelve su angustiosa mirada, constituido como problema, colocado como centro y eje del Derecho.

---

[81] SESSAREGO, Carlos, Dnwhoy Penos& Grijley. Tercera edición, 1998. Lima. Pig 36.
[82] COnak, MaS,1. E/Ser I-luma,.o como Penosa Nat,iraj Bditoriaj de la Pontificia Universidad Católi del Perú. Para leer el Código Civil. Urna. pp. 22.
[83] "FERNÁNDEZ SsssAaEoo, carlos. Derecho y persona. Editorial Grijley. Lima. Pp. 28.

Sujeto que es el ser que conoce y que siente, que constituye un ser de conocimiento y un ser conocedor. Este sujeto es susceptible de derechos y deberes. De allí su condición de sujeto de derecho. No olvidemos que la constitución de un sujeto de derecho revela, además, el grado de cultura jurídica, y que ésta se constituye como una síntesis de los problemas y soluciones sociales que revelan el nivel jurídico de una sociedad[84]. El sujeto de derecho, por ser tal, tiene necesidad de hallarse en permanente estado de solución. En nuestra investigación se observa cómo este sujeto no halla una solución uniforme, universal.

Recapitulando, la persona es una 'entidad jurídica capaz de ser sujeto de derechos y deberes", un "eje de imputación jurídica de deberes y derechos". En suma y síntesis, "El sujeto de derechos es aquel ser humano o institución susceptibles de derechos y deberes". Así, "hoy definimos a la persona como entidad jurídica capaz de ser sujeto de deberes y derechos. Es decir, es un eje de imputación jurídica de deberes y derechos.[85]"

2.— Persona y sujeto de derechos

La trayectoria de vida del ser humano podemos clasificarla en dos etapas; la primera es aquella donde éste ha sido concebido pero aún no ha nacido, está en el vientre de la madre, o en probeta (de ser el caso), pero tiene vida. Las concepciones en que se reputa un ser humano con vida es, en estos tiempos, siempre dispuesto como tema de debate, porque, según avanza la ciencia, las variables sobre esto también han variado. Así, los márgenes del problema van hasta determinar el momento de la fecundación y diferenciarla incluso de la concepción. Alternativamente los avances científicos han logrado aislar el proceso de reproducción humana, y dan criterios también un poco confusos aún. Por estos avances científicos se dice que no toda unión de gametos, (esperma más óvulo)

[84] FERNÁNDEZ SsssAaEoo, carlos. Derecho y persona. Editorial Grijley. Lima. Pp. 28.
[85]RUBIO CORREA, Marcial. El Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 25.

produce fecundación. Que esta fecundación no es simplemente unión de los gametos, sino es necesario que la unión produzca vida humana. Que dos gametos se junten no significa necesariamente la existencia de vida humana, puede haber vida independiente de gametos, pero estos aún no constituyen o conforman al ser humano.

3.— Clasificación o etapas de vida del ser humano:

La clasificación clásica del ser humano es como sujeto de derecho (no nacido, pero fecundado) y como persona natural (nacido).

3.1.— El ser humano concebido, aún no nacido

Este ser que ha sido concebido y fecundado, pero aún no ha nacido (está en el vientre de la madre o en la probeta) se le considera como que tiene derechos pero no tiene aún deberes. Este ser humano es sujeto de derechos, sin embargo aún no es persona. Es lógico que, estando aún en el vientre de la madre, o en la probeta, este ser no pueda cumplir con deberes. Concepción que contrapone la idea de la existencia del Derecho sólo si es que contiene o es una relación jurídica, es decir, la existencia de derechos y deberes. Así, existe derecho si existe relación jurídica, pero en el no nacido, ¿puede haber relación jurídica?, existencia de derechos y deberes frente a otro. El no nacido tiene derechos, que se le proteja, que se garantice los medios para su nacimiento, etc., pero a cambio de esto no tiene que aportar nada, ¿cómo puede tener derechos si no tiene deberes?, ¿qué criterios se usa para otorgarle derechos, si no puede tener deberes? Si alguien no quiere tener al concebido, fecundado, pero aún no nacido, ¿porqué puede no tenerlo, o porqué tiene que tenerlo —según sea la sociedad donde se encuentre? Existirían dos teorías contrarias, las que niegan la existencia de derechos del no nacido pero concebido y fecundado, y las que le reconocen derechos.

3.2.— El ser humano nacido: Es el ser humano que tiene derechos y también deberes, porque puede ejercerlos.

3.2.1.- Etapas del ser humano como sujeto de derecho:

a) Concebido pero aún no nacido: Tiene derecho pero no deberes;
b) Nacido: En el que ya es Persona. Tiene derechos y deberes.

4.- TIPOS DE PERSONAS

El término persona es un término jurídico, que, según datos históricos, proviene de ciertos hechos sociales, específicamente de ciertas representaciones teatrales. De ser un término social pasó a constituir un término jurídico, porque se constituyó como representación de derechos y deberes. De esta forma sólo puede ser persona quien tiene personalidad jurídica, quien tiene derechos y deberes.

4.1.— Persona Natural: Es aquella con la cual se significa al ser humano. Todo ser humano es persona.

4.2.— Persona Jurídica: Son aquellas "Instituciones, conformadas por personas (naturales o jurídicas), instituciones conformadas por otras personas (bien naturales, bien jurídicas) y que adquieren existencia legal propia por su inscripción en un registro público (...) o porque se les da una ley especial de creación (casos de las empresas públicas o de las universidades, entre otros)."[86]

También "Se llama persona jurídica a la institución que se inscribe en el registro público que le corresponde, inscripción a partir de la cual se la considera existente para el Derecho. (Ciertas personas jurídicas pueden ser creadas por ley). (…) Esta

86 "RUBIO CORR.EA, Marcial, El Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 27.

persona jurídica puede recibir por extensión, los derechos de los seres humanos que le fueren aplicables."[87]

5.- CAPACIDAD DE LA PERSONA: TIPOS DE CAPACIDAD DE LA PERSONA

Esta persona como eje de imputación jurídica de derechos y deberes no tiene estos en forma discriminada y absoluta, desde su nacimiento; sino que le son imputados de acuerdo a ciertas condiciones físicas y mentales. Estas condiciones han sido llamadas capacidades y se han subdividido en dos: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

5.1.- CAPACIDAD DE GOCE

Por la cual se entiende que "es la atribución que tiene toda persona de poder beneficiarse de sus derechos, lo haga directamente o lo debe hacer a través de un representante"[88]. Por la Capacidad de goce el individuo, la persona, es "el titular de derechos jurídicamente establecidos", y ejercitados por el mismo individuo o por otro.

5.2.- CAPACIDAD DE EJERCICIO

Mientras que la Capacidad de ejercicio es la "atribución de la persona de ejercitar por si misma sus derechos", no necesita recurrir a otra persona. En este tipo de capacidad se necesita la plenitud de la capacidad de ejercicio.

En términos legales, podemos partir del hecho de la ubicación positivizada de la capacidad de ejercicio, que se encuentra prescrita en el Art. 42º del Código Civil. Entre sus condiciones y caracteres se establece que la capacidad de ejercicio es la

87 Ibídem Pp. 29.
88 Ibídem Pp. 29.

"*atribución de ejercer mis derechos por mi mismo*"[89], a diferencia de la ciudadanía que no es más que "una condición de pertenencia a la comunidad política de la que formo parte y en la cual tengo derecho y deberes (votar, ser elegido, etc.)[90].

La persona, por esta capacidad de ejercicio, ha delimitado su campo privado, ha cercado o establecido este aspecto privado, que le corresponde como derecho; así se puede discernir que "La capacidad de ejercicio tiene que ver con las dimensiones privadas de la persona humana."; ¿cuáles son estas dimensiones privadas? Las dimensiones no son más que un nivel operativo, en el cual y dentro del cual se encuentra un determinado fenómeno. Lo privado no es más que una señalización del contorno intimo, personal, excluyente del individuo. Por privado entendemos aquello que no es público; es una oposición a lo público; lo privado es algo que pertenece sólo a la esfera singular, personal, íntima, exclusiva y excluyente del individuo o persona. A diferencia de la condición de ciudadano, que es nada más que "participación en la vida pública".

Para tener capacidad de ejercicio hay otro requisito, indispensable, el discernimiento, que es esa facultad que permite ser selectivo y ecléctico, tener libre arbitrio: "*El discernimiento parece ser la capacidad humana de distinguir el bien del mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en el que el ser humano deja su ego y su mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no sólo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro.*[91]" Discernimiento que le da a la persona la posibilidad de ser sujeto de derecho, centro de imputación jurídica de deberes y derechos. No obstante este discernimiento tiene una categorización biológica, temporal, por la cual se estima que aparece más o menos a los diez años. Eso significa que hay en el individuo ya

89 CORREA, Marcial. El Ser Humano amo Persona Natural Editorial de ia Pontificia Universidad católica del Perú. Para leer el Código ciril. Lima. pp. 153
90 Ibídem pp. 153.
91 Ibídem pp. 156.

una formación conceptual suficiente y necesaria que le permite lograr diferenciar, seleccionar y decidir, prever el futuro, etc. Así se puede considerar que confluyen la psicología moderna y las normas legislativas en considerar que el discernimiento puede aparecer aproximadamente a los diez años, y que ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los catorce años en la que cada ser humano alcanza el discernimiento en distinto momento de su desarrollo[92]. Sin embargo la categorización biológica es sólo referencial y general, porque formarse un intelecto, un conjunto de conocimientos con los cuales conocemos y a través del cuál procesamos datos, información y por último, valoramos-, no es tan simple como parece, y no todos logran hacerlo en el mismo periodo. El discernimiento es un fenómeno cultural, una aprensión de los saberes dominantes; por eso incluso ""el cociente intelectual; es no sólo una estipulación biológica, sino una ficción jurídica, científica que determina la autocomposición de o la correspondencia del hombre con su entorno, medir en que grado el hombre se corresponde con la sociedad que la está evaluando, por eso la 'mención del cociente intelectual está condicionada culturalmente"[93]. Sólo así se puede comprender el proceso de sociabilización del hombre, el carácter relacionante del hombre con la sociedad. La cultura y lo jurídico van, luego, entrelazados y determinados por las mismas condiciones intelectuales.

6. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Usando otra vez a Rubio Correa podemos decir que los derechos de la personalidad[94] pueden ser clasificados en dos grupos: 1.- Los del sector físico de la personalidad: a) Derecho a la vida; b) Derecho a la integridad física; c) Derecho a la disposición del cuerpo y al cadáver. 2.- Los del sector incorporal de la personalidad: a) Derecho a la propia individualidad, b) Imagen, c) Intimidad, d) Honor, e) Nombre propios.

92 "Ibídem pp. 159.

93 Ibídem pp. 163.

94 Ibídem pp. 41.

III.- LA FAMILIA

1.- LA FAMILIA COMO SOCIEDAD NATURAL Y COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

"La Constitución Política, en su articulo 5, señala que la familia es una sociedad natural y una institución fundamental de la Nación. La familia es el ambiente humano en el que, normalmente, debe desarrollarse la vida de la persona.[95]" La familia es sociedad natural, porque se desarrolla dentro de los márgenes de la naturaleza, es decir, dentro de la vida natural, como es la procreación, y la socialización; medio de supervivencia porque permite la permanencia y supervivencia de la especie, y además medio de "transmisión cultural de la especie humana"[96].

Primer factor: Sociedad Natural: Reproducción: El punto es que una sociedad no es natural porque la sociedad no es por naturaleza, los genes no hacen que la gente se junte, sino la necesidad, y la necesidad racionalizada. Sin embargo, los animales también se asocian, porque les impulsa el instinto. Segundo punto: Supervivencia. Tercer punto: Transmisión cultural.

CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA: La familia la constituyen el padre la madre, los hijos, los tíos, etc. Todos los que de alguna forma tienen una relación sanguínea o colateral.

ORIGEN DE LA FAMILIA: Fuentes de creación de la familia: La familia puede crearse por: 1.— Matrimonio: Civil y Religioso; 2.— Familia de hecho, o hogar de hecho.

---

95 RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 31.
96 RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 31.

IV.- EL MATRIMONIO – REGIMEN PATRIMONIAL EN LAS EMPRESAS

1. EL MATRIMONIO.— Por la cual dos personas, de diferente sexo, se unen para formar una comunidad moral, jurídica, social, y de la cual surten efectos también morales, jurídicos y sociales.

2. RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO En nuestro ordenamiento jurídico existe los siguientes regímenes: 1.— Separación de patrimonio (bienes propios). 2.— Sociedad de Gananciales (bienes propios, bienes comunes).

2.1.— SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. Por la que "...según la cual cada bien que tengan los cónyuges pertenece a uno solo de estos, según las reglas que ellos mismos acuerden"[97].

2.2.— SOCEDAD DE GANANCIALES: Por la que "...según el cuál hay bienes de cada uno de los cónyuges y bienes comunes.[98]"

EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CONYUGES EN LAS EMPRESAS:

Según sea el régimen que adopten los cónyuges se adaptarán a los bienes que puedan tener dentro de una empresa; por ejemplo si una persona casada, compra acciones, estas responden al régimen patrimonial que hayan adoptado los cónyuges. Lo mismo sucede si uno de los cónyuges es dueño de una empresa.

---

[97] RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 35, 36.
[98] Ibídem Pp. 36.

V.- DERECHO DE SUCESIONES

1.- DERECHO DE SUCESIONES. CONCEPTO.- "El Derecho de Sucesiones se ocupa del destino de los bienes de quien fallece", escribe Marcial Rubio Correa. A partir de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones, que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores.

A la muerte de quien va a ser heredado (y al que se denomina causante), sus bienes se trasmitieron a sus sucesores. Todo acto posterior a esa muerte (sea una división de los bienes entre los herederos, sea un juicio), no buscan sino traducir lo más fielmente posible lo que era la situación de distribución a la muerte del causante."[99]

2. MODALIDADES DE LA SUCESIÓN

Las modalidades de sucesión son las siguientes: **2.**1.— Sucesión testamentaria (con testamento); **2.**2.— Sucesión intestada (con declaratoria de herederos).

2.1.— Sucesión testamentaria

Cuando el causante ha dejado testamento escrito. Hay voluntad expresa en los testamentos. "Los testamentos son no solamente documentos donde se distribuyen bienes a personas, sino también verdaderos conjuntos de normas que regulan la sucesión."[100]

La legítima: "...es una cierta parte de la herencia, de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos."

2.2.— Sucesión intestada. Es cuando no existe testamento

---

99 Pp. 37.
100 Ibídem Pp. 38.

3.- CONSTITUCIÓN DE LA HERENCIA

1.— Activos

2.— Pasivos

La Herencia está constituida por Activos y Pasivos. "La herencia está constituida por activos y pasivos, es decir, por lo que el causante tenía a favor y en contra en sus cuentas personales. Por consiguiente, de la masa hereditaria debe pagarse las deudas del causante."[101]

Los Herederos forzosos: Tienen derecho a la legítima en la sucesión testamentaria — dice Marcial Rubio.

Herederos Legales: heredan en la sucesión intestada,

4.- SUCESIÓN DE EMPRESAS: La sucesión de empresas se da también de acuerdo al régimen patrimonial de los cónyuges.

VI.- LA PROPIEDAD

1.- LA PROPIEDAD COMO DERECHO REAL

La propiedad "Es el derecho real por excelencia del que se desprenden todos los demás derechos reales y sobre el que ha girado todo el desarrollo del derecho sobre las cosas". De esta forma "El propietario ejerce un derecho subjetivo que le permite imponer a todos el respeto de la cosa que le pertenece. Como cualquier otro titular de derecho subjetivo en su ámbito, tiene el propietario un monopolio de la explotación de la cosa y obtiene de ella una ventaja cierta. (Esto permite a la literatura política fácil oponer a los poseedores y propietarios contra los no

[101] Ibídem Pp. 40.

poseedores y proletarios). Como se ha visto en los capítulos anteriores de la propiedad, ésta tiene una función social y tiende a hacer extensiva la propiedad a todos: habitaciones baratas, patrimonio de familia, propiedad agrícola y ganadera, reservas hereditarias o legitimas para la protección de los hijos. Con razón decía Chesterton que su oposición a las teorías liberales no era porque hubiera propietarios sino porque hubiera tan pocos."[102]

2.- DEFINICIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

"Artículo 923.— La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercitarse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley." La propiedad, según nuestro ordenamiento jurídico es "el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley."[103]

3.- ATRIBUTOS DE LA PROPIEDAD: Significan según Rubio:

- Usar equivale a servirse del bien materia de la propiedad.
- Disfrutar equivale a percibir sus frutos y productos
- Disponer equivale a dar al bien el destino que se quiera: regalarlo, venderlo, etc.
- Reivindicar el bien equivale al derecho de recuperar el bien de quien lo tiene sin derecho.

3.- LOS POSTULADO DE LA PROPIEDAD

1.— El Postulado de la Propiedad: Por el cual el poder seria la "propiedad de una clase que lo habría conquistado. El problema de la desigualdad partía de este supuesto: la propiedad era la que daba el poder y creaba la desigualdad. Era

---

[102] Arce y Cervantes, José. De los bienes. Editorial Porrúa. SA. México, i994. 45.
103 RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editonal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 45,46.

necesario acceder a la propiedad para progresar. “En el siglo XIX, Marx pensaba que quien poseyera las herramientas y la tecnología —los “medios de producción” — controlaría la sociedad.”[104]

Tofíler refiere que Marx se equivocó. No era la propiedad lo que daría el poder sino el control. Eran los integradores los que tenían el poder. Las empresas eran tan grandes y complejas que no se podia comprender todo su funcionamiento. Fueron, por tanto, los integradores los que moldeando las decisiones del propietario controlaban el poder. Lo que importaba ya no era la propiedad, sino el control. La idea que la propiedad era la fuente del poder puede provenir de aquellas nociones anteriores a la modernidad, la época del imperio de los reyes, monarcas.

Volviendo a la concepción sobre que el poder era una propiedad, “Foucault muestra que el poder no procede de ese modo, ni de ahí: no es tanto una propiedad como una estrategia, y sus efectos no son atribuibles a una apropiación, “sino a disposiciones, maniobras, tácticas, técnicas, funcionamientos”; “se ejerce mas que se posee, no es el privilegio adquirido o conservado de la clase dominante, sino el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas”.[105]

4.- LA EMPRESA Y LA PROPIEDAD: La empresa responde también a los postulados de la propiedad, es decir, que sus bienes responden a los conceptos de la propiedad, y de los de la personalidad jurídica.

VII.- CONTRATOS

1.- CONCEPTO DE CONTRATO.-

Nuestro ordenamiento jurídico dice “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. [106].

---

[104] Tolfier, Alvin, La tercera ola, pp. 74.
[105] Deleuze, Oiles, Foucau!t, Edicion Paidos, pp. 51.

106 RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 48.

"Lo que define al contrato, por consiguiente, son dos cosas: a) El ser un acuerdo entre dos o más partes y, b) El referirse a obligaciones dentro de una relación jurídica patrimonial, creándolas, regulándolas, modificándolas o extinguiéndolas."[107]

De esta forma "Para ser válidos y exigibles, los contratos tienen que estar perfeccionados, es decir, totalmente concluidos y con sus formalidades debidamente llenadas. Dos normas son importantes al respecto:

- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria (..).

- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. [108]

Asimismo pueden existir ciertos impedimientos para la contratación; como 1.— Impedimentos convencionales, 2.— Impedimentos legales.

2.- CONTRATOS EMPRESARIALES

Los contratos empresariales se trata de aquellos que se realizan con las empresas, como cuando se contrata un "transporte, o un seguro o un servicio de medicina, etc." Son contratos que tienen naturaleza de adhesión, pues "las personas que contratan con ellas solo pueden adherir a esos términos, no tienen la oportunidad de discutir la modificación de las cláusulas. En estos contratos de adhesión, la voluntad de una de las partes solo consiste en la aceptación de las cláusulas.".

Tenemos, los siguientes tipos de contratos reseñados en Internet:

---

107 Ibídem Pp. 49.
108 Ibídem Pp. 49.

***Contrato de tiempo compartido:**

"En este contrato las personas adquieren el derecho de usar un departamento o una casa, generalmente ubicada en complejos turísticos, por un periodo determinado, y pagan un precio en dinero a la administración del complejo. Este es semejante al contrato de locación y es habitual para el tiempo de vacaciones."

"Este surge debido a que las personas no quieren gastar tanto dinero yendo al mismo lugar de veraneo. Anteriormente había que alquilar o comprar una casa o un departamento, y mantenerlo todo el año; pero el tiempo real de uso eran unas pocas semanas al año, por lo tanto, ese capital invertido no daba ninguna ganancia. Es así como surge el *tiempo compartido."*

***Contrato de garage:**

"Este contrato el propietario de un automóvil o, simplemente, quien lo usa, contrata con un empresario el derecho de estacionarlo o guardarlo en un lugar que es propiedad de este ultimo, y paga un precio en dinero por ese servicio. El contrato de *garage* implica la custodia del vehículo y la restitución del mismo a su dueño en el momento en que ese lo requiera. Este contrato es relativamente moderno y sin regulación expresa de la ley."

Contratos Bancarios:

"Entre los contratos que las personas físicas celebran con las empresas pueden diferenciarse los bancarios, en los que la empresa que contrata un banco. El banco es una empresa económica dedicada a la actividad de intermediación en el crédito, en forma profesional y permanente. Esto es, intermedia en la transferencia de recursos de una parte de la comunidad, que dispone de ellos y deposita los fondos en el banco, a otra parte que los recibe a través de créditos."

***El deposito en cuenta corriente bancaria:**

"Mediante este contrato al banco se le entrega (deposita) sumas de dinero, y este se obliga a conservarlas y a devolverlas en el momento en que el cliente lo solicite. En general, estos depósitos tienen un alto grado de movilidad de los fondos ya que, por ejemplo, el dueño de un negocio deposita su recaudación todos los días en su cuenta corriente bancaria. Y también utiliza sus cheques para pagar a sus acreedores. Esto implica un movimiento continuo y constante de su cuenta corriente."

"La obligación de los clientes es depositar dinero en sus cuentas para que el banco pague los cheques que ellos libran. Sin embargo en muchas ocasiones el banco paga los cheques aunque no haya fondos depositados en las cuentas. Esto sucede en los casos en que el banco autoriza la exigencia de un saldo deudor en las cuentas corrientes. Este saldo queda registrado en las cuentas como deuda, hasta que el cliente deposite el monto que corresponde; el cliente queda obligado a depositar luego las sumas ya pagadas por el banco."

***El contrato de tarjeta de crédito:**

"Las tarjetas de crédito pueden usarse para abonar el gasto en restaurantes, hoteles, compra de ropas electrodomésticos, alquiler de autos, etcétera. Es decir, permiten abonar el precio tanto en productos como en servicios.

El contrato de *tarjeta de crédito* es aquel por el cual una empresa, emisora de la tarjeta, le otorga bienes y servicios, auque no se disponga del dinero en el momento de la compra. La tarjeta es entonces un instrumento de crédito: el cliente consume, pero el pago de ese consumo se posterga hasta la fecha de vencimiento del pago del los gastos realizados con tarjeta."

Asi también podemos integrar dentro de los contratos empresariales, aquellos contratos internacionales como son: El Factoring, Factura conformada, Lissing,

Joint venture, Contrato de distribución, contrato de transferencia de tecnología, Know How, entre otros

VIII.- OBLIGACIONES

1.- CONCEPTO DE OBLIGACIONES

Se entiende que "*La obligación es una relación de dos o más personas dentro de la cual una (el deudor) debe algo a otra (un acreedor). En toda relación obligacional el deudor tiene una deuda y el acreedor un crédito. Lo que se debe, es decir, el objeto de la obligación, se denomina prestación.*"[109]

2. NACIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

2.1.- EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD

Como los contratos que las partes realizan entre sí, o las promesas unilaterales –exprsa Marcial Rubio.

2.2.- POR MANDATO DE LA LEY

Como la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad extracontractual por daños, señala Marcial Rubio.

IX.- ACTO JURIDICO.

1. CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO

Manifestación de la voluntad de la persona. Es a los efectos o las conductas exteriorizadas y conectadas con la sociedad. "los asuntos que deba el ser humano en su mente sólo se vuelven jurídicos cuando son socializados frente a los demás a

[109] Ibídem Pp. 53.

través de una expresión de voluntad."[110] A los actos jurídicos se les ha conocido como declaraciones de voluntad. El Acto jurídico sale de los testamentos y contratos.

2. EL FRAUDE EN EL ACTO JURÍDICO

"El fraude consiste en uno o más actos del deudor, mediante los cuales dispone de sus bienes de tal manera que quede en imposibilidad de pagarle a un acreedor a quien le debe. Para que el fraude ocurra, es preciso que el o los actos de disposición del patrimonio estén orientados a quedar en la imposibilidad de pagar al acreedor."[111]

X.- SOLUCIONES DEL DERECHO CIVIL.-

A través de la Transacción y a través del ejercicio de una acción en los juzgados. Hay dos formas generales de resolver los problemas privados: uno en forma directa, personal, sin intervención de tercero, y sometido sólo a la voluntad de las partes; y el otro mediante el sistema de justicia del Estado, es decir, mediante los juzgados. Pueden llevarse a cabo a través de: a) La Transacción; b) El ejercicio de una acción en los juzgados.

1.- TRANSACCIÓN

Esta es una via directa y personal. La transacción tiene valor de cosa juzgada. Y puede darse concesiones recíprocas, evitando el pleito o finalizando uno iniciado.

A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN, EN LOS JUZGADOS

Así, "*La acción es el derecho que tiene toda persona de recurrir a los tribunales para que le resuelvan un problema jurídico y, en los asuntos civiles, se viabiliza como regla general a través de la presentación de una demanda.*"[112]

---

[110] Ibídem Pp. 56, 57.
[111] Ibídem Pp. 60.
[112] Ibídem Pp. 74.

XI.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL

1.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL

El Derecho Civil es el sistema normativo que regula la acitividad privada y general del ser humano en su vida cotidiana, particular. Regula la actividad humana producto de una interrelación patrimonial. Es decir, de una relación nacida de un interés patrimonial. Por lo tanto no es específica del Derecho Empresarial, sin embargo, dentro de la actividad, o conducta intersubjetiva, entre sujetos, se producen diversas formas que entran en la actividad empresarial, como por ejemplo, la constitución de personas jurídicas, los contratos, etc. Por lo que el Derecho Civil regula también necesariamente las conductas nacidas de la actividad empresarial.

Para Francisco Gómez Valdez el fenómeno, entrar dentro de la regulación de las actividades empresariales, pasa ya por la civilización del Derecho comercial, por eso escribe que "el Código Civil, en esta tendencia, ha, incluso, unificado los contratos civiles con los comerciales, entre otros razonamientos de la siguiente manera: "...con la nueva normativa el Código Civil vigente se ha unificado los contratos comerciales con los civiles, dotando de un instrumento unificador del Derecho de las obligaciones y de la empresa y, apartándose del Derecho de Comercio en el que sólo se le consideraba por la actividad realizada como comerciante. Merced a esta unificación se convierte en sujeto de deberes, objeto de derechos y responsabilidades y, desde luego, con la actividad intrínseca de la labor comercial se había ingresado a la civilización' del Derecho Comercial (Art, 2112); seguidamente, el Art. 1333 introduce la mora automática; el Art. 1069 la ejecución de prenda; el 1542 sobre el establecimiento en la compraventa y su protección como tal; el Art. 1663 regula el mutuo con sobrecargo de interés; los Arts. 1604, 1713 y 1677 los contratos de suministro (hospedaje, LEASING); el

Art, 1103 la hipoteca de la empresa; el Art. 1440 y ss. La excesiva onerosidad de la prestación; el art. 1447 la lesión; el Art. 1398 sobre la contratación en masa."[113]

Conceptos que se habían diseñado para la vida cotidiana, civil, se necesitaron y utilizaron para la actividad empresarial, formando nuevas relaciones jurídicas, que si bien eran de dominio del derecho civil, tenían una finalidad u objeto en la actividad empresarial. El Derecho Civil, sirvió para desarrollar el derecho de empresa, al prestar instituciones como la Compraventa, la Mora, la Prenda, el Mutuo, el Hospedaje, la Hipoteca, la oneosidad en la prestación económica, la Lesión, la Contratación en masa, y otras instituciones más que por partir de la actividad privada que podía surgir en la necesidad de los particulares, de su vida civil, al organizarse y realizarse en proporciones continuas, permanentes, y como actividad repetitiva fueron tomando otro matiz, ya no el de una simple operación civil, con miras de satisfacer una necesidad inmediata, sino como una parte intermedia, como una actividad no terminal, es decir, que no terminaba en el consumidor final, sino que era producto de una intermediación entre dos sujetos distintos, haciendo, según este gráfico, un sinnúmero de interrelaciones, tantas como se pudieran realizar, y con la intensión de obtener un lucro, no necesariamente la satisfacción de una necesidad inmediata. Este Derecho Civil fue, pues, el primer instrumento utilizado para las actividades que luego pasaron a ser conductas o actos comerciales, y luego actividades empresariales.

Francisco Gómez Valdez escribiría, por otro lado, que también el Derecho Empresarial usará las instituciones del Derecho de la Persona, Personas Jurídicas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Garantías de los Derechos Reales, Derecho de Propiedad, Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones, Normas sobre Registros Públicos, y Derecho internacional privado. En forma más específica lo expresa Francisco Gómez Valdez: Dentro de otra perspectiva, el C.C. vigente aborda a la empresa, por anexión, en los artículos del Titulo Preliminar y salvo por la

[113] Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 179.

naturaleza de las cosas, los Arts. Relacionados con el Derecho de la persona' (3,12, del 15 al 19; del 26 al 29; del 31 al 35; del 38, in fine, al 41. Los Arts. 76 y ss. Relativos a las Personas Jurídicas le son aplicables.(…) Asimismo, los Arts. 140 y ss. Relacionados con el Acto Jurídico. Los Derechos Reales contemplados en los Arts. 881 y ss. son de vital importancia para el ejercicio regular de las actividades empresariales incluyendo los que tienen que ver con la garantía de dichos derechos (Arts. 1055 y ss), al igual que los Arts. 923 y ss. que disciplinan acerca del derecho de propiedad. Acaso, los Libros VI y VII, intitulados de Las Obligaciones y de las Fuentes de éstas, contenidos en los Arts. 1132 y ss. sean los de mayor utilidad para las empresas, debido a su actividad patrimonial y concentrada y dirigida a lucrar permanentemente si desean mantenerse en el mercado; en fin, la parte del Código relacionada con los Registros Públicos juega una actividad importante para las empresas, ya que la razón de ser de éstas se halla ubicado precisamente en la inscripción de su acto constitutivo así como de las modificaciones que sufra en el camino. Es allí donde encontramos los Arts. Del 2008, Incs. 1, 3, 3, y 7 al 2029; del 2036 al 2038 y del 2043 al 2045. Finalmente, según sea el caso, las normas contempladas en el Libro X, sobre el Derecho Internacional Privado (Arts. 2046 y ss.) también pueden ser de aplicación a las empresas."[114]

Haciendo un breve análisis de lo anterior, podríamos ensayar algunas conceptualizaciones y preguntas respecto al uso de las normas civiles en la actividad empresarial. Por ejemplo la primera institución civil utilizada es el de la persona, tanto natural como jurídica. La Empresa, como se sabe, está conformada por personas naturales, las mismas que dentro del Derecho Civil están reguladas en su existencia, capacidad, deberes y derechos. Es decir, una empresa para ser constituida debe estar conformada por personas que tengan capacidad de ejercicio, este deber esta regulado en el Derecho Civil. Por lo tanto una persona sin capacidad de goce o de ejercicio no puede constituir o integrar una empresa. Sin

[114] Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 179.

embargo no todo es tan limitativo, porque la capacidad de ejercicio es aquella que manifiesta la conciencia y voluntad libre del individuo para actuar o conducirse de tal o cual forma. Una persona sin capacidad de ejercicio, puede sin embargo ser dueño de algunas acciones de la empresa, por razones de herencia, donación, etc. Por lo que siendo la persona una figura jurídica regulada en el Derecho Civil, por ser de carácter general, es extraida para la utilización en las normas de carácter empresarial.

El Derecho Civil al "regular las relaciones más directas de los hombres la familia, el régimen de apropiación privada de los bienes, las promesas de un hombre a otro hombre..." según refería Fernando de Trazegnies; esto supone que el Derecho Civil antecede al Derecho comercial, y al Derecho empresarial, porque el Derecho civil esta presente antes incluso que se produzcan los hechos comerciales, o los hechos empresariales, puesto que regula la vida humana desde su nacimiento hasta después de su muerte. Esto al menos normativamente, no necesariamente empíricamente, puesto que el nacimiento de actividades comerciales y empresariales va evolucionando con la tecnología y la ciencia. Ninguna actividad comercial puede desconocer primero la anterior regulación de la persona en su vida cotidiana y hasta comercial. El Derecho Civil sería inherente a la persona, es decir, esta con la persona desde su nacimiento, entonces el ser humano, con capacidad de goce, ejercicio o no, está regulado en el Derecho Civil, como un registro en los archivos del Estado, y como factor de organización social.

El Derecho Civil ha servido como un instrumento para ingresar nuevos conceptos de organización social, reemplazando el pensamiento dogmático por el pensamiento racional; Trazegnies escribiría al respecto que "el Derecho Civil tuvo un importantísimo efecto modernizador en el comienzo de la Baja Edad Media por el hecho de reintroducir el análisis racional dentro de un mundo donde primaba el pensamiento dogmático…"[115] Esto significa que el Derecho Civil,

[115] Trazegnies Granda, Fernando. Postmodernidad y Derecho. Editorial Servicios Gráficos E.I.R.L. — Lima—Perú. Pág. 22.

debidamente codificado, hace una nueva organización basada en el uso del racionalismo.

El impulso que el Derecho Civil habría dado también al Derecho Empresarial es el espíritu moderno que lo inhubia, es decir la nueva organización económica de la vida, del trabajo, de los sistemas de producción y de proyección; dicho en los términos de Trazegnies: "Económicamente hablando, la modernidad se caracteriza por un cambio en la organización del trabajo y en el espíritu de la producción; uso de máquinas, incremento de la producividad, deseo de dominar la naturaleza, organización racional y previsión del futuro".[116]

El Derecho Civil, es a concepción de Trazegnies, uno de los elementos modernizantes que mayor aporte han hecho a nuestras sociedad, puesto que "proporciona predictividad de los actos", y por lo tanto da posibilidad de acción y reacción, capacidad de oferta, predisposición de la oferta, y visualización de la demanda; así mismo, esta predictividad de los actos es "posibilidad de expansión de la libertad individual a través de un cálculo inteligente". El Derecho Civil puede desarrollar la autonomía de la voluntad contractual, factor determinante para poder operar empresarialmente, y sin el cual incluso no podría existir el Derecho empresarial, considerado como sistema normativo de regulación de la actividad empresarial. El Derecho Civil está orientada a "garantizar esferas de la acción a la subjetividad".[117] Y es que es la subjetividad, como interés primario del individuo, lo que se desarrolla en la actividad empresarial. El Derecho Civil puede ser una especie de estadística, un "Análisis matemático aplicado a estructuras sociales". La relación con el Derecho Civil, como se ve, es primigenia y anterior a las actividades comerciales, como los derechos de la persona, etc.

Por otro lado, Eugenia Ariano Deho, en el libro compilado por ella, denominado Batallas por la Justicia Civil — Ensayos, escritos por Franco Cipriani, inserta

[116] Ibídem Pág. 23.
[117] (Ibídem Pág. 29.

también un interesante análisis respecto de la función de control judicial. Dicho ensayo escrito, como dijimos, por Franco Cipriani, lleva justamente el título 'El control judicial de los actos societarios", y explica que en su país el tipo de control judicial referido fue introducido por el código de comercio de 1882, que era un control de fondo y no de forma, e imponía más bien un aspecto sugerente para nuestro análisis, puesto que "El control gubernamental, sin embargo, en la medida en que implicaba la subordinación de las grandes empresas al poder político, podía complacer a los políticos, pero, obviamente, no también a los empresarios, de tal forma que se desencadenó una 'famosa lucha entre la autorización gubernamental y la libertad económica'. / Es inútil decir que ganaron los grandes empresarios, pero el poder político encontró la forma para salvar las apariencias."[118]

Esta lucha, entre la autorización del Estado y la libertad económica, solo responde respecto de las empresas constituidas formalmente. Sin embargo, vemos en la cita anterior que el Estado no puede vencer a la economía, al interés particular, por el que se pone en movimiento todas las empresas. No puede haber en una sociedad de derecho, contradicción entre las libres fluctuaciones de la economía necesarias para el funcionamiento de la actividad empresarial, y el Estado, porque de ser así la empresa —al menos la formal— colapsaría, y provocaría un redireccionamiento hacia las empresas informales, pues estas responden mejor al mercado o a la economía de mercado, que es el manejo de los factores reales como son la demanda y la oferta.

La autorización del Estado de la constitución de las empresas trasgrediría el derecho natural, puesto que "el derecho de asociarse (es) una libertad natural del hombre, independiente del beneplácito del Estado".[119]

---

[118] Cipriani, Franco. Batallas por la Justicia Civil — Ensayos. Cultural Cuzco, Lima, Perú. pp.309.
[119] Ibídem pp.309.

2.- EL DERECHO CIVIL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

Una vez revisado panorámicamente el contenido del Derecho Civil, estamos ya en la posición de establecer qué derechos civiles le corresponden al ser humano, y cuales son producto directo de su libertad; asimismo cuáles puede aplicar a su libertad empresarial. Por ello, haciendo un repaso, encontraremos que cuando una persona, concebida con el Derecho Civil, en pesona natural (con el registro de su nacimiento a través de registro municipal y respectiva partida de nacimiento), o persona jurídica (a través del registro en los Registros Públicos como tal, y el cumplimiento de las formalidades de ley, o a través de autorización, reconocimiento o creación mediante Ley de autoridad respectiva, y dación de resolución administrativa pertinente), tiene y ejerce, o puede ejercer, su libertad de empresa. Sin embargo, cabe advertir que la condición del ser humano es el tiempo de vida que tiene. Es decir, que tiene un tiempo de vida, por lo cual todos los actos para registrar su vida, como las de su nacimiento, ejercicio de vida, con contratos, etc., son también uso de vida; por lo que cuando un ser humano, constituido como persona natural o jurídica, intenta crear, abrir una empresa se encuentra con una serie de requistos que si bien no impiden su libertad de empresa, si limitan la posibilidad de ejercer esta libertad de empresa, por los diversos trámites que limitan, dificultan, demoran, el acceso a esta libertad de empresa, como la presentación de documentos diversos, como fotocopias del D.N.I, (actualmente anulados) necesidad de requerir de licencia de funcionamiento del establecimiento, que demoran más de un mes, lo que supone también costos por encima de la remuneración mínima vital.

Otro de los impedimimentos es el requerir tener capacidad de goce y de ejercicio. La primera es comprensible, pero la segunda no, pues la capacidad de ejercicio consiste en tener mayoría de edad, lo que representa una garantía en la formación del individuo, que aunque es persona, no puede usar de todos sus derechos, no puede tener libertad de empresa, más que a través de ciertas condiciones, como la representatividad de sus padres, entre otros requisitos legales. Esto a nuestro

parecer también representa una limitación a la libertad de empresa; no nos estamos refiriendo al derecho de los menores de edad a trabajar, sino a hacer empresa, que es un concepto diferente, y que ni siquiera se ha perfilado en su debida dimensión, porque aún sufrimos las consecuencias del subdesarrollo asistencialista del Estado, producto de nuestra historia y de las decisiones políticas previas a la actualidad.

Otro aspecto relevante a tener en cuenta es el concebido sentido de la familia, como una unidad básica de la sociedad, como razón y definición de esta; siendo que se le habría quitado, al decir de Torres y Torres Lara, su función productiva primigenia; pues la libertad de empresa si no se ve limitada, al menos si descartada, o relegada por la nueva función de la familia, de ser sólo una unidad básica de la sociedad, y no de ser una unidad de producción; así se podría decir que, a riesgo de considerar esta presunción como exagerada, que el Derecho, el Estado que la sustenta ha olvidado que es su función proteger a la familia, ha olvidado y limitado la libertad de empresa concebida, e interiorizado en un concepto de familia donde se le consideraba como unidad de productividad. Relegada esta la libertad de empresa al definirla sólo como unidad básica de la sociedad.

Por otro lado, tenemos a la institución del matrimonio, que si bien el Estado protege, en el momento de constituir ciertas empresas restringe el primer derecho, que es el derecho de individuo libre. Ponemos por ejemplo el hecho de que una persona se vea en posesión de sus bienes, y de su empresa, y tenga que registrarse en el matrimonio con el régimen de separación de bienes para poder proteger sus bienes y rentas obtenidas desde el matrimonio, cuando la clúsula debería ser precisamente que se protega al individuo y sus rentas, como producto de su trabajo, y no como producto de su vinculación o nueva relación denominada matrimonio, que si bien es una forma de unión de dos seres humanos, no representa que los dos trabajaran y producirán en partes iguales. Así que esta

igualdad en las rentas y beneficios no es justa, lo que atentaría también contra la libertad empresarial.

Cosas similares pasan respecto a la paternidad, a la sucesión, al parentesco, a la propiedad, a los contratos, o las obligaciones, entre otros.

CAPÍTULO V: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO PENAL

Nociones generales

Cuando se ejercita la libertad de empresa puede caerse, por desconocimiento, o por no ejercer bien este derecho, en responsabilidades penales, al hacer uso excesivo, desmedido o se violenta la ley. El Derecho penal entra pues a regular aquellas conductas que pueden desviarse del uso del derecho a la libertad de empresa. Pero también puede regular y sancionar normas que están evidentemente en el buen uso de la libertad de empresa, por lo que es conveniente, en este capítulo, tocar referecialmente el contenido interno del Derecho Penal y su relación con la libertad de empresa, desde el marco del Derecho Empresarial.

Cabe agregar que actualmente la importancia del derecho penal dentro del derecho empresarial esta tomando matices muy grandes, puesto que si analizamos bien, un gran porcentaje, sino el mayor porcentaje, de delitos se cometen por el ejercicio de la libertad de empresa. Es más, los delitos se comenten como si fueran provenientes de agrupaciones delincuenciales que toman esta actividad, su actividad delictiva, como una empresa como una actividad que les genera lucro, a partir de un acto ilícito.

Actualmente las personas jurídicas están en el debate de si son sujetos o no de actos delictivos, y por lo tanto de ser sujetos de sanciones penales. Esto debe ser analizado, por supuesto, también dentro del ejercio de la libertad de empresa y de

los efectos que puede provocar en la sociedad esta libertad. Si la persona jurídica tiene ejercicio de esta libertad de empresa, o son sólo las personas naturales las que pueden tener el derecho de libertad de empresa.

Tocaremos el Derecho Penal desde esta óptica para darnos una idea general del problema investigado, si es que existe o no limitación a la libertad de empresa, y si, en este caso, el Derecho Penal confirma la limitación a la libertad de empresa.

Regular las relaciones humanas es la función esencial del Derecho; pero esta regulación tiene que responder a una exigencia social de solución, es decir algo que no puede dejar de regularse.

1.- EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL

El Derecho Penal es concebido como un "medio de control social" que se diferencia de los otros tipos de control social (religión, economía, etc.) por sus efectos (la pena, la cárcel, etc.). "Se entiende por control social las formas organizadas en que la sociedad responde a los comportamientos de las personas en sus procesos de relación social. La complejidad de los medios de interactuación del sujeto con otro sujeto, o del sujeto con la sociedad o del sujeto con las instituciones definirán el perfil a considerar dentro del control social."[120] El Derecho penal tiene como función: 1.— Protección de los bienes jurídicos ("condiciones fundamentales de la convivencia humana" — Garcia Pablos de Molina).

El Derecho penal se ha formulado como control social, como aquellas formas organizadas por medio de las cuales la sociedad responde a los comportamientos en sus procesos de relación social. Por lo tanto, ésta es una disciplina normativa, última o final, frente a un problema social que ya no tiene remedio, por lo que

[120] Balotado Desarrollado para aspirantes a Magistrados (Jueces y Fiscales). Tomo II. Editorial Praxis. Pp. 811.

sólo queda la represión, el castigo, la pena. Por eso el Derecho Penal está constituido de normas que no intentan necesariamente resolver ningún asunto, sino sancionar, castigar al agresor de la ley y el orden, como última ratio. Identificado, dentro de las categorías jurídicas, como parte del Derecho Público, por pertenecer al estrato de las potestades del Estado, como un monopolio jurídico; el Derecho Penal trata de la actividad normativa que establece los delitos, las penas y las medidas de seguridad aplicables a los titulares de un hecho delictivo; titulares que tienen que tener culpabilidad, es decir, comprensión del fenómeno delictivo y responsabilidad penal (voluntad jurídica).

La finalidad del Derecho penal, en la actualidad, ha trascendido a prevenir y reprimir los actos lesivos de la ley, pero como dijimos, no es su esencia, porque si quisiéramos prevenir el delito, disuadir de su comisión, no necesitaríamos de las cárceles sino de clínicas, escuelas especiales, políticas educativas respectivas, hospitales psiquiátricos, etc. Y es que si bien el índice al cual apunta el Derecho Penal es en la actualidad el de prevención, su existencia responde más bien a un hecho fundamental: la sanción, o en otros términos, la demostración de la capacidad punitiva del Estado frente a actos delictivos.

El Derecho Penal tiene su ubicación dentro del Derecho Público porque su actuación es precisamente en beneficio y salvaguarda de la sociedad (del público). Cabanellas escribe que el Derecho Penal es aquella potestad de penar, de castigar el crimen, como "infracción o conducta punible". Ahora bien, si sabemos que el Derecho proviene del latín directus, directo, y de dirigiere, enderezar o alinear; el derecho sería mas bien "proceder con orden y detalle", según cierto orden y detalle. Este orden lo impone el Estado, en base a todo un mecanismo de control y organización social legitimado, por la propia voluntad de los miembros de esa sociedad, o por su simple inobservancia o indiferencia de las disposiciones del Estado. Sin embargo podemos anotar otra definición más, para aclararnos el fenómeno penal, así, se dice que el Derecho penal no es más que "un medio de control social", un instrumento, un mecanismo de control social. "Se entiende por

control social las formas organizadas en que la sociedad responde a los comportamientos de las personas en sus procesos de relación social, en palabras de Hurtado: El derecho penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados[121].

Desde otro ángulo, si nos referimos al Derecho Penal desde cierta jerarquía doctrinaria, social, podemos ubicarla dentro del Derecho Público, como fenómeno que responde y se subordina a una finalidad pública, social, y estas provienen o son determinadas por el Estado, puesto que éste último funciona en representación de la sociedad. Lo que terminaría explicando por qué el Estado es quien decide qué es delito o no es delito.

Por otro lado, el asunto se puede revisar desde la óptica del Derecho, que trabaja sobre el crimen y su punición. El Derecho no se preocupa de determinar qué es el crimen, sino de penarlo. El Derecho Penal es justamente aquel que pena, que impone una pena, por orden del Estado, que se supone actúa por orden de la voluntad de la sociedad. Luego el Derecho Penal se propone como un medio de control social.

Para nuestra investigación nos bastará saber que el Derecho Penal trabaja con el concepto de delito, que lo define y determina; que el delito se comete en el ejercicio de la libertad.

2.- EL DELITO

El Delito es "la acción u omisión humana típica antijurídica y culpable". Los elementos que forman y constituyen el delito son: a) La acción u omisión humana, b) La tipicidad, c) La antijuridicidad, d) La culpabilidad.

---

[121] Ibídem.

Por la acción u omisión humana para que un hecho sea delito debe configurarse como "acto humano". Por la Tipicidad se eleva a primer plano el principio "nullum crimen sine lege"; eso significa que la ley determina el delito, el lo crea, o en todo caso, el lo describe; citando: "La tipicidad expresa, por consiguiente, la idea que el campo de aplicación del derecho penal no es indefinido ni continuo, sino que está formado por pequeña zonas circunscritas e independientes entre sí, constituidas únicamente, por los tipos creados expresa y precisamente por el legislador" —escribe parafraseando a Eduardo Novoa Monrea, Raúl Peña Cabrera—, quien a su vez describe a la "tipicidad como adecuación de una conducta a una figura legal". El contenido de la tipicidad es claramente entendido, más por la postura positivista del ser humano de derecho de hoy.

El Derecho Penal, específicamente, el delito considerado como una adecuación de un hecho a un tipo, no es suficiente para determinar el delito. Es necesario la antijuricidad, esto implica entender la misma esencia del Derecho, su razón de ser, porque se ha venido confundiendo la tipicidad con la antijuridicidad.

3.- LA EMPRESA EN EL DERECHO PENAL

El Derecho Penal no inteviene directamente con las empresas, aunque actualmente está en discusión las teorias de la punibilidad de las personas jurídicas, donde estarían contenidas las empresas, surgiendo la disyuntiva sobre si existe o no responsabilidad penal de la persona jurídica, y si es posible aplicarle alguna sanción penal. La doctrina tropieza con varios inconvenientes para ello, primero porque se afirma que sólo las personas naturales son pasibles de cometer infracción penal, acto o conducta dolosa; la persona natural tiene voluntad, no así la persona jurídica pues su voluntad es en un supuesto: la conjunción de un conjunto de voluntades concertadas de los seres humanos, es decir, aunque la persona jurídica sea una creación jurídica y hasta diferente de los miembros que la componen, no puede actuar por si misma como una persona natural. Así se

concibe al Derecho Penal como exclusivo para ejercer y aplicar sanciones penales sólo a las personas naturales, puesto que son las únicas a quienes se puede aplicar este tipo de sanciones, como la *pena privativa de la libertad*, etc. Una persona jurídica no podría entrar en la cárcel. No obstante la teorización sobre la posibilidad de imputación, capacidad punitiva, responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue en debate. El hecho que no se haya definido la imputabilidad de la persona jurídica no significa, contrario sensu, que los agentes que intervienen en las empresas u organizaciones económicas jurídicas, como instituciones, no tengan responsabilidad, así han surgido los Delitos Económicos: "En cuanto a las responsabilidades de los gerentes y los directores de las empresas se presentan como la gran disyuntiva de la autoridad vs. libertad (...) Por eso que han surgido los delitos económicos (D. Leg. No 123 de 12/07/1981, Ley Sobre Delitos Económicos') con la finalidad de reprimir penalmente a quienes atentan dolosamente contra las colectividades, tal las empresas"[122].

La actividad empresarial genera una serie de fenómenos jurídicos; dentro de estos escenarios se pueden producir ilícitos penales: "Ha sido el C.P, de 1991, alineándose a los últimos años, que en los últimos tiempos ha tratado de regular la tipicidad de una serie de delitos penales contra el ordenamiento empresarial, recayendo las penas sobre las personas naturales que tienen que ver con la dirección del colectivo. Así tenemos el Art. 232 sobre el abuso del poder económico; el 238 sobre publicidad engañosa; el 239 sobre fraude en la venta de bienes y prestaciones de servicios ofertados; el 240 sobre el aprovechamiento indebido y daño en la representación comercial; el 242 sobre la omisión de información o suministro de información falsa; el 247 sobre obtención indebida de crédito; el 249 sobre la omisión de información o suministro de información falsa; el 247 sobre obtención indebida de crédito; el 249 sobre el pánico financiero; el 251 relativo al desvio fraudulento de créditos promocionales, entre otros. Pero también encontramos los Arts. 499, 348, 350 y 357 sobre delito de quiebra, delitos contra la libertad del trabajo en todas sus variables,

[122] Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 181.

maquinaciones para alterar el precio de las cosas."[123] Lo que revela una evidente gama de delitos nacidos como producto de la constitución, funcionamiento y operatividad de las empresas. Actos que generan un desorden social exigible al Estado de solucionarlo, por medio de sanciones penales.

En forma específica respecto a la empresa, según nos explica Francisco Gómez Valdez: "Sobre la empresa, persona jurídica, sólo tenemos el Art, 105 del C.P. que posibilita la suspensión de las actividades, el cierre temporal y hasta definitivo del negocio por hallarse involucrado en asuntos que tienen que ver con el resquebrajamiento del ordenamiento penal, punición que debemos entenderla no tanto como una pena en si, sino más bien como una actividad preventiva para que cese el acto que da motivos a adoptar la determinación y como escarmiento para que actos similares no se produzcan." [124]

4.- EL DERECHO PENAL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

En el contenido del Derecho Penal podremos observar si existe o no posibilidad o limitación a la libertad de empresa. Así tenemos que podemos encontrarlos en los Delitos contra la libertad, específicamente en la violación de la libertad personal, violación de la libertad de reunión, violación de la libertad de trabajo; así como en los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, o en los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, como los atentados contra el sistema crediticio, la usura, el libramiento indebido, los delitos contra los derechos intelectuales, delitos contra la propiedad industrial. También en los delitos contra el orden económico, como el abuso del poder económico, el acaparamiento, la especulación, la adulteración, la venta ilícita de mercaderías, el ejercicio ilegal de actividades de los agentes de intermediación. Además, en los delitos contra el orden financiero y monetario como los delitos financieros, los delitos monetarios. Por último, en los delitos tributarios, como el contrabando, la defraudación fiscal,

[123] Ibídem Pp. 181.
[124] Ibídem Pp. 181.

la defraudación de rentas de aduanas, la defraudación tributaria, la elaboración de comercio clandestino de productos.

CAPÍTULO SEXTO: DERECHO EMPRESARIAL Y DERECHO LABORAL

Nociones generales

La libertad de empresa requiere para que sea efectiva que el empresario pueda tener relaciones jurídicas con los trabajadores acorde a ley, esto es, que no vulneren otros derechos constitucionales, pero que a la vez tampoco vulnere los derechos de los empresarios, o su posibilidad de ejercitar el derecho a la libertad de empresa.

Es dominio teórico que el Derecho Laboral es eminentemente proteccionista del trabajador y que la regla común es que al trabajador se le debe proteger del poder del empresario; pero es también necesario entender que el Estado no puede sólo proteger a una de las partes, porque si le impone deberes al empleador, sin tomarlo en cuenta, sin tomar en consideración sus derechos y prioridades, también estaría creando una desigualdad, y por lo tanto contraviniendo el principio constitucional que establece que las personas son iguales ante la ley. Cabe por ello hacer una revisión breve del contenido interno del Derecho laboral, y establecer, luego de ello, si existe la debida garantía al derecho a la libertad de empresa, o por si el contrario, el Derecho Laboral atenta contra esta libertad de empresa, o en todo caso, la limita.

1.- DERECHO LABORAL

Nuestra vida, su perpetuidad, siempre ha requerido de los medios que satisfagan nuestras necesidades primarias de existencia, como la alimentación, salud, vestido, etc. Y estos medios no pueden ser obtenidos con la simple existencia,

sino a través de cierta actividad productiva. A esta actividad productiva se le ha denominado trabajo. Así, —en términos religiosos— tenemos que ganarnos el pan con el sudor de nuestra frente. Nuestros alimentos, salud, vestido, etc., no nos llegan ya de actos de recolección y caza —como en las épocas antiguas—, sino de una actividad productiva. A esta actividad productividad se le ha llamado trabajo —como dijimos—, pero el trabajo no puede ser definido simplemente como actividad productiva, porque, por ejemplo en aquella concepción podría erróneamente considerarse trabajo pintar un cuadro, lavar ropa, hacer gimnasia, etc.; pero estas actividades no son necesariamente actividad productiva, sí la aplicación de la energía para la consecución de un fin (un cuadro de pintura, ropa limpia o un cuerpo atlético). En el Derecho Laboral nos estamos refiriendo a cierto tipo de actividad productiva, caracterizado por contener ciertos elementos básicos y fundamentales que le dan carácter laboral, es decir susceptibles de derechos y deberes.

2.- EL CONCEPTO DE TRABAJO

> "...el trabajo significa un gasto de energía, y, por así decirlo, no es otra cosa que energía en acción. Una forma de definir el trabajo es decir que implica el vencimiento de una resistencia a cierta distancia en particular. Se vence la resistencia ejerciendo una fuerza."[125]

El trabajo es una actividad económica, es decir de producción de riqueza. Riqueza que permita la subsistencia. Una actividad existencial. Con Herbert Marcuse podemos entender por «trabajo» solamente la actividad económica, la praxis en las dimensiones económicas.[126] El trabajo es una actividad económica, es decir de producción de riqueza. Riqueza que permita la subsistencia; por lo tanto es una

[125] ASIMOV, Isaac. El monstruo subatómico. Editorial Plaza & Janes. Pp. 15, 16.
[126] Marcuse, Herbert. Etica de la Revolución. Capítulo: Acerca de los fundamentos filos óficos del concepto cient (fico-económico del trabajo. Taurus Ediciones, SA. pp. 9.

actividad existencial. Si es una actividad económica se trata de una actividad que se funda sobre la base de la administración, gestión y primeramente consecución o búsqueda de recursos o bienes necesarios para la satisfacción de nuestras necesidades particulares. Es una actividad o práctica de las dimensiones económicas de nuestra existencia. Al referirnos a la economía –con Carnelutti- estamos diciendo que es la búsqueda de la satisfacción de nuestras necesidades. El concepto de trabajo como "actividad económica", sin embargo, no hace la diferencia "entre trabajo directivo y trabajo dirigido; o entre libre y esclavo, o la clase de trabajo en las diversas ramas de producción[127].

Citando a Nowack, Marcuse parafrasea: "En tres grandes grupos de problemas interviene el concepto de trabajo en la economía nacional: la doctrina del valor y del precio, la doctrina de los factores de producción y la doctrina de los costes"[128]; así, "...se considera trabajo en sentido primario y original solamente a la actividad económica, mientras, por ejemplo, el hacer político, o artístico, científico, sacerdotal, solamente en sentido figurado y con una cierta inseguridad son considerados como trabajo; en todo caso, ha situado a estas actividades en un plano fundamentalmente opuesto a la actividad económica."[129] El concepto de trabajo como actividad económica, "Podría ser que este limitarse, por parte de la teoría económica, al trabjo económico, ya este presuponiendo un concepto de trabajo muy determinado; que con ello se esté ya definiendo una determinada manera de hacer economía.[130] Por lo tanto es "...el nexo que hay entre Filosofía y Economía nacional,...[131] .

Asimismo, "La moderna 'ciencia laboral intenta valorar el problema del trabajo en toda su extensión. Pero lo intenta (en todas las ocasiones en las cuales avanza más allá de las dimensiones económico—técnicas), sobre bases biológico—naturales; el problema del trabajo, más allá de las dimensiones económico—técnicas, sería

127 Ibídem pp. 9, 10.
128 Ibídem S.A. pp. 10.
129 Ibídem pp. 10.
130 Ibídem pp.ll.
131 'Ibídem pp. 12.

esencialmente psicológico. Pero la psicología (y especialmente si está fundada en las ciencias biológico—naturales) no puede dar razón de este problema del trabajo, porque (como intentarán aclarar los razonamientos que siguen) el trabajo es un concepto ontológico, es decir, un concepto que aprehende el ser de la realidad humana misma."[132]

EL DERECHO LABORAL

"El gran mérito de Bucher es haber señalado con todo rigor que el trabajo no procede en modo alguno exclusivamente, ni siquiera primariamente, de motivos "económicos ", que no se sitúa originariamente en el área de la Economía".[133]

El Derecho Laboral cumple una función trascendental en el funcionamiento de una sociedad civilizada y desarrollada, porque, al parecer es aquella que intenta darle un tono de sensibilidad, a las acciones laborales, a la relación fría entre el empleador y el trabajador. El Derecho laboral extrapola y parece contrapuesto a un Derecho empresarial, en donde las partes de la relación: trabajador y empleador parecen distanciados, opuestos y hasta enfrentados en la relación laboral. Sin embargo, ambos se necesitan, necesitan de esta relación para lograr sus propios fines. El trabajo existe sólo como un mecanismo de auto sostenimiento. El fin de la actividad laboral, por lo tanto, no es económico, sino existencial. No se trabaja para adquirir riqueza (la riqueza es sólo un medio), sino para poder subsistir, para cubrir las necesidades de auto sostenimiento. Por eso cuando Marcuse, citando a Bucher, explica que su gran mérito es haber establecido que "el trabajo no procede en modo alguno exclusivamente, ni siquiera primariamente, de motivos económicos", y que el fundamento del trabajo no se encuentra en la economía, descubre y releva un fenómeno trascendental, que

---

[132] Ibídem pp. 12, 13.

133 Marcuse, Ilerbert. Etica de la Revolución. Taurus Ediciones. S. A. Versión española de Aurelio Alvarez Remon. Pp.20.

dirige el sentido y significado del trabajo en otra esfera de especulación: el fin último del trabajo. ¿Cuál es este fin último?: la vida.

Marcuse escribe que el hacer laborante se caracteriza por tres momentos esenciales: "por su duración, por su constancia y por su carácter de carga".[134] El primero, la duración, significa un estar siempre en un constante trabajar, estar en el trabajo, como una actividad permanente. Por la constancia o permanencia en el trabajo, se entiende que debe "resultar algo" del trabajo, que perdure más allá del proceso de trabajo singular. Por lo que aquello que es el resultado del trabajo entra a pertenecer al mundo del que trabaja. Y por el carácter de carga, se entiende que no son las condiciones en la ejecución del trabajo, o sobre su condicionamiento técnico—social, o sobre la resistencia del material, etc.[135] Lo que significa "el carácter de carga del trabajo" es que este trabajo siempre es para algo que está fuera del propio trabajador, es para otros, o que esta fuera del propio ser.[136]

Por otro lado, "El trabajo, en el sentido de la ciencia económica, esta 'caracterizado por su finalidad..., procurar medios para la satisfacción de necesidades" (Elster).[137] Sin embargo hay que aclarar, por ejemplo, que "Ya al comienzo de su libro Arbeit und Rhythmus, K. Bucher denuncia el hecho de que, hasta ahora, nunca se ha considerado el trabajo mas que como "categoría económica absoluta", mientras todas aquellas actividades que llevan en si mismas su propio fin, se estima que no han de considerarse trabajo.[138]

El trabajo así es una actividad económica, es decir de producción de riqueza. Riqueza que permita la subsistencia. Por lo tanto es una actividad existencial.

---

[134] Ibídem Pp.20.
[135] Ibídem Pp.!9.

[136] Ibídem Pp.23.
[137] Ibídem Pp.23.
[138] Ibídem Pp. 27

Asimismo se puede citar: “El Derecho de Trabajo no regula toda forma de prestación de servicios, sino una manera muy particular de brindarla. El tipo de trabajo al cual el Derecho Laboral le otorga su protección, es aquél desempeñado por el ser humano con una finalidad productiva, por cuenta ajena, libre y subordinado.”, diría Javier Neves Mujica.

El concepto de Derecho Laboral, según Javier Neves Mujica: “El derecho del trabajo constituye el conjunto de normas jurídicas, dirigidas a regular las relaciones del trabajo entre el empleador y el trabajador. En sí el derecho de trabajo regula la relación jurídica entre empresarios y trabajadores y otros con el Estado en lo referente al trabajo subordinado.”

En principio el Derecho del Trabajo, según la doctrina aparece como un desprendimiento del Derecho Civil, enmarcándose dentro de las formas de organización de la producción y del trabajo. El Derecho laboral se ha constituido sobre la existencia de un tipo de relación intersubjetiva (entre personas) específica, y en la cual ha surgido el concepto de autonomía privada de la libertad, por la cual el Derecho crea una ficción jurídica que impone a las personas como iguales y libres ante el Derecho, y limitadas sólo por sus intereses cuando concurren al mercado. A esta libertad se le denomina autonomía privada individual; y por constitución de la misma se le atribuye al Estado el deber de garantizar que en base a la autonomía privada de la libertad los sujetos puedan celebrar contratos, y deban cumplirlos. Escribe Neves Mujica: “Todas las personas son iguales y libres ante el derecho y, por tanto, pueden concurrir al mercado y acordar sin restricciones lo que convenga a sus intereses, en virtud de la autonomía privada individual. El Estado debe garantizar que los sujetos puedan celebrar contrato y luego lo cumplan según lo pactado, pero se debe intervenir en la determinación de los derechos y obligaciones establecidos en aquel. Si hubiera alguna ley que señalara el contenido de las relaciones jurídicas, esta tendría

carácter dispositivo, por lo que cualquier regulación diferente del contrato prevaleciera sobre aquella.[139]

En una relación laboral, concertada a través de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes existen elementos esenciales de los mismos. Por ejemplo, el trabajador ofrece al empleador, a través del contrato, su fuerza de trabajo, su energía, en contraprestación, o a cambio de una remuneración.

El problema surge, sin embargo, por la diferencia de posiciones entre trabajador y empleador, puesto que el número de buscadores de trabajo es mucho mayor que el número de empleadores, siendo esta una diferencia sustancial a la hora de equilibrar las condiciones del contrato de trabajo, resultando, en la realidad, un desequilibrio en las fuerzas que, por la autonomía de la voluntad, entran en relación jurídica. Ante esta diferencia de fuerzas es generalmente el empleador quien plantea y define las condiciones en las cuales se celebra el contrato, por lo que tiene que intervenir en pos de lograr un equilibrio entre el empleador y el trabajador, frente a la evidente desigualdad. Neves Mujica escribe: "El trabajador solo dispone de su energía, que debe ofrecer a quien la emplee, que será un empresario, a cambio de una retribución; pero como la necesidad de obtener un puesto es mucho mayor que las probabilidades de encontrarlo, la voluntad única del empleador establece los derechos y obligaciones entre las partes".

Por otro lado, gracias a la independencia el mercado regula las relaciones laborales. "Se proclama que todas las personas son iguales y libres ante el derecho y, por tanto, pueden concurrr al mercado y acordar sin restricciones lo que convenga a sus intereses, en virtud de la autonomia privada individual. El Estado debe garantizar que los sujetos puedan celebrar el contrato y luego lo cumplan

[139] Mujica, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Ediciones Ma. Pp. 13

según lo pactado, pero no debe intervenir en la determinación de los derechos y obligaciones establecidos en aquél.[140]

"La aplicación de este esquema en el campo de las relaciones laborales, más aún con la rigidez propia del liberalismo entonces en auge, mostró que los valores consagrados por el Derecho Civil no se verificaban en la realidad: el trabajador sólo dispone de su energía, que debe ofrecer a quien la emplee, que será un empresario, a cambio de una retribución; pero como la necesidad de obtener un puesto es mucho mayor que las probabilidades de encontrarlo, la voluntad única del empleador establece los derechos y obligaciones entre las partes. Esto condujo a un régimen de sobre—explotación de la mano de obra…"[141] El Estado cambia sus funciones y atribuciones cuando cambia su contenido y conformación. No el soberano es el fin último del Estado, sino la sociedad, y por eso este nuevo Estado moderno interviene a favor de la sociedad mayoritaria (los trabjadores).

3.- DERECHO LABORAL Y LIBERTAD DE EMPRESA:

Cabe preguntarse cómo se puede ejercer la libertad de empresa cuando el empresario se ve sujeto a tantas normas que lo obligan a cargarse de responsabilidades, para con el trabajador, o para con el Estado. Con el trabajador el hecho de pagarle su vacaciones, o cuando fenece el contrato, su compensación por tiempo de servicios (CTS), su seguro, etc., que suponen una suma en los costos del empresario.

El Derecho laboral regula las relaciones producidas entre el empresario y trabajador, y en el que interviene el Estado para garantizar cualquier desequilibrio o desigualdad en esta relación. Pero esta regulación debe hacerse respetando la libertad, y en su nuestro caso, respetando la libertad empresarial. Nos interesa apuntalar en aquellas instituciones del Derecho Laboral que tienen que ver

---

[140] "Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del trabajo. Ara Editores. Pp. 13. .
[141] Ibídem Pp. 14.

directamente con el ejercicio de libertad empresa, para verificar si el Derecho laboral la limita o la propende.

Así cuando decidimos el contrato de trabajo como el acuerdo voluntario entre trabajador y el empleador, estamos definiendo que el elemento, factor, decisión jurídica, que conecta esta relación es la libertad de ambas partes; pero no cualquier libertad sino aquella que tiene que ver con la libertad de empresa, es decir con la libertad para unirse a un sistema productivo, a fin de lograr un lucro.

Definido en nuestro concepto de contrato de trabajo podríamos decir si este en la normatividad vigente, o en la realidad provocan en alguna forma o circunstancia, una limitación a la libertad de empresa, y de ser así, ¿en qué casos? Podríamos concebir que el hecho de registrar el contrato de trabajo en el Ministerio de Trabajo restringe de alguna forma la libertad empresarial. Podríamos decir que estaríamos exagerando, sin embargo debemos tener en cuenta que este registro no abona nada en favor del empresario, pero si como una medida de protección del trabajador. Ahora bien, este registro genera costos para el empresario, le genera gastos en tiempo, en recursos humanos, en recursos materiales; dicho en otros términos, el registro supone usar un tiempo en ello; usar personas para que realicen esto; usar material en ello. De ser así, si bien no es un atentado directo contra la libertad de empresa, si es un fenómeno que recorta los recursos del empresario y, por consecuencia, su libertad de empresa.

Otro inconveniente, o un fenómeno de especial complejidad es el referido a los que promueven la estabilidad laboral de los trabajadores. Si bien es cierto las empresas sujetan su existencia a su productividad, de diversos factores que no son necesariamente previsibles; no se puede asegurar en un 100% que serán empresas permanentes o estables. Por tanto ¿cómo puede propenderse a la seguridad o estabilidad laboral de los trabajadores (que es un concepto de permanencia) si la empresa no tiene por su propia naturaleza carácter de permanente? Además el Estado sanciona administrativamente, es decir económicamente a la empresa y al

empresario por incumplimiento de ciertas condiciones laborales, como por ejemplo, el contrato de trabajo con período de prueba, que otra vez recarga de actividades y responsabilidades de cumplir por el empresario.

De otro lado, los derechos laborales, pueden ser utilizados por el trabajador, para ser resueltos en vía judicial, lo que también acarrearía una carga para el empresario y para el uso de su libertad empresarial.

No se está tratando de negar los sistemas de protección del trabajador en los que interviene Estado, sino se está poniendo en relieve que estos sistemas de protección pueden provocar lesión, obstáculos, restricción, o limitaciones a la libertad de empresa. Hechos que no se ha tomado en cuenta.

CAPÍTULO SEPTIMO: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO TRIBUTARIO

GENERALIDADES

Siendo el Derecho Tributario aquel sistema normativo que regula las conductas jurídicas nacidas de la relación existente entre el Estado y el contribuyente, y en el entendido que nuestro problema tiene como hipótesis la inadecuada política fiscal que violenta la libertad de empresa, es necesario pues describir brevemente el contenido interno del Derecho Tributario, a fin que podamos darnos una idea de cómo el Estado interviene en la vida empresarial a través de su sistema tributario y, por lo tanto, en la libertad de empresa.

Cabe también resaltar que con el sistema de recaudación fiscal impuesta por el Estado se interviene en cierta medida en la parte más susceptible de toda entidad empresarial: su riqueza, rentas, ganancias, lucro. Por eso el Derecho tributario intenta establecer un equilibrio entre el sistema de recaudación Estatal y los contribuyentes. Nos preguntamos entonces si este sistema de recaudación tributaria atenta contra la libertad empresa, si por otro lado promueve la creación de empresas, o si se convierte en el mayor obstáculo para que el empresario ejercite su libertad empresarial.

I.- DERECHO TRIBUTARIO

1.- INTRODUCCIÓN

",..Derecho Tributario es aquella que contiene el mandato: 'entréguese dinero al Estado'" [142], Geraldo Ataliba.

142 Ataliba, Gemido. Hipótesis de incidencia tributaria. Edición del Instituto pemano de Derecho Tributario. Pp. 21.

Para entender en qué consiste el Derecho Tributario podemos partir de la siguiente pregunta: ¿Porqué tributamos?, o dicho en otras palabras, ¿porqué entregamos parte de nuestra riqueza al Estado? Desde dichas preguntas ya estamos definiendo el objeto de estudio y regulación del Derecho Tributario: la relación jurídica nacida del acto de entregar parte de nuestra riqueza al Estado. Definidos también queda los sujetos de esta relación jurídica: el Estado y el contribuyente, enlazadas por el acto de tributar. Desde este contexto podemos definir al Derecho Tributario como un sistema normativo que regula las relaciones jurídicas nacidas de la determinación legal del acto de tributar, es decir, de aquellas relaciones que se derivan del acto de entregar parte de nuestra riqueza — dinero, etc.— al Estado.

El Derecho Tributario se expresa, en esencia, como la regulación de cierto tipo de acto: entrega de dinero al Estado. Sin embargo, que este fenómeno –tributar- lleva en si una carga o resistencia mental", que consiste en negarse a pagar tributos, en pensar cómo eludir, evadir, o pagar menos tributos. Esta resistencia mental se debe a la interiorización y conciencia de los posibles efectos y alcances particulares inmediatos del acto de tributar, es decir, de la afectación de nuestro patrimonio o riqueza, y del olvido o escepticismo respecto de los efectos sociales que promete (educación gratuita, salud, seguridad jurídica, servicios públicos, etc.) el sistema tributario. Además, todo lo que tiene que ver con lo tributario se ve más bien como una intromisión en la vida económica, en la riqueza, de la persona. Por eso la validez y obediencia a la norma tributaria no alcanza a explicar y justificar su existencia.

Esta resistencia mental a tributar sólo puede ser vencida ejerciendo una fuerza[143] que no puede ser simplemente el uso físico o material de los mecanismos coactivos del Estado para hacerse obedecer; es necesario usar otro tipo de fuerza, la de los motivos, o razones intelectuales que persuadan y convenzan al contribuyente a aceptar la imposición tributaria. Es decir se trata de razones

143 Asimov, Isaac. EJ monstruo subató mico. Editorial Plaza & Janes. Pp. 15, 16.

jurídicas, porque disciplinan, a través del raciocinio, la conducta del ser humano, en orden a un interés superior, a una fuerza superior: la fuerza de la necesidad colectiva.

Es por estas razones que para una persona que trabaja (como dependiente de una institución o empresario, etc.), saber en qué consiste la tributación y cuáles son sus razones de ser o existir, son trascendentales, por presentarse más como actos económicos que jurídicos; acto económico que nace precisamente de una determinación legal, tributar. Tributar es para toda persona, un acto económico que afectará a su riqueza, el margen de las ganancias por su trabajo. Así una persona tiene que habérselas con dos factores que inciden significativamente en su desarrollo económico, en su riqueza: El Estado (que le cobra tributos y por lo tanto afecta en su riqueza) y el Mercado (que traslada los tributos en el consumidor final a través de los precios, y por lo tanto también afecta a su riqueza).

Frente a este panorama, y como todos tienen el deber de pagar tributos, surge la necesidad de saber ¿porqué tributar?, ¿por qué parte de nuestra riqueza tiene que ser entregada al Estado?, ¿y a cambio de qué? Por eso es imprescindible conocer cuál es la mecánica que da origen a los tributos, cómo funcionan y se aplican en la sociedad; verificar si es realmente necesaria y justa; si la distribución de la carga tributaria está socialmente bien determinada, etc.

En principio, las explicaciones que el Estado da sobre el destino y uso de los tributos recaudados son siempre oscuras y no evidencian nada tangible, por la imposibilidad del tributante de medir estos gastos, de sopesar la contraprestación. Este hecho (que las usos tributarios no estén tan claras) no es un equívoco, el Estado no lo hace por imposibilidad, sino por estrategia; puesto que su genialidad está precisamente en lograr el mayor grado de imperceptibilidad de la carga tributaria, con el objetivo de anular la resistencia mental a tributar; por eso, “La enorme complejidad de los modernos esquemas fiscales deriva, sin duda, en

buena parte, de ese constante intento de conseguir que el ciudadano entregue un volumen de recursos superiores al que en realidad estaría dispuesto a aportar si dispusiese de la pertinente información al respecto."[144]

1.- El CARÁCTER SISTÉMICO DE LA TRIBUTACIÓN

Todos los fenómenos sociales, en un Estado moderno, tienen que ver de alguna forma con la tributación, por eso el desarrollo o subdesarrollo disminuye o aumenta la carga tributaria. Tributar, por ello, no es un acto exclusivo del contribuyente aislado del resto de sujetos que componen la sociedad, sino responde a cierto carácter sistémico de la vida misma, es decir, tiene sus efectos en todos, porque el contribuyente es tomado como parte de un todo, de toda la sociedad, por los efectos que produce su propia vida, sus actos positivos o negativos. Por eso nuestro desarrollo social, cultural, etc., incide directamente en nuestro sistema tributario, la determinación del cuándo, cómo y por qué hechos tenemos que pagar tributos. Tributar tiene una incidencia a nivel micro y macroeconómico en la sociedad.[145]

Actos aparentemente tan ajenos a nosotros -como el que los demás tengan hijos, les roben a otros y no a nosotros, etc.- afectan indirectamente a nuestra riqueza, a nuestro patrimonio, a través de la tributación. Porque, en el caso del nacimiento de niflos, independientemente que hayan sido concebidos planificadamente o no, su existencia en la sociedad implica un costo, un costo a la sociedad entera y no sólo a los padres. ¿Por qué? Pues porque los niños tienen ciertos derechos -a la vida, salud, educación, etc. Garantizar estos derechos es un deber de los padres y del Estado. En el caso del Estado, éste tiene que agenciarse de los recursos necesarios para construir toda la estructura necesaria que posibilite la efectividad y ejecución de estos derechos reconocidos -educación, salud, etc.- ¿Con qué recursos cumple esta función?: con los tributos cobrados a toda la sociedad. Por eso, los padres

[144] Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Editorial Universidad Francisco Marroquín.Guatemala. Pp. 217.
[145] Plaza Vega, Mauricio A. El Liberal ismoy la teoría de los tributos. Editorial Temis SA.

tienen el deber de educar, alimentar, dar salud, vivienda, etc, a sus hijos, porque de no hacerlo transforman la necesidad privada en necesidad pública, y trasladan al Estado esta responsabilidad, y éste traslada la carga a la sociedad. Así todas las personas terminan asumiendo indirectamente -a través de los tributos- el deber de alimentar, dar educación, salud, etc., a los nuevos integrantes de la sociedad, a los hijos de los demás.

De esta forma los padres trasladan casi siempre el costo de sus hijos a toda la sociedad; los hijos de los demás terminan costándole a toda la sociedad y no sólo a los padres. Afectada estaría, entonces, nuestra riqueza, porque, a través de los tributos, tenemos que pagar para que se organice el sistema normativo que garantice los derechos del nuevo ser humano. Así, todos pagamos al Estado para que construya hospitales, centros educativos, para contratar médicos, profesores, etc. Por lo demás, ésta es sólo una visión objetiva, estadística. El sistema funciona igual cuando existen ladrones, por ejemplo. En este caso, el Estado tiene que invertir recursos en construir los mecanismos necesarios para evitar estos robos (comisaría de policía), o para juzgar (juzgados penales) a los delincuentes. Los recursos utilizados provienen de los tributos, es decir, de todos nosotros. Por eso el subdesarrollo de los demás afecta directamente en nuestro desarrollo. Y parece necesario plantear que no es justo que unos pocos paguen por los deslices, desvíos, o errores de otros. Cada quien debe pagar en proporción directa por sus beneficios y por sus propios errores. Sin embargo el problema está en que las normas son generales, es decir, se han hecho para todos como objeto de normatividad, y no individualizando. Y puesto que toda norma jurídica es general, esta marginará, de alguna forma, los intereses individuales minoritarios.

II DERECHO TRIBUTARIO

"El Derecho Tributario se refiere propiamente a las relaciones entre el Fisco y los contribuyentes, teniendo como objeto primordial el campo de los ingresos de carácter compulsorio relativos a la imposición, fiscalización y arrendamiento de

impuestos, tasas y contribuciones, determinándose de manera complementaria los poderes del Estado y la situación subjetiva de los contribuyentes en forma de complejo de derechos y deberes."[146]. En otros términos el Derecho Tributario es un sistema de composición de los conflictos nacidos de la contradicción entre el Derecho Privado (la riqueza de los particulares) y el Derecho Público (la riqueza del Tesoro Público, es decir del Estado). Composición que tiene como objeto de regulación los hechos generados por los actos de tributación.

1.- EL DERECHO TRIBUTARIO COMO ACTO DE PODER

Para ubicar metodológicamente el sentido del Derecho Tributario lo esencial es encontrar aquello que lo distingue del resto de ramas del Derecho (Derecho Constitucional, Civil, etc.). Y como en el centro de todo el Derecho está la norma como objeto, Geraldo Ataliba hace con esta lógica una disección de la norma jurídica tributaria y la distingue del resto de normas jurídicas; en primer lugar –explica-, toda norma jurídica contiene un mandato del Estado; en la norma jurídica tributaria el mandato es que "se entregue dinero al Estado", es decir que se tribute. La diferencia de este grupo de normas está, pues, en la relación de subordinación al Estado que provoca e impone; en el tipo de relación jurídica que crea; y en la determinación de aquello que da origen o es la relación jurídica. Por todo eso, el fenómeno tributario consiste en la disposición de un sistema de determinación y regulación de cierto tipo de conductas humanas frente al Estado, e imposición del mismo como mecanismo de subordinación y obediencia a los mandatos del Estado. Es un acto de dominio, de poder.

La relación jurídica que se impone y regula dentro de una norma tributaria no es entre los individuos, sino entre la persona (natural o jurídica) y el Estado. El mandato ("entréguese dinero al Estado") que contiene toda norma jurídica tributaria no consiste simplemente en el comportamiento de llevar dinero a las arcas del Estado, sino en asumir una conducta de subordinación y obediencia a un

[146] Escribe Miguel Reale en su libro: Introducción al Derecho

poder supremo, que permita la ratificación, autoridad y permanencia del mismo, y motive la legitimidad del ejercicio de su poder. Por eso la tributación es más una reafirmación del poderío o soberanía del Estado.

Es en ese sentido que Geraldo Ataliba afirma: "no es el comportamiento de llevar dinero a las arcas del fisco el objeto de la norma tributaria, sino el comportamiento de obediencia y subordinación". Así, el Derecho Tributario es un fenómeno político (de poder) antes que jurídico. Es político porque tiene como fin último lograr la obediencia de las personas; y es jurídico porque esta subordinación se da a través de un sistema normativo que tiene su fundamento en el carácter colectivo de la necesidad de dominación. El fundamento del tributo está en el carácter colectivo de su fin, y este es colectivo, puesto que el área que debe ocupar es el público. De esta manera el Derecho Tributario queda identificado como una rama del Derecho público[147] porque se trata de la regulación de las relaciones entre la persona y el Estado, del interés privado subordinado al interés público. El Derecho Tributario es, entonces, un sistema normativo de regulación de las conductas como fenómenos de poder (de relación de mandato—obediencia—subordinación).

2.- JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO

El Derecho Tributario es un sistema normativo que tiene como eje u objeto de regulación las conductas que se derivan de la tributación. Esta última (la tributación), como fenómeno social, es una afectación a la economía de la persona, y por lo tanto a su derecho a la riqueza. De tal forma el Derecho Tributario se justifica —da las razones del porqué de la validez de su existencia— por ser un medio de composición y control de los diversos problemas que puedan surgir de la relación persona— tributación—Estado. Es pues la necesidad de

[147] Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León explica que en el Derecho Moderno no puede hablarse ya de Derecho Público o Privado. Por eso usamos la antigua concepción sólo como instrumento de explicación del área de competencia del Derecho Tributario, como criterio de organización de estudio de cierto conocimiento.

regular las relaciones entre la persona y el Estado lo esencial, para que exista coincidencia entre el interés privado y el interés público, y se pueda vivir de acuerdo a una ley universal de la razón.

La justificación confirma la existencia y concreción de una relación jurídica, de un derecho-deber, mediante el cual el Estado al imponer los tributos se compromete a proporcionar ciertos bienes y servicios públicos, y a cambio de esto la persona aporta un capital. Ambos sujetos (persona -natural o jurídica- y el Estado) quedan enlazados por un principio de subordinación al orden jurídico. La persona queda subordinada al Estado y viceversa. Sin embargo, esta subordinación tiene que ser justificada por el Derecho porque la existencia de la tributación importa la *autorización* para ingresar en el derecho privado de las personas, y éstas son el fin supremo de la sociedad, el principio soberano al que todo debe subordinarse, puesto que "la persona constituye un fin en si mismo" -como explicaba Kant.

Podría, sin embargo, alegarse que el Derecho Tributario no debería justificarse puesto que la simple existencia del Estado determina la necesidad de los mecanismos necesarios que afirmen su soberanía, y el instrumento para ello es el Derecho Tributario, porque a través de él se logra la recaudación de los fondos económicos y políticos que el Estado requiere para existir. Así que antes que justificar el Derecho Tributario tendríamos que justificar al Estado. Actualmente, sin embargo, nadie se atrevería a pedir la justificación de la existencia del Estado y menos a vivir fuera del marco de un Estado. El Estado como institución que organiza y administra el poder político juridico no necesita justificación, pero sí sus métodos de funcionamiento y operación, porque estos pueden no conformarse a las reglas jurídicas[148]. El Derecho Tributario trata, pues, de regular el

[148] Bobbio escribe respecto a la necesidad de justificación en el capítulo "El tema de la justificación", en el artículo "Ética y Política. En el explica el por qué de las justificaciones, y la necesidad de estos. Así escribe: "Hablo conscientemente de "justificación". La conducta que tiene necesidad de ser justificada es la que no se conforma a las reglas. No se justifica la observancia de la norma, o sea, la conducta moral. La necesidad de justificación surge cuando el acto viola o parece violar las normas sociales generalmente aceptadas, no importa si son morales, jurídicas o de la costumbre. No se justifica la obediencia, sino – se si se considera que tiene algún valor moral- la desobediencia. No se justifica la presencia en una reunión obligatoria, sino la ausencia. En general, no hay necesidad de justificar el acto regular y normal, sino que es necesario proporcionar una justificación, si se le quiere proteger, de acto que peca por exceso o por

funcionamiento y operación del Estado en el agenciamiento de los recursos necesarios para su existencia y soberanía.

3.- EL DERECHO TRIBUTARIO Y LA RELACIÓN COSTO— BENEFICIO

Podemos analizar el Derecho Tributario desde una fórmula económica: costo— beneficio. De tal forma la persona resulta un objeto que produce costos o beneficios a la sociedad. En el primer supuesto, la persona constituye un costo a la sociedad — desde su nacimiento—, porque genera gastos sociales (organización, seguridad, educación, justicia, etc). La sociedad tiene que sufragar estos gastos por un principio de organización de la posibilidad de coexistencia y supervivencia de la propia sociedad. En el segundo caso la persona — al tributar por ejemplo— colabora, es benéfico, para solventar estos gastos sociales. Y es a través del Derecho Tributario que se relaciona e interconecta esa condición del ser humano de ser un costo— beneficio. Es necesario, entonces, determinar las necesidades públicas que generan esta relación costo—beneficio.

La justificación de los tributos —como se ve— está en la imposibilidad del ser humano de resolver y satisfacer todas sus necesidades por sí mismo; porque existen bienes que requieren para su realización de la concurrencia de un ente superior, o, de la reunión de individuos que hagan factible esta acción. Por eso Raúl Barrios Orbegozo empieza haciendo una clarificación. Existen dos tipos de necesidades: 1) Necesidades individuales, y 2) Necesidades colectivas. Las primeras pueden ser adquiridas "por el propio esfuerzo". Es suficiente este para lograr satisfacer las necesidades requeridas. Pero frente a estas existe el segundo grupo de necesidades en las cuales el individuo no puede usar ya sólo de su esfuerzo propio, no puede depender de su sola presencia corporal y mental. Es necesario, e ineludible, recurrir a los demás, al concierto, reunión y participación

---

defecto./Norberto Bobbio: *El filósofo y la Política* (Antología). Traducción de José Fernández Santillán y Ariella Aureli. Fondo de Cultura Económica. Pp. 160.

de los demás. El esfuerzo individual ya no basta, porque es insuficiente, porque las fuerzas del individuo, su capacidad de accionar no es suficiente, no cubre los requerimientos necesarios para hacer factible la satisfacción de las necesidades pretendidas. Y es por ello que requiere del Estado, que bajo este fundamento crea en la modernidad los tributos, por la cual le cobra al ser humano por los costos que supone vivir en sociedad (dado que la mayor necesidad colectiva que tiene el ser humano es vivir en sociedad). Así, vivir en sociedad representa un costo que tiene que asumir el propio individuo o persona — natural o jurídica—, transformándose de esta manera algunos actos o hechos en tributos. Así pues queda justificada la existencia de los tributos.

De la conciencia de necesidades colectivas surgió el fundamento para la existencia de los Estados modernos. Realizar y satisfacer las necesidades colectivas (seguridad, justicia, etc.) requiere de organización social, del concierto voluntario o no de todos, de cierta forma de controlar la vida de los demás. Poner en funcionamiento esta organización social implica el establecimiento de jerarquías, la distribución de funciones, etc., y esta administración es asumida por el Estado, que cómo va a generar gastos en su organización requiere de fondos, los cuales logra a través de la recaudación tributaria. Así toda la organización social para la satisfacción de las necesidades colectivas supone un costo, también social. La organización social, por lo tanto, cuesta; y este costo es trasladado a la persona — natural o jurídica—, a través de los tributos. Barrios explica que el Estado moderno, al asumir la organización, control, distribución de funciones, etc., para el logro de la satisfacción de las necesidades colectivas, tiene necesidad de formar un patrimonio, y es por ello que inventa una categoría política jurídica: la del tributante; y da forma a un nuevo hecho económico: el tributo; y por consiguiente nace también el Derecho Tributario.

La invención del Derecho Tributario ha pasado por un largo periodo histórico, que ha reformulado sus planteamiento iniciales consistentes simplemente en la afirmación del dominio o poderío del gobernante, hasta llegar a la justificación de

este poderío en la voluntad general. Así, en épocas pasadas, por ejemplo, la satisfacción de las necesidades colectivas (como construcción de puentes, etc.) eran trabajos designados a los esclavos. Los tributos no eran para solventar las necesidades colectivas, sino para la riqueza y poderío del gobernante, como un fenómeno de fuerza. Con la modernidad el concepto de tributo varía su sentido y se afianza como prestación o pago por pertenecer a una sociedad. Por eso, una vez abolida la esclavitud se anulaba la fuerza que soluciona el requerimiento de bienes y servicios colectivos en el pasado.

Barrios hace una explicación teórica del origen de los tributos, y le asigna un carácter de prestación, de algo que se presta o da a cambio de una contraprestación: "Prestación que nace como consecuencia de la necesidad del Estado de hacerse de un patrimonio para satisfacer los requerimientos colectivos. Pero el asunto se complica cuando, luego del acto de tributar, el Estado tiene que cumplir con su parte, es decir, con devolver la contraprestación en bienes y servicios colectivos. Puesto que la consecuencia de la tributación debiera ser que el Estado devuelve en forma de beneficios los tributos recaudados". Esto, sin embargo, sólo explica el deber ser y no el ser de los hechos. Si bien la fórmula: recaudación tributaria es igual a beneficios colectivos, es perfecta en su construcción lógica y teórica, no se puede precisar la eficacia y perfección del segundo supuesto (beneficios colectivos). Por ello, son los efectos de la recaudación tributaria lo que está en entredicho, más que los mismos tributos.

En la actualidad, la orientación –que siempre va disimulada- en aumento es a inventar nuevos tributos, en descubrir nuevos hechos imponibles, que permitan acrecentar el tesoro público, y den la posibilidad de estructurar también mejoras sociales. No obstante, en una sociedad como la nuestra, con poca mentalidad empresarial, lo conveniente — a nuestro parecer— no es generar cargas tributarias, sino descubrir mecanismos que reduzcan los costos de funcionamiento del Estado para cumplir sus fines primordiales. En una sociedad con baja capacidad tributaria debe incentivarse la actividad privada, empresarial, y ella no

puede generarse si el sistema impositivo (tributación) es anterior a la incertidumbre de los beneficios colectivos.

III PODER O POTESTAD TRIBUTARIA.

El Poder o potestad tributaria es uno de los factores más relevantes en la teoría del derecho, puesto que revela el poder para imponer tributos.

1.- EL CONCEPTO DE PODER O POTESTAD TRIBUTARIA

El poder es capacidad de afectar y ser afectado —según Michel Foucault—. El Poder Tributario seria así esa capacidad de afectar o no afectar en la riqueza de las personas a través de los tributos.

La clásica definición del poder tributario es, aquella capacidad del Estado de crear, modificar o suprimir tributos. Su estructura es a nivel macro; y está dentro del Derecho Constitucional Tributario, por ser general y universal. Luis Hernández Berenguel definia al Poder Tributario como "el poder del Estado para crear, modificar y suprimir tributos y para eximir de ellos."

Al enunciar el Estado se está delimitando la monopolización de la creación normativa— legislativa, por lo que el Estado, como ente supremo podrá crear, mediante ley, los tributos. De esta forma, no el vecino de al lado, ni el empresario, ni la muchacha de la casa, sino el Estado crea los tributos. Es un fenómeno de carácter público y no privado, por ser representación del colectivo y no de un individuo. Puede darse, pues, por autoridad, y autoridad supone subordinación a un orden público, a un ente mayor, que es el Estado.

Es la Constitución (por ser la máxima representación de la sociedad) quién debe determinar cómo y quienes pueden crear tributos. Decir el *Estado* es sólo alusión

a la monopolización de este poder en un ente público, en un ente representativo de la voluntad social.

El Dr. Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León afirma que en el Derecho tributario moderno no puede hablarse ya de "poder tributario", sino de "potestad tributaria". Pero, independientemente del término que se use, lo que está en juego es el contenido de la facultad legislativa del Estado. Que se diga poder o potestad sólo refiere la capacidad normativa de crear, modificar y extinguir tributos. Parece, sin embargo, que la preocupación de definir esta capacidad como poder o potestad está en el marco operativo, jurisdicción, del mismo término. El término "poder" alude a un fenómeno político; decir potestad es más bien un acto administrativo. En el campo interno de estos conceptos lo que se quiere definir es la jurisdicción que tienen. Evidentemente el poder es más un fenómeno político que jurídico, puesto que poder es ejercicio y no una justificación; y si hablamos de poder tributario este tiene una justificación jurídica. Poder es un término político, pero cuando se habla de órgano es un término administrativo. Lo importante es que mediante este poder o potestad tributaria se sabe quién tiene la capacidad para crear, modificar y extinguir tributos.

2.- TIPOS DE POTESTAD TRIBUTARIA

Según el ingenioso Dr. Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León, la potestad tributaria se divide en dos tipos: 1) Potestad tributaria originaria, y 2) Potestad tributaria derivada. Lo que las define y diferencia es el origen y calidad de esta potestad.

a) POTESTAD TRIBUTARIA ORIGINARIA

La potestad tributaria originaria tiene su fuente y su fuerza en ser una facultad para crear, modificar y extinguir tributos sin necesidad de trámite previo o autorización — nos dice el Dr. Francisco Ruiz de Castilla. ¿Y quién tiene este tipo

de poder? ¿Quién tiene o debe tener el poder para crear tributos? Pues la sociedad. Pero como la sociedad es un conjunto de demasiadas personas, como para que puedan ponerse de acuerdo y dictar qué tributos imponerse y cuáles no; tiene que haber, por cuestiones de racionalidad de tiempo y capacidad de operatividad, un representante. Este representante es el Estado, y como el Estado es también un tipo de organización social, un ente un tanto enorme, se necesita algo más concreto, algo más manejable, que represente a toda la sociedad; y en una sociedad moderna este es el Congreso.

Es pues el Congreso legislativo, como órgano del Estado, como órgano que representa a la voluntad de toda la sociedad, quien tiene potestad tributaria originaria, porque no tiene que hacer ningún trámite previo, ni pedir autorización alguna para crear, modificar o extinguir tributos. La explicación es que la autorización para crear tributos la tiene que dar la sociedad, y el Congreso, o el Poder Legislativo, hace las veces de la sociedad, de la sociedad representada.

b) POTESTAD TRIBUTARIA DERIVADA

La potestad tributaria derivada es aquella que necesita de trámite previo o autorización — dice Francisco Ruiz de Castilla—. Por ejemplo, para que el Poder Ejecutivo pueda crear impuestos necesita previo trámite y autorización del Congreso, que mediante ley le da esta potestad, esta facultad delegada para crear impuestos. El Poder Ejecutivo tiene, sin embargo, también potestad tributaria originaria, según nuestra Constitución, en los casos de tasas y aranceles. Lo esencial es que la potestad tributaria originaria no necesita de trámite previo o autorización; mientras que la potestad tributaria derivada si necesita este trámite previo o autorización.

Ahora bien, la Constitución ha dispuesto que esta potestad o poder Tributario, para crear, modificar, extinguir o eximir de los tributos la tiene el Gobierno, y éste puede subdividirse en tres estadios: el Gobierno Central (Poder Ejecutivo,

Legislativo), los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales (municipalidades provinciales o distritales). El Gobierno es la Dirección o administración del Estado" — escribe Cabanellas. Se diferencia del propio Estado, aunque está dentro de él y fuera de él. El Gobierno es "la organización específica del poder constituido en y por el Estado y al servicio del Estado."[149] "El Gobierno es administración y gestión del poder. Orden, régimen o sistema para regir la nación o alguna de sus provincias, regionales o municipios." —dice Cabanellas.

¿Cómo están compuestos estos gobiernos? El Gobierno Central está constituido por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo —en materia tributaria— que tienen potestad de crear, modificar o extinguir tributos. El Poder Legislativo, como órgano representativo de la nación, de la sociedad, tiene la capacidad de crear, modificar y extinguir tributos. El Poder Ejecutivo también tiene esta potestad, pero por delegación del Poder Legislativo; salvo en casos de aranceles y tasas en los cuales el Poder Ejecutivo también tiene potestad tributaria sin necesidad de delegación. La intervención del Gobierno Central puede delimitarse por la necesidad de tributos de carácter nacional.

La potestad tributaria tiene que ser eminentemente concordante con la determinación política, con el régimen político, es decir: democrático, que descentraliza el poder y lo traslada a la sociedad entera. La democracia implica que dentro de la sociedad, en la convivencia humana, hay conflictos, pero estos no tienen que ser negados, sino reconocidos y tratados o regulados para su solución. Esta regulación (Derecho) permite el mantenimiento y estabilización de la unidad política dentro de un Estado.[150]

La distribución de la potestad tributaria está en base a la función que cumple cada jurisdicción de Gobierno (Gobierno Central, Regional, Local) es decir, se tienen

[149] Según fue entendido por Adolfo Posada, escribe Humberto Henriquez Franco. / Henriquez Franco, Humberto. Derecho Constitucional. Editora FEcAT. Pp. 267.

[150] Henriquez Franco, Humberto. Derecho constitocional. Editora FECAT. Pp. 19.

que determinar y fijar el papel y los fines de cada gobierno y de su jurisdicción legislativa (por qué y para qué se crean tributos dentro de un determinado territorio político jurídico), para evitarse, por ejemplo, cualquier conflicto o problema de doble o triple imposición. Tienen que haber, por lo tanto, dos tipos de funciones o de jurisdicción legislativa en materia tributaria: la de responder al orden nacional, a los servicios de carácter nacional; y las que responden al margen jurisdiccional, (responsabilidad y finalidad, para consigo mismo, para con su jurisdicción). Además, "El papel objetivo general de esta división (Gobierno Central, Regional, Local) es el mejor desarrollo y representación del país. Por eso es importante determinar el papel que cumplen los mismos en el desarrollo del país, a partir del desarrollo de los distritos y de las provincias." — escribe Luis Hernández Berenguel.

El Gobierno nacional ejerce potestad tributaria a través del Congreso. El Poder Ejecutivo tiene potestad tributaria en la creación de Tasas y Aranceles, por razones de agilidad del movimiento económico del pais — explica Hernández Berenguer—, y para lograr el orden interno. "Los Aranceles, por ejemplo, son tributos sobre los cuales las exigencias de la vida moderna requiere decisiones inmediatas", porque el Gobierno Central ha de vérselas con el orden externo, como el comercio exterior, internacional, y ello implica rapidez, e inmediatez, que en este caso el Congreso — como facultado para hacer las leyes, no puede cumplir con la velocidad necesaria y conveniente a las relaciones internacionales.

El Gobierno Central es una división del Estado en su contenido orgánico, es "el conjunto de organismos que lo configuran y que ejercen sus funciones".[151]. Rubio define al "Gobierno Central como órganos políticos y administrativos de nivel nacional.[152]

[151] Rubio Correa. Marcial. *El sistema Jurídico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 43
[152] Rubio Correa. Marcial. *El sistema Jurídico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 44

El Gobierno Central responde a un principio de organización política del Estado, que es el sentido "unitario" de la misma sociedad. El Gobierno Central es un tipo de organización política del Estado de carácter unitario, o que comprende y tiene carácter unitario, general. Y es un tipo de organización política porque distribuye la administración de las facultades y finalidades del Estado.

El Gobierno Regional trae consigo resolver cuál es el ámbito de aplicación del mismo, de su poder político—jurídico. Las Regiones son unidades geoeconómicas, es decir es la combinación de un determinado espacio, territorio y su posibilidad de desarrollo, y de la riqueza que puede generar. Se trata de áreas "integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente".

IV.- PRINCIPIOS DEL DERECHO TRIBUTARIO

Existen, frente a la potestad tributaria, como un control, ciertos límites que son conocidos como principios de la tributación. Los principios son ideas sintéticas, síntesis geniales que sirven a manera de matrices generales de todo cosmos o dimensión del conocimiento. En Derecho son conceptos fuerza, conceptos o proposiciones que explican, dan cuenta, y delimitan un determinado saber o conocimiento. Son "conceptos o proposiciones que inspiran e informan la creación, modificación y extinción de las normas jurídicas". En el Derecho tributario estos existen por ser límites a la potestad tributaria, existen como control del poder del Estado para crear, modificar y extinguir tributos. Así, la determinación del contenido de los principios tributarios tiene un ámbito específico: la potestad tributaria del Estado. Por consecuencia mediante estos principios se subordina al propio Estado a la voluntad general de la sociedad, protegiendo a la sociedad de cualquier arbitrariedad del uso del poder Estatal en el ejercicio de su potestad tributaria.

Por eso los principios tributarios "son el límite del Poder Tributario del Estado, a fin que no se vulnere los derechos fundamentales de la persona, ni se colisione

con otros sectores y potestades con las cuales se debe coexistir.” Estos derechos fundamentales están preferentemente en, por ejemplo, el derecho a la propiedad privada y a la riqueza; porque los tributos son una afectación a la riqueza de las personas.

Según la doctrina existen los siguientes principios tributarios: Legalidad, Justicia, Uniformidad, Respeto de los Derechos Fundamentales, Publicidad, Obligatoriedad, Certeza, Economía en la recaudación, Igualdad, No confiscatoriedad, Capacidad contributiva, Redistribución o Proporcionalidad, Estabilidad económica, Eficacia en la asignación de recursos. De los cuales desarrollaremos los mas resaltantes.

1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En latín este principio es expresado bajo la siguiente frase: “NuIlum tributum sine lege”, que significa: “no hay tributo sin ley”. Este principio se explica como un sistema de subordinación a un poder superior o extraordinario, que en el derecho moderno no puede ser la voluntad del gobernante, sino la voluntad de aquello que representa el gobernante, la misma sociedad representada. Recordemos que es esta representación lo que le da legitimidad al ejercicio del poder del Estado, y por lo mismo a la potestad tributaria del Estado. Así el principio de Legalidad, o de Reserva de la Ley, delimita el campo y legitimidad del obrar del Estado para imponer tributos. De esta forma no cualquier órgano puede imponer tributos, sino solo aquellos que pueden o tienen la potestad para ello, y sólo la tienen si están autorizados por ley, que resulta decir, “están autorizados por la sociedad”, puesto que la ley es la voluntad y/o autorización de la sociedad; eso es lo que cautela este principio. En un Estado moderno la ley no es la boca del soberano, sino la boca de la sociedad. Este principio es un medio de garantizar cierta estabilidad y respeto por los derechos de toda la sociedad, fundados en el pacto social, y se expresa a través de la ley.

Toda Ley, entonces, tiene en la forma, en su forma de creación, un sistema de seguridad. No se acaba en ser representación o boca de la sociedad — como dijimos—, sino en constituirse en un medio de seguridad, un principio de certeza y predictibilidad de todo fenómeno jurídico. Así que al lado de la delimitación de los órganos que tienen la facultad para crear, modificar o extinguir tributos, está el contenido interno que en si lleva la ley. Y, ¿cuál es ese contenido interno? Que todo esté conforme a cierta razonabilidad, a cierto método que suponga un determinado orden social, que responda a una concepción jurídica, a un ordenamiento jurídico determinado temporal y espacialmente. La legalidad es la representación del sentimiento cósmico, interno, de un tipo de visión social, de cierto paradigma social de vida. La legalidad responde a un orden político social e histórico. Lo jurídico en el principio de legalidad, es aquello que enlaza diversas dimensiones: política, sociedad, historia y juridicidad; pero las enlaza a través del derecho positivo; de algo que puede crear certeza, seguridad, y capacidad de verificación, prueba, revisión, etc. Por eso este principio se propone como *método de discriminación a priori* de actos incorrectos de creación de tributos. Es un acto previo. Es un conveniente sistema y mecanismo de protección contra el poder tributario del Estado. Es un acto que convierte los hechos en objetos de derecho.

En un concepto técnico Rubio Correa escribe, "La reserva de la ley, que quiere decir que sólo las normas con rango de ley pueden crear, modificar, suprimir o exonerar tributos. Nadie puede arrogarse esa función"[153] ¿Y por qué solo las normas con rango de ley? Pues porque son estas normas con rango de ley una atribución o facultad legislativa. Sólo pueden ser normas con rango de ley aquellas que derivan de órganos que tienen potestad legislativa, de potestad para crear normas. Y, ¿quiénes tienen potestad legislativa? Pues sólo la sociedad representada. Así, crean leyes aquellas instituciones que representan a la sociedad como, por ejemplo, el Gobierno Central, el Gobierno Regional, y el Gobierno Local, que tienen por tal motivo potestad tributaria, y solo porque se constituyen

[153] Rubio Correa. Marcial. *Para conocer la Constitución* de 1993. Editorial DESCO. Pp 98.

como entes que representan a la sociedad. La potestad tributaria por eso la tienen quienes tienen facultad legislativa. No depende del órgano que las crea, sino de la facultad que tiene este órgano, facultad legislativa para crear tributos.

Luis Hernández Berenguel escribe que el principio de legalidad "Actúa como un limite formal al ejercicio del poder tributario. La sujeción a dicho principio supone que el poder tributario sea ejercido por quien la posee", y no por cualquiera. Es la forma la que determina la jurisdicción, y/o competencia para crear tributos, y es esta creada por ley.

Este principio es un método de razonabilidad, de tal manera que si mediante ley se da poder de crear tributos, etc, pues también mediante ley se tiene que ponerle límites a este poder, facultad o potestad. De tal forma que se le opone a esta facultad tributaria una fuerza igual o superior que es la propia ley.

2.— PRINCIPIO DE JUSTICIA

Este principio parece basarse en un razonamiento de orden social, colectivo. Si la Sociedad es el Estado, entonces, esta sociedad tiene que realizar ciertos hechos que lleven a la realización de la protección y preservación del Estado y por lo tanto de la misma colectividad. Por eso se dice que "Todas las personas e integrantes de la colectividad de todo Estado, tienen el deber y la obligación de contribuir al sostenimiento del Estado, mediante la tributación, asumiendo la obligación de contribuir por medio del tributo, en virtud a sus capacidades respectivas, y en proporción a los ingresos que obtienen, esta carga tributaria debe ser en forma equitativa."

Este principio asegura la vida del Estado, pero no parece asegurar la vida del individuo. Pagar tributos a costa de nuestra propia vida no es algo que esta dentro de lo conveniente para la sociedad. Resulta que si tenemos la obligación de dar tributos, el Estado tiene la obligación de distribuir en forma correcta los tributos

aportados por nosotros. Eso debería suponer que en cuanto el Estado deja de hacer eso —uso adecuado y correcto de los tributos, para los fines que fueron generados— entonces el ciudadano se vería liberado de la tributación. Un acto de justicia.

La justicia ha sido un fundamento un poco oscuro, difícil de aprehender, de manejar, por eso primero habría que determinar qué es lo que constituye algo justo, y justo en referencia a qué. En el Derecho lo justo, desde Ulpiano, es la voluntad constante y permanente de darle a cada cual lo suyo. Pero ¿qué es de cada quién?, ¿cómo se puede establecer esto? La constante ha sido determinar lo justo en referencia al derecho positivo. En Derecho Tributario se trata de ser justo en la distribución de la carga tributaria en la sociedad, de acuerdo a la capacidad tributaria, para tributar, de cada persona. La justicia en Derecho Tributario es vista desde la óptica de la distribución o justicia distributiva. Todos deben tributar, pero no de cualquier manera, sino de acuerdo a ciertas condiciones, a sus condiciones contributivas, y de acuerdo a su capacidad de generar, poseer, tener riqueza, patrimonio, etc. Esto establece una relación entre el Estado y las personas; esta relación es un deber, un acto imprescindible, que tiene carácter sistémico (del incumplimiento de este deber se sucederían consecuencias sociales de real peligro para el ordenamiento social). Es una imputación de carácter social, definido individualmente. Así, si todos conforman el Estado, si todos somos el Estado, todos tenemos el deber de procurar el sostenimiento del orden social que provoca como función el Estado.

Por último, hablar del principio de justicia implica que “la carga tributaria debe ser distribuida en forma equitativa”. Para ello se han creado divisiones de los tributos, que regulan o intentan regular este tipo de equilibrio pretendido. La clasificación es la siguiente: impuestos, contribuciones y tasas; tributos que en si ya están determinando, de alguna forma, la capacidad contributiva de la persona.

3.- PRINCIPIO DE UNFORMIDAD

El principio de uniformidad pretende darle un mismo tipo de solución a tipos semejantes de problemas. Por lo mismo puede poner en evidencia otro fenómeno, el de la igualdad. La igualdad jurídica implica desigualdad contributiva, en materia tributaria, por eso se escribe que "La Ley establece que en materia tributaria en lo atinente al pago de los impuestos, todos somos y tenemos las mismas obligaciones. La igualdad jurídica implica la desigualdad contributiva, a mayor capacidad contributiva la aportación tributaria es mayor.". Este planteamiento es sumamente trascendente, porque explica y distingue lo que es realmente la igualdad. Y lo explica como concepto, y no como dogma. Deja sustentado que no puede haber uniformidad si se olvidan los principios primeros de toda relación jurídica, que es establecer cierto método de organización social, de resolución y administración de los fenómenos sociales con carácter de exigibles.

La igualdad jurídica significa que todos somos iguales, solo por ficción, sólo como método para poder armar un esquema de organización social; no significa que todos somos iguales, sino que todos necesitamos, por igual, ciertas cosas. Necesitamos, por ejemplo, ciertos servicios, derechos, etc. Y, aún siendo realmente desiguales, hay algunas iguales necesidades. Por lo tanto, más que igualdad de personas hay igualdad en las "necesidades prioritarias" de estas personas, por lo que se llaman "necesidades colectivas".

Lo que el principio de uniformidad pretende — en el Derecho Tributario— es "determinar por intermedio de la igualdad jurídica cierta uniformidad en el pago, en el tributo, eso significaría desigualdad contributiva justa, es decir: a mayor capacidad contributiva la aportación tributaria es mayor". En términos sencillos: si yo gano más debo pagar mayores impuestos, o porcentajes mayores de un mismo impuesto general; por ejemplo, el impuesto a las rentas; si se pasa de un

estándar determinado de rentas, entonces se tendrá que pagar al Estado en proporción directa a esa renta. Eso significa uniformidad de los actos tributarios.

4.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

En Derecho la publicidad nos recuerda a Pomponio, en la Roma de antaño, cuando se grababa en piedra las leyes de la comunidad. Las leyes eran puestas en el centro de la plaza para que puedan ser leídas y cumplidas. El efecto deseado no era el de responder a un principio de concordancia con la voluntad de la sociedad y de respetar el derecho de esta sociedad —como en el Derecho Moderno—, sino el de obediencia al soberano. La publicidad de las leyes, en la época romana, era un medio de subordinación y no un medio de control del poder de los soberanos, como hoy.

La publicidad es actualmente un medio de control de la potestad tributaria del Estado, por medio del cual la sociedad entera tiene la posibilidad de saber, de antemano, a qué atenerse y cómo actuar en determinados casos. Pero en el Derecho tributario la publicidad, ese deber del Estado de anunciar, hacer de público conocimiento las normas emitidas, no es tan clara, por la infinidad de normatividad existente, y por las muy variadas modificaciones que se hacen. En el Derecho Tributario las normas parecen cambiar con reiterada frecuencia y la publicidad se muestra, por ello, como un principio urgente, pero a la vez muy difícil de apuntalar; por que la publicidad de las normas no significa sólo que estas normas salgan publicadas en el Diario Oficial el Peruano, por ejemplo, sino que puedan ser usadas como "medios de defensa y de actividad jurídica". Si las normas varían con demasiada frecuencia y en periodos muy cortos, es imposible que pueda haber cierta seguridad de usarlas como medios de defensa, e incluso como medios de trabajo. La multiplicidad de normas emitidas complica el asunto.

Cuando un texto normativo a pesar de haber sido publicada, no surte efectos en el uso y función que cumple esta norma publicada, entonces estamos frente a un

problema de publicidad normativa. Ya dijimos que la publicidad no significa que esté publicada, sino más bien se define por sus efectos; es decir, por las garantías que logra esta publicación. Por ejemplo, "cuando se publica edictos de los remates en el periódico de mayor circulación, el objetivo es cautelar los derechos de cualquier tercero que pudiera tener derecho sobre los bienes materia del remate. No es sólo que se de a conocer, sino que esté el conocimiento de la posibilidad de ejercitar un derecho"

En el derecho tributario el principio de publicidad tiene real importancia por la modalidad en que se organizan y norman las relaciones tributarias, puesto que este tipo de normatividad — en el Perú— generalmente no son propiamente normas jurídicas, pero cumplen la misma función. Así " ...en el Estado contemporáneo la Administración Publica (dentro de la cual se halla la Tributaria), funciona con determinados criterios de uniformización, que normalmente están contenidos en circulares y órdenes internas que no constituyen normas jurídicas formales pero que actúan como tales."[154] Y estas circulares y órdenes internas regulan fenómenos de orden general para todos los que realicen una determinada hipótesis de incidencia. Estas circulares u órdenes internas de la administración de materia tributaria, tratan de la determinación del contribuyente, de la afectación a la riqueza de los contribuyentes, por eso "...la publicidad como requisito de la tributación en su conjunto, exige que no haya secretos frente al contribuyente, y que toda disposición que afecte a esta materia (tenga o no la formalidad de norma jurídica), sea públicamente conocida."[155] No puede haber secretos por que afectaría a un derecho fundamental de la persona, el derecho a la propiedad privada, de donde se desprenden los demás derechos. La publicidad cumple la función de ser un mecanismo de garantía de los derechos; y sólo mediante él se hace legítima una norma. Una norma de no ser pública, no puede ser aún norma jurídica, menos legítima, resultando no tener validez.

154 13 Rubio co Marcial. Banales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 549.
155 Rubio Carca, Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Politica. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 549.

5.- PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD

En Derecho tributario no se trata de un acto voluntario, sino de una imposición. En la norma tributaria existe la determinación de una obligación (el deber es general para con la sociedad), que consiste en el acto del individuo de hacer entrega de parte de su patrimonio al Estado. La obligación comporta el establecimiento y sujeción a realizar un acto también determinado, la tributación. Obligación es nexo, vinculo, lazo que fuerza la voluntad individual.

Las disposiciones del Derecho Tributario son obligatorias no porque exista una relación entre dos sujetos que responden a la coincidencia de voluntades, sino por imposición y preeminencia de una de las voluntades: la voluntad del Estado, es decir, la voluntad colectiva que se impone sobre la voluntad individual.

José Osvaldo Casas parafrasea a Juan Bautista Alberti, quien escribe hablando del Tesoro Público: “En la formación del Tesoro puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hoyada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país”; concluyendo en lo estrictamente tributario: “No hay garantía de la Constitución, no hay uno de sus propósitos de progreso que no puedan ser atacados por la contribución exorbitante, desproporcionada o el impuesto mal colocado o mal recaudado.”

6.- PRINCIPIO DE CERTEZA

Tiene su base en la posibilidad de proyectarse en el futuro. Pedro Flores Polo, sin embargo, afirma que este principio viene de Adam Smith, “La certeza en la norma tributaria es un principio muy antiguo preconizado por Adam Smith en 1767, al

exponer las clásicas máximas sobre la tributación."[156]. Como sabemos Smith es conocido por su libro "La riqueza de las naciones".

Flores Polo enfatiza que: "Establecer el impuesto con certeza es obligar al legislador a que produzca leyes claras en su enunciado, claras al señalar el objeto de la imposición, el sujeto pasivo, el hecho imponible, el nacimiento de la obligación tributaria, la tasa, etc."[157] Por eso es imprescindible que "...no basta a la ley crear el tributo, sino establecer todos sus elementos esenciales."[158] Solo así podrá haber certeza.

7.- PRINCIPIO DE ECONOMÍA EN LA RECAUDACIÓN

Rubio y Bernales dicen que los constituyentes se referían a reducir la tributación a su finalidad de financiamiento[159]. El Derecho tributario regula pues los actos tributarios en referencia directa a la finalidad de financiamiento. Sin embargo, parece más bien que el principio presente se amplia por ser un control al exceso de determinación de tributos por parte del Estado. El Estado no puede imponer a diestra y siniestra cualquier tributo, basado en su potestad tributaria, sino que tiene que limitar este poder tributario a sus funciones específicas, es decir a la finalidad de la propia tributación fiscal: la de financiamiento. Este debería ser el límite, el financiamiento del Estado para los gastos propios de su función y existencia. Ir más allá de estos gastos sería incurrir en lo arbitrario, puesto que el Estado no puede afectar a la riqueza del patrimonio más que en la proporción de su necesidad de financiamiento para su existencia y cumplimiento de sus fines específicos.

---

156 Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tributario. Ediciones Justo Valenzuela V. E.!.R.L. Pp. 166.
157 Ibídem Pp. 166.
158 Rubio conca, Marcial. Bemales, Enrique. Constitución y Sociedad Política . Mesa Redonda Editores SA. Pp. 549.
159 Ibídem Pp. 550.

8.- PRINCIPIO DE IGUALDAD

La igualdad es un valor jurídico, que Regis Debray resume en la siguiente frase: "sin discriminación a priori". Este concepto no alude a la igualdad de los sujetos, no dice que los seres humanos son iguales, sino que deben ser tratados "sin discriminación a priori" por su desigualdad racial, sexual, social, etc. El concepto de igualdad se afianzó en la modernidad, con la Revolución Francesa y alocución a la Libertad, Igualdad y Fraternidad. Consistía, pues, en una estrategia contra la discriminación del régimen anterior, de la Monarquía; y contra los privilegios que, según Friedrich Hayek, tenían los conservadores del régimen anterior a la independencia. La igualdad, para Hayek, habría significado, entonces, sin privilegios a priori por la condición racial, social, sexual, etc.

Dentro del Derecho Tributario Luis Hernández Berenguel afirma que existen tres aspectos fundamentales en este principio: a) Imposibilidad de otorgar privilegios personales en materia tributaria: inexistencia de privilegios. Nadie puede pagar menos tributos por cuestiones raciales, sociales, sexuales, sino en relación directa con su condición económica. Aquí la igualdad está en determinar la condición económica y eludir o negar cualquier diferencia política; b) Generalidad y/o universalidad de los tributos. Por tal la norma tributaria debe aplicarse a todos los que realizan el hecho generador de la obligación. Otra vez la razón de la imputación tributaria es en la generación de la riqueza, en las rentas o en actos que tienen que ver con un factor económico; c) Uniformidad. La uniformidad supone que la norma tributaria debe estructurarse de forma tal que se grave según las distintas capacidades contributivas, lo que a su vez admite la posibilidad de aplicar el gravamen dividiendo a los contribuyentes en grupos o categorías según las distintas capacidades contributivas que posean y que se vean alcanzadas por el tributo.

La relación establecida debe ser entre capacidad contributiva y tributo. Para Marcial Rubio Correa este principio de la igualdad se define como: "la aplicación

de los impuestos sin privilegios, a todos aquellos que deben pagarlos, según se establezca en la ley".[160]

9.- PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD

Este límite a la potestad tributaria del Estado consiste en garantizar que éste último no tenga la posibilidad de atentar contra el derecho de propiedad. Se refiere este principio a que, por la vía tributaria, el Estado no puede violar la garantía de inviolabilidad de la propiedad establecida en la norma pertinente[161]. Porque si se viola esta propiedad se estaría confiscando, que es una figura especial; por eso Marcial Rubio escribe: "No confiscatoriedad, que significa que el Impuesto pagado sobre un bien no puede equivaler a todo el precio del bien, a una parte apreciable de su valor. Técnicamente hablando, confiscar es quitar la propiedad de un bien sin pagar un precio a cambio. Aquí, obviamente, se utiliza el término en sentido analógico, no estricto."[162]

No puede atentarse contra la posibilidad de vida del contribuyente, porque la propiedad es riqueza, pero esta riqueza tiene su referente en las posibilidades, o potenciamiento de la vida del ser humano. Cuando se tutela el patrimonio se tutela también la transferencia de esta, el valor del mismo. Algo es patrimonio, o riqueza, si tiene una carga de valor, si vale, si puede ser utilizado como instrumento de cambio. Y este instrumento, este valor, posibilita la vida del ser humano. El patrimonio está, pues, en conexión directa con la vida del ser humano, y de su superación. La riqueza no es sólo un lujo, sino una determinación de las posibilidades de vida. Determina incluso el desarrollo y tipo de vida del ser humano. La no confiscatoriedad, por ello, no resguarda simplemente al patrimonio, sino a la vida, a la posibilidad de vida. Por consiguiente no es estrictamente el patrimonio lo fundamental, porque este es sólo un instrumento de

---

[160] Rubio Correa, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Editorial DEScO. Pp. 98.
[161] Roblo Correa, Marcial. Bernates, Enrique. Constitución y Sociedad Po/Inca. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 550.
[162] Rubio Correa, Marcial. Para conocerla Constitución de 1993. Editorial DESCO. Pp. 98.

la posibilidad de vida del ser humano. No es el principio de no confiscatoriedad, una garantía al patrimonio, o riqueza, sino a la posibilidad de vida.

Luis Hernández Berenguel explica que "la confiscatoriedad desde el punto de vista cuantitativo no es propiamente un principio de la tributación, sino más bien una consecuencia de la inobservancia del principio de capacidad contributiva." Este principio puede definirse como una garantía contra el atentado a las posibilidades económicas del contribuyente. Es decir, cuando el tributo excede a las posibilidades económicas del contribuyente se produce un fenómeno confiscatorio -aclara Luis Hernández Berenguel.

10.- PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

Este principio redefine al ser humano como un sujeto económico, lo define por sus condiciones económicas y no sociales o culturales. No importa así la calidad intelectual, etc., sino la capacidad de generar rentas. El ser humano es medido por su potencia económica, por ser generador de riqueza, y esta es medida por su actividad, por sus rentas, etc. Esta medida sirve para lograr cierta conexión con la imposición tributaria. Por medio de la misma capacidad contributiva el sujeto de derecho, o persona — natural o jurídica— es afectado en relación directa con su condición económica, y con las características y elementos adheridos a este sujeto como generador de riqueza. Principio que se asocia con la desigualdad contributiva de la que habíamos tratado al referimos al principio tributario de igualdad. Así, "La capacidad tributaria o contributiva, (...) puede definirse, siguiendo a Jarach, como "la potencialidad de contribuir a los gastos públicos que el legislador atribuye al sujeto particular. Para nosotros es: la aptitud para pagar tributos, que reposa en el patrimonio o riqueza propia del contribuyente".[163]

[163] Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tributario peruano. Ediciones Justo Valenzuela y. E.I.R.L. Pp. 309.

11.- PRINCIPIO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Los derechos fundamentales de la persona tienen un reconocimiento internacional, y se disponen como dogmas o derechos universales que deben ser tutelados siempre por el Derecho. Hablar de Derechos Fundamentales es referirse a *fundamentos*: «fuerzas irresistibles y últimas» -según Bobbio—, que actúan como dogmas. Los derechos fundamentales son dogmas; así, la igualdad, la libertad, son derechos fundamentales porque no está en debate su validez. Lo que puede estar en duda es el margen de estos derechos, pero no los derechos. Este principio alude, pues, a la protección o tutela de los Derechos Fundamentales, frente a los tributos, o a la potestad tributaria del Estado, que por tal motivo, no puede agredir estos derechos fundamentales de la persona.

V.- FUENTES DEL DERECHO TRIBUTARIO

Según nuestra legislación son fuentes del Derecho Tributario: a) Las disposiciones constitucionales; b) Los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República; c) Las leyes tributarias y las normas de rango equivalente; d) Las leyes orgánicas o especiales que norman la creación de tributos regionales o municipales; e) Los decretos supremos y las normas reglamentarias; f) La jurisprudencia; g) Las resoluciones de carácter general emitidas por la Administración Tributaria; y, h) La doctrina jurídica.

VI.- TRIBUTOS:

El tributo es una imputación legal, mediante la cual se transforma ciertos hechos en deudas o créditos del Estado, que la persona —natural o jurídica— tiene el deber de cancelar.

En un concepto técnico Guillermo Cabanellas, en su diccionario jurídico, escribe que el "Tributo es un impuesto, contribución u otra obligación fiscal".[164] Concepto que nos deja en otro problema a resolver, saber qué es un impuesto, qué una contribución u otra obligación fiscal. Por lo pronto tenemos que encontrar aquello que los hace comunes, que los une, antes que sus diferencias, que son, como veremos, sólo de procedimiento. ¿Cuál pues sería este factor común?

Sabemos que los tributos son medios o instrumentos creados por el Estado para lograr una función principal: la recaudación. Pues bien, ese podría ser un elemento en común. Todos estos instrumentos fiscales son pues recaudatorios. Pero esta recaudación, por si sola, no tiene efectos o relevancia jurídica. No es pues sólo la recaudación, sino la recaudación que tiene carga y fuerza obligatoria. La recaudación tiene carga coactiva, y por lo tanto es obligatorio su cumplimiento.

Ya tenemos dos elementos: Se trata de "recaudaciones" que "tienen carga coactiva". Sin embargo el primer elemento, que sea una recaudación, enuncia sólo al acto que lo define, pero no define al acto como actividad jurídica exclusiva del Estado. La recaudación no puede crearse, luego, por cualquier persona sino por el Estado, ya sea en forma directa o por representación, pero siempre a cargo, o a titularidad del Estado. Tenemos, en consecuencia, otro elemento: que esta recaudación tenga como "titular al Estado". El cuarto elemento se desprende necesariamente de los anteriores: "el sujeto" a quien se le va a exigir entregue parte de su patrimonio al titular del Estado. Y aquí un fenómeno relevante: se trata de la afectación del patrimonio de la persona —natural o jurídica—. Es esta afectación lo que diferencia al resto de actos normativos de los actos normativos tributarios. Además los motivos de esta afectación al patrimonio determinarán el tipo de tributo.

---

[164] Guillermo cab describe al Tributo como un "Impuesto, contribución u otra obligación fiscal. / Gravamen, carga. / Servidumbre. / Obligación... ¡En decir popular, mujer de mancebía, prostituta.".

Como vemos, los tributos significan la afectación al patrimonio —o riqueza— del sujeto pasivo, por parte del sujeto activo —Estado—, y esta afectación se da por medio de la recaudación. La recaudación, es el acto que vincula, de hecho, al Estado (sujeto activo) con la persona —natural o jurídica (sujeto pasivo); pero este acto de vinculación real es sólo derecho, es sólo válido, si está contenida en una ley expresa; con lo que se pretende darle las garantias adheridas a toda ley: la de ser un medio que ha sufrido, para su existencia, de ciertos requisitos que lo hagan válido como tal, como ley; como por ejemplo, la necesidad pública, la seguridad jurídica, el bien común, el interés público, la justicia, es decir, que no haya sido dado arbitrariamente, etc., sino como exigencia ineludible de organización social.

Otro factor de los tributos es el de ratificación de la soberanía del Estado, poder sobre una determinada sociedad, dentro de ciertos límites territoriales. Esta soberanía produce un acto de subordinación de la persona (sujeto pasivo) al Estado. Como dijimos, es una relación política más que jurídica, porque se trata de una relación de poder (de afectar y ser afectado) que legitima el derecho porque lo instaura como institución; le da validez y efectividad, por su estructura orgánica.

1.- EL TRIBUTO COMO COSTO SOCIAL

El fundamento del porqué tributamos resulta de un fenómeno social, que tiene carácter económico, y se resuelve en última instancia como jurídico. Este fenómeno, pagar tributos, se produce por el hecho de que nosotros, como individuos integrados dentro de la sociedad, generamos un costo. Nuestra vida, nuestra vida en sociedad, genera un costo a esa sociedad. Eso indica que el simple hecho de vivir es ya costoso, costoso al resto. Gandhi explicaba esto en más o menos estas palabras: “Quien no trabaja está robando a la sociedad”, porque la existencia en comunidad requiere organización y ésta toda una maquinaria que lo provoque; por eso hemos sido agrupados dentro de un ente artificial llamado

Estado, ente que cobra fuerza material y deja de ser ficción cuando aplica su fuerza coactiva, cuando ejerce la potestad de cobramos por nuestra pertenencia a esa sociedad llamada Estado. A este cobro, transformado en pago, se le denomina tributo. Fenómeno económico (traslación de la riqueza de la persona — natural o jurídica— al Estado) y jurídico (porque implica subordinación al Estado).

El Derecho Tributario en la modernidad aparece como la imposición de una condición para la existencia del tributo: que el tributo no sea ya una decisión arbitraria del monarca, del señor feudal, o rey, etc., sino un acto generado en el pacto social, que incluye como fundamento esencial el interés social, el interés común, el interés público. Sólo puede haber tributos si existe un interés social que lo justifique. Y este interés social genera un costo. Así el primer costo que existe es el de organizarnos, el de establecer los márgenes de nuestro movimiento dentro de la sociedad, porque este (nuestro hacer o no hacer social) tiene efectos sociales que requieren también de cierta organización, para que no altere la vida en común. Son, pues, los costos que produce vivir en sociedad lo que le da legitimidad al Estado para convertirse en recaudador; y es la necesidad de regular estas relaciones nacidas de este fenómeno de recaudación lo que produce al Derecho Tributario. Si bien el hecho generador de la tributación está justificado en los costos sociales, el Derecho Tributario es más bien regulación de los hechos producto de esta acción recaudadora.

2.- EL TRIBUTO COMO MÉTODO DE SUBORDINACIÓN AL ORDENAMIENTO JURIDICO

El concepto económico del tributo consiste en la recaudación de riqueza (el tributo sería así la entrega de dinero al Estado). No obstante — como dijimos— el tributo se convierte en juridico cuando el objetivo del mismo no está ya en recaudar riqueza, sino en reafirmar el poderío y soberanía del Estado. Por eso, en el Derecho Moderno el tributo no es ya el dinero, sino un método de subordinación, una medida del grado de subordinación de los ciudadanos al orden

jurídico, y digo al orden jurídico y no al Estado porque se trata de subordinación a una entidad social y jurídica; a una entidad que existe por el bien de todos, para posibilitar la existencia de todos. Eso significa que la tributación se encuentra subordinada al interés colectivo, al bien común, y éste es representado por el ordenamiento jurídico, porque el mismo es creado por un órgano o poder representativo de la voluntad social (El Poder Legislativo).

3.- EL TRIBUTO COMO PRECIO DEL COMPROMISO Y DEL EQUILIBRIO DEL ESTADO

Cualquier concepto técnico del tributo no deja entrever otros elementos o factores que remodelan los efectos o condiciones del tributo, como por ejemplo, que este tributo sea el precio del compromiso y equilibrio del Estado. El Estado se compromete a darnos ciertos servicios, y también organiza su existencia, dando estabilidad y buscando el equilibrio del mismo Estado. La tributación, además, permite que la economía del Estado logre cierto equilibrio social; así el Estado se propone como un medio de redistribución de la riqueza.

La forma de recaudación de recursos llamada tributación, que el Estado ha monopolizado, creado y generado, es sólo — dicen algunos— para lograr atender el gasto público. Es decir, aquellos servicios que el Estado tiene que prestar porque la propia sociedad no podría hacerlo, o porque si la asume cada ciudadano el costo sería inmenso, impagable. Así el Estado realiza ciertos servicios que se etiquetan como “gasto público”, y que se justifican en la necesidad social; que pretenden lograr el equilibrio de la propia sociedad.

Como el mayor sistema de obtención de recursos del Estado es la recaudación tributaria, esta se establece como una respuesta a la necesidad de generar riqueza, es decir que se grava con tributos por la falta de riqueza. En consecuencia el Derecho Tributario es una respuesta a la falta de riqueza social.

Por último, podemos definir al tributo como la creación de una deuda con el Estado. Su origen está en la propia existencia y supervivencia del Estado. Por lo cual el Estado tiene el poder de "generar una deuda" en la persona que vive u opera dentro de sus limites (territorio, pueblo y soberanía), y a esta deuda o crédito le llama tributos, creados a su vez por un "vínculo jurídico", llamado ley. La justificación teórica de los tributos está en la satisfacción de las necesidades colectivas y es este fundamento (lo colectivo) lo que le da legitimidad al poder coactivo del Estado para hacerlas cumplir, para que el crédito se ejecute o cobre. Lo curioso es que el crédito no se genera en una prestación sino en un hecho que el Derecho considera materia de imposición tributaria (hecho imponible).

Entregar dinero al Estado es en esencia el Tributo; aclaramos que no es el dinero sino el mandato lo que determina al tributo como una norma jurídica. El Tributo sólo será norma jurídica si existe la posibilidad, en caso de incumplimiento, de poder ser ejecutado el cobro, a través del poder coactivo del Estado. En sentido técnico el tributo no es más que "la entrega de dinero al Estado, dispuesto por ley"; una traslación de la riqueza particular y privada a la riqueza pública (hacienda pública, tesoro público). La ley crea pues el tributo; así, "De la misma forma que la ley nos atribuye la propiedad de nuestra casa, de nuestra ropa y de otros bienes (habidos por títulos jurídicos diversos), atribuye al Estado un crédito sobre una parte de nuestra riqueza (parte ésta que, a partir de esta atribución, constituye nuestro débito), como atribuye al Estado otras cosas además de nuestra riqueza: bienes naturales, poderes, competencias, derechos y el fruto de su propia actividad o patrimonio."[165]

4.- CONCEPTO DEL TRIBUTO

Pedro Flores Polo parafraseando a Dino Jarach escribe: " El tributo es una prestación pecuniaria coactiva de un sujeto (contribuyente) al Estado u otra

[165] Ataliba, Geraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Editorial del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Pp. 30.

entidad pública que tenga derecho a ingresarlo".[166]

Si interpretamos a Jarach podríamos deducir que el tributo como prestación es diferente, por ejemplo, de una donación. No es un acto desinteresado, sino al contrario; porque al ser una prestación hay una invocación a la contraprestación. Sólo hay prestación cuando existe o debe existir en correspondencia una contraprestación. Se trata de un préstamo, o un pago por un servicio público. Pero, a diferencia de una prestación civil, ésta no se da o constituye como producto de la voluntad de las partes. La persona que hace la prestación (contribuyente, sujeto pasivo) no la realiza por propia voluntad; es más, si pudiera evitarlo lo haría, pero se ve impelido por la fuerza coactiva del Estado a hacer esta prestación; y como es contra su voluntad tiene que haber, para acallar esta disconformidad, razones de esta tributación. Así el Estado alega que es el interés social. Y como este interés social no puede ser simplemente un concepto, se realiza una especie de contrato mediante el cual el Estado, por efecto de esta recaudación, se compromete a devolver la contraprestación —dar a cambio del tributo recaudado— en servicios y beneficios públicos.

El concepto de Jarach es importante desde este enfoque porque permite distinguir y diferenciar un hecho civil cualquiera de un hecho tributario, y por consiguiente el Derecho Tributario del Derecho Civil. Pero como aclara Pedro Flores Polo, el concepto de Dino Jarach ha sido superado por los hechos, puesto que materia de prestación no es ya sólo el dinero, lo pecuniario, sino pueden ser también otros instrumentos que sirven o cumplen igual función. Jarach lo que quiso fue describir y definir el acto mediante el cual un individuo (contribuyente) hace traslación de parte de sus bienes o patrimonio al Estado (ente recaudador).

La consabida definición de Jarach: "Prestación pecuniaria coactiva resulta superada en el Perú, por que no todas las prestaciones tributarias son en dinero;

[166] Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 256.

ahora es posible pagar tributos en especie (petróleo, por ejemplo, si nos remitimos a los contratos petroleros celebrados por el Gobierno Peruano con inversionistas extranjeros, donde una parte del precio se paga en petróleo crudo); también es posible pagar en especie valorada (letras, pagarés) que no son dinero propiamente dicho, porque no son de efectivo e inmediato desembolso, ya que están sujetos a la eventualidad del rechazo por falta de fondos o el protesto por falta de pago. Prestación en dinero o en especie, diremos nosotros."[167] Como vemos la evolución humana a superado el concepto de Jarach, pero no el fenómeno descrito (traslación de la riqueza). Así, ha habido ampliación en los términos que se utilizan para ejecutar el acto de entrega y recaudación, pero aún se mantienen los fines últimos de estos actos: subordinación al Estado implícito en estas acciones.

Raúl Barrios Orbegozo, parafraseando a Dino Jarach escribe: "Este tributo, que según Dino Jarach es la prestacón pecuniaria coactiva de un sujeto (contribuyente) al Estado u otra entidad pública que tenga derecho a ingresarlo, tiene una serie de calidades que lo individualizan y le dan un carácter propio."[168] Y por la misma línea que Pedro Flores Polo, Barrios Orbegozo piensa que la esencia del Tributo no está en la prestación pecuniaria, sino en el vinculo que origina la prestación, la relación jurídica generada a partir de este acto (la tributación) entre la persona —natural o jurídica— y el Estado. "Este vínculo es una relación jurídica porque está contenida en ella —según la concepción de Bobbio— un derecho y un deber inseparables. Dada, pues, una relación jurídica, se predican a los sujetos de esa relación".

Barrios Orbegozo aclara: "el tributo no es una prestación pecuniaria, sino el vínculo que origina esta prestación, la que a su vez viene a ser simplemente el objeto de este vinculo. El vinculo que nosotros llamamos tributo es un vínculo sui géneris entre los miembros del Estado y el Estado mismo, y que origina para una de las partes (el Estado), el derecho de percibir una prestación pecuniaria, y para

[167] Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 257.
[168] Raúl Banjos Orbegozo. Derecho Tributario. Editorial Cultura Cusco. Pp. 13.

la otra, el deber de proporcionársela."[169] Sin embargo la aclaración que hace Barrios es sólo descriptiva puesto que deja de lado el fundamento de este vínculo. Sólo describe el hecho como un vínculo y quiénes están en este vínculo, pero no el porqué de todo esto. El concepto es sólo técnico, no explica las razones de su existencia, sino que se define simplemente como instrumento a utilizar.

El tributo crea este vínculo, y es a través del Derecho — como vínculo— que se relaciona y obliga a ambas partes a cumplir su papel, pero, como una soga que ata dos extremos, el tributo no es sólo aquel instrumento que vincula sino mucho más; el vínculo es la parte técnica; el fondo está en lo que produce este vínculo: subordinación, y/o legitima la subordinación de una persona al Estado. Así, el acto (entrega o prestación al Estado —por parte del contribuyente—) no es lo importante en si, sino la voluntad doblegada, voluntad ajustada. Así lo que se hace con el tributo es ajustar la voluntad particular a la voluntad general, representada por el Estado; y este ajuste es a pesar de las resistencias mentales. La voluntad particular ha de transformarse, pues, en simple aceptación, y esta en acción (tributar).

Por último, Geraldo Ataliba define al tributo de la siguiente manera: "Jurídicamente se define al tributo como obligación jurídica pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por la voluntad de la ley." [170]

5.- ELEMENTOS DEL TRIBUTO

A) Elementos del tributo según Geraldo Ataliba

El concepto de Tributo que da Ataliba es más completo y encierra en él una serie de elementos que luego explicados revelan el patrón básico del fenómeno

[169] 28 Raúl Barrios Orbegozo. Derecho Tributario. Editorial Cultura cusco. Pp. 13, 14.

[170] Ataliba, Ocraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto pemano de Derecho Tributario. Pp. 37.

tributario. Así enumeraremos y explicaremos los elementos en los cuales descompone — este autor— su definición de Tributo:

"**1) Obligación.** Ataliba propone el fenómeno tributario como una obligación. Pero ¿qué es una obligación en derecho? Una visión etimológica del término nos llevarla inmediatamente a la idea de la obligación como sujeción, sometimiento, ligamen, atadura de algo que limita a la persona sujeta a ella.".[171] Sin embargo, es una expresión en latín, de las Institutas, quien nos define mejor a la obligación, para explicar ésta dentro del Derecho Tributario; así, escribe Raúl Ferrero Costa, obligatio est iuris vinculm quo necessitate adstriguimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iure[172] que significa: "La obligación es el vinculo de derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad" . La obligación es la creación de ese vínculo de derecho para sujetamos a ciertas conductas: "pagar alguna cosa según las leyes de la ciudad". Tener una obligación es quedar sujeto, y esto supone límites a nuestra conducta, condiciones en nuestra conducta de acumulación y propiedad de riqueza. Este vínculo genera derechos recíprocos; por eso según Larenz — parafraseado por Raúl Ferrero Costa—, la obligación es una "relación jurídica". La fuerza de este concepto está en que mediante ella se adquiere "el derecho a exigir determinadas prestaciones". Dado el vínculo, la relación jurídica, el efecto consiste en haber transformado una prestación (dar algo —parte de nuestro patrimonio) en un derecho. El contribuyente, por este acto, tiene el derecho a exigir se le otorguen ciertos servicios públicos.

Geraldo Ataliba escribe que "la obligación —como elemento del concepto del tributo— es un vínculo jurídico transitorio, de cuño económico, que atribuye al sujeto activo el derecho de exigir del pasivo determinado comportamiento, y que

---

[171] Ferrero costa. Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Editorial Cultural C Pp. 23,24.

[172] Frase impresa en las Institutas de Justiniano (III, tit., 14) Según Perrero costa. / Ferrero costa, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Editorial Cultural Cuzco. Pp. 23,24.

pone a éste en la contingencia de practicarlo, en beneficio del sujeto activo."[173]. El vínculo como se aprecia, es distinto en el tributo que en cualquier otra relación, porque se trata de una relación, de un vínculo que establece un ligamen del sujeto pasivo al sujeto activo, con el fin de que el primero cumpla con determinado comportamiento en beneficio del sujeto activo, que en este caso es el Estado.

2) Pecuniaría. Esta obligación tributaria es pecuniaria, tiene como objeto el patrimonio, no necesariamente el dinero, sino la riqueza del sujeto pasivo. Así Ataliba escribe: "circunscríbese, por este adjetivo, el objeto de la obligación tributaria: para que se caracterice como tal, actualmente, es necesario que su objeto sea comportamiento del sujeto pasivo consistente en entregar dinero al sujeto activo."[174]. Como volvemos a repetir, ya no es una entrega de dinero, sino de riqueza, de parte de la riqueza del sujeto, o persona natural jurídica, al Estado, que es el sujeto activo. Se trata de aquello que representa un valor de cambio, y que pueda ser apreciado como medida de riqueza. Recordemos que antaño incluso el ganado era considerado como objeto de riqueza. El Pecus, por ejemplo, de donde deriva el concepto de peculado, era el ganado público. Como dijimos anteriormente, no se define este elemento como dinero, sino como aquel valor o medio de cambio que pueda constituir una medida de valor, una medida de la riqueza.

3) Ex Jege. Para que algo sea tributo es necesario e imprescindible que sea concebido dentro de una ley, por eso "la obligación tributaria nace de la voluntad de la ley, mediante el acaecimiento de un hecho (hecho imponible) descrito en ella. No nace, como las obligaciones voluntarias (ex voluntate), de la voluntad de las partes; puesto que ésta última es irrelevante para determinar el nacimiento de este vinculo obligacional."[175] El tributo deberá seguir los mecanismos necesarios para que sea proclamada como ley. Esto permite conseguir estabilidad y seguridad jurídica, frente a posibles abusos arbitrarios de los gobernantes; puesto que una

[173] Ataliba, Geraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto pemano de Derecho Tributario. Pp. 37.
[174] Ibídem Pp. 37.
[175] Ibídem Pp. 37,38.

ley no es norma sencilla de crear, sino que tiene que formularse mediante un mecanismo especial, después del cual recién puede ser ley. El principio que explica este elemento es el de legalidad o reserva de la ley.

4) Que no constituye sanción de acto ilícito. Ataliba aclara que no es lo mismo un tributo que una multa, por ejemplo. Un tributo no es nunca un acto ilícito, no es producto de una sanción por acto ilícito, sino una disposición normativa, que tiene su origen en la necesidad pública, etc. Por eso Ataliba, para hacer claro el fenómeno tributario diferencia al tributo de otros tipos de actos, como la multa, por ejemplo, que no es tributo, sino un efecto de un ilícito; porque "La multa se reconoce por caracterizarse como sanción por acto ilícito"[176]. Y el tributo no es el resultado de una irresponsabilidad, sino de una necesidad pública.

5) El sujeto activo es una persona pública. El sujeto activo tiene que ser una persona pública, porque esta representa al Estado, y porque su existencia depende del interés público que nace de la necesidad pública. Aún así Ataliba escribe que "excepcionalmente pueden ser los sujetos activos una persona privada siempre y cuando tengan finalidad de interés público".

6) El sujeto pasivo es una persona puesta en esta situación por la ley. Ataliba arguye aquí la existencia de un sujeto pasivo, puesta en esta condición por la ley, cuando realiza un tipo de hecho imponible. "La ley sólo establece una incidencia de hipótesis tributaria, y el sujeto pasivo realiza el hecho imponible. Las personas pasivas son aquellas personas — naturales o jurídicas—, así la ley designa el sujeto pasivo. Generalmente son las personas privadas las colocadas en la posición de sujeto pasivo. Tratándose de impuestos, las personas públicas no pueden ser sujeto pasivo, debido al principio constitucional de la inmunidad tributaria. Pero en lo que se refiere a los tributos vinculados, nada impide que también las personas públicas sean contribuyentes de ellos."[177]

---

[176] Ibídem Pp. 38.
[177] Ibídem Pp. 38

B) ELEMENTOS DEL TRIBUTO SEGÚN RUBIO Y BERNALES

Para Marcial Rubio y Enrique Bernales los elementos del tributo son:

1) Hecho Imponible. "Es el hecho, materia, situación, beneficio económico, patrimonio, etc., sobre el cual recae el impuesto."[178]. Este hecho es la base de la imputación tributaria. De este hecho se derivan efectos jurídicos, independientes de la voluntad de los obligados — afirma Ataliba—. No hay obligación tributaria sólo por ley, sino es necesario un hecho imponible, un vínculo de la persona con este hecho imponible: una relación jurídico—tributaria; un fenómeno que tenga su origen en los gastos sociales. "Lo que grava el Derecho Tributario, a través del hecho imponible, es la riqueza y/o su circulación. Por lo mismo, el hecho imponible es aquel que es materia del impuesto; es diferente el hecho imponible «renta», del hecho imponible «riqueza»"[179], aclara Rubio. El hecho imponible no responde al acto o hecho en si, sino que deriva de aquel acto económico que se exterioriza como circulación de la riqueza; por eso el hecho imponible es un hecho jurigeno y no un acto jurídico. Su concreción no está en el mismo hecho, sino en los efectos de este hecho — nos dice Ataliba. "El Hecho imponible es, como se ha visto, aquel hecho concreto del mundo fenoménico que es calificado por el derecho como apto para determinar el nacimiento de la obligación tributaria — hecho jurigeno, por lo tanto. Esta calificación proviene de la ley."[180]

2) Sujeto pasivo. Es el contribuyente, en el que recae la obligación de hacer el pago, o la prestación, "Es la persona natural o jurídica que queda obligada al pago

---

[178] Rubio co Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 540.

[179] "Sí yo digo, por ejemplo. " impuesto sobre la riqueza", es distinto que si digo "impuestos sobre la renta". En el primer caso estaré gravando todos los bienes de la persona, tanto los que gane durante un año determinado, como los que ya tenía al empezar dicho año. Si digo "impuesto a la renta", sólo gravaré los ingresos o rentas que esa persona tuvo durante el año, pero no los bienes que había acumulado anteriormente/ Rubio co Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 540.

[180] Ataliba, Ocraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 84

de! tributo."[181]. Este sujeto está determinado por ley. "Es sumamente importante determinar quién es el sujeto pasivo, porque este es el que efectuará el pago del tributo. Por ejemplo en el campo laboral, el empleador paga el tributo para el seguro social, esta es además una contribución. Aquí el sujeto pasivo es el empleador y no el trabajador".

3) Los criterios de atribución del hecho imponible a una persona determinada[182]. Rubio explica que por medio de esta se determina el hecho imponible al sujeto pasivo, como por ejemplo en el impuesto a la renta, cuándo se percibió la renta o estuvo a disposición. Hay que aclarar también que un hecho imponible es diferente a la ley que determina este hecho, y a la cual Ataliba denomina hipótesis de incidencia tributaria. Así, la ley describe el hecho imponible pero no es el hecho imponible sino hipótesis. Quien propone los criterios es la Ley.

4) Los criterios de vinculación entre el contribuyente y el sujeto activo. Rubio explica: "Por ejemplo, el impuesto al patrimonio predial podría aplicarse 'a los peruanos' o 'a los bienes inmuebles que están dentro del territorio de la República'. En el primer caso, cada peruano, tendría que pagar impuesto por todos los predios de que sea propietario, estén en el Perú o fuera, en tanto que un extranjero que tiene predios en el Perú no pagaría el impuesto. En el segundo caso, los peruanos y extranjeros pagan el impuesto indistintamente pero sólo los predios de que sean propietarios en el Perú".[183]. Esta es la determinación de la relación o el vínculo que origina el tributo y hacia quienes está orientado. Relación entre sujeto activo, sujeto pasivo y nexo u obligación tributaria a través del hecho imponible.

---

[181] Rubio y Bernales dicen: "Si el hecho imponible fuera la situación de un trabajo que cobre una remuneración (sueldo o salario): el impuesto resultante puede pagarlo el empleador o trabajador. Determinar cuál de ellos es, resulta fundamental para la aplicación del tributo". / Rubio co Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 540.

[182] Rubio co Marcial. Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 540.

[183] Ibídem Pp. 540.

5) La magnitud del tributo: Se refiere al monto a pagar sobre la materia imponible — dice Rubio. Hay que aclarar sin embargo, si la materia imponible es igual que el hecho imponible.

6) Las exenciones y las exoneraciones: Que son los actos mediante los cuales el contribuyente puede verse librado del pago de los tributos.

6.- CLASIFICACIÓN DE LOS TRIBUTOS

La doctrina ha clasificado los Tributos de diversas formas, pero la clásica, la más aceptada, es la que integra tres conceptos dentro de los tributos: impuestos, tasas y contribuciones.

A) IMPUESTOS:

Los impuestos han sido definidos explícitamente por Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales de la siguiente manera: "El impuesto es el tributo general; se impone sobre determinados hechos, actividades, patrimonios, rentas, etc., y su recaudación está destinada a la caja fiscal o, eventualmente, a sufragar los gastos generales de determinados organismos del Estado (por ejemplo las Municipalidades,...)"[184]. La generalidad del tributo consiste en que no se da para una persona específica, sino para un tipo de persona que está dentro de una categoría general, es decir, se toma en cuenta a la persona como género, y no como especie, en su condición económica. Esto permite que exista límites a la acción del Estado. Una norma no puede ir en contra o a favor de un individuo, sino como normatividad de la conducta de la persona, como representación o ente ideal de imputación de derechos y deberes. El tributo es a la actividad, renta, patrimonio de la persona, y no a su cualidad de individuo. El ser humano, para efectos tributarios, es tomado como objeto, y su afectación, la afectación a su

[184] Ibídem Pp. 539.

patrimonio, está también concebida por generalización, olvidando su individualidad y trabajando con él como objeto, como generalidad, "Por eso el impuesto es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa del contribuyente por parte de Estado".

El que el impuesto se impone sobre hechos, actividades, patrimonio, rentas, etc., sirve para excluirlo o diferenciarlo de los demás tributos, de los tributos por los servicios específicos, por ejemplo. Además, el fin y objetivo de los impuestos, de la recaudación coincide en el acto y destino de estos tributos a la caja fiscal, como fondos para gastos colectivos, generales. Recordemos que las proyecciones de la recaudación fiscal es de orden general, de su función para atender las necesidades generales, colectivas, y no especificas, de la organización social, del Estado. Por lo mismo puede decirse que se constituye como un mandato por el cual el ciudadano tiene que pagar, pero con una peculiaridad, el tributante no sabe exactamente hacia qué obras específicas va este dinero entregado al Estado como tributo. Sólo sabe que es para gastos generales, públicos, colectivos. La dirección del impuesto es determinado por el Estado según su organización interna, que consiste, algunas veces, en una redistribución del capital adquirido mediante los impuestos. ¿Cómo se distribuye es un fenómeno que por lo general queda opacado por la complejidad de los hechos sociales, colectivos. Puesto que "..es impuesto el tributo que sirve para financiar servicios que redundan en beneficio de toda la colectividad sin poderse determinar en qué proporción benefician a cada uno."[185]

a) CLASIFICACIÓN DE LOS IMPUESTOS

Se ha clasificado a los impuestos en Directos e Indirectos.

1) Impuestos Directos: Rubio y Bernales definen a estos de la siguiente manera: "Impuestos directos son aquellos que gravan las ganancias (incluidas las rentas), el patrimonio y la riqueza que tienen el sujeto pasivo o contribuyente. Por su

[185] Banjos Orbegozo, Raúl. Derecho Tributario. culwml Cuzco SA. Editores. Pp. 15.

propia forma de aplicación, tienden a gravar más a quienes más capacidad para pagar impuestos (capacidad contributiva) tienen".[186] "La idea general de este tipo de impuestos es que existe una relación comprobable de la capacidad contributiva, por la actividad del contribuyente y por la declaración de su riqueza. Por eso se puede entender al Impuesto a la Renta como un impuesto directo. El tratamiento tributario del mismo consiste en que mientras el contribuyente gane más, percibe más rentas y por lo tanto tiene que pagar más al fisco" — explican Rubio y Bernales. Pero si bien la explicación es directamente proporcional a los ingresos, rentas, riqueza del contribuyente, se olvida justificar el porqué de esto, puesto que decir que esta se da sólo por la mayor percepción de la riqueza no basta para justificar este tributo. La explicación podría estar en otro lugar, por ejemplo, en el hecho de que quien tiene más tiene a la vez más que perder si no hay seguridad jurídica, o si hay un robo, etc.; él pues debe garantizar más que sus bienes sean protegidos a través de sus tributos. La afectación mayor de acuerdo a la capacidad contributiva estaría ya no en esta capacidad, sino en el mayor esfuerzo del Estado de resguardar y asegurar el patrimonio y riqueza del contribuyente.

2) Impuestos Indirectos: Los "Impuestos indirectos son aquellos que recaen sobre hechos, actividades u otras materias que no permiten distinguir la capacidad que el contribuyente tiene para pagarlos y que, por lo tanto, inciden indistintamente en quien tiene y quién no tiene capacidad contributiva."[187] Por ejemplo, en la simple compra de unos libros, o de unos pantalones, o de un pasaje de bus, etc., se tiene que pagar un precio ya determinado, "no importa si otro puede o no pagar, o si pueden pagar más que yo". Este impuesto es pues indirecto por que olvida, a propósito, la capacidad contributiva de la persona; es un "Impuesto Ciego" —dicen Rubio y Bernales. Su fundamento está en la necesidad de cumplir con ciertos servicios colectivos de carácter nacional, y por el uso y mantenimiento de estos servicios públicos.

---

[186] Rubio conca. Marcial. Bemales. Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 539.

[187] Ibídem Pp. 539.

B) TASAS

Las tasas son un tipo diferente de tributos, que tienen su contenido en la relación que presentan al constituirse; así la contraprestación por el pago que se hace con la tasa es directa —al menos en teoría— porque se sabe a donde van estos tributos. En un concepto técnico, dado por Rubio y Bernales, se explica que, "Las tasas son tributos que, propiamente hablando, constituyen un valor que pagan las personas, a cambio de determinados servicios públicos que toman para sí; tal el caso de las tasas que pagamos por el envío de una carta al servicio de Correos".[188] Así mismo otro concepto lo enuncia como "…el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por parte del Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente" . Eso significa que el Estado, en base a ese tributo, se compromete a dar un servicio público individualizado en el contribuyente.

Por lo pronto ha de advertirse que "Si el concepto de tasa, (...) no fuera fielmente acatado por los legisladores y tribunales, se arruinaría el sistema de separación de ingresos que el constituyente delineó con el propósito de asegurar la autonomía de los Estados y Municipios y también para garantizar a los individuos contra las bitributaciones que complican la vida de los contribuyentes[189], es decir, contra los tributos impuestos por partida doble, o triple; lo que en la doctrina se denomina doble o triple imposición. Por conclusión "Si (...) hay un servicio público que por su naturaleza se traduce en prestaciones que benefician a una persona que solicita el servicio y el ingreso que lo financia proviene de esta misma persona, el tributo es una tasa".[190] La relación entre servicio y tributo (tasa) es perfectamente directa, y los destinos del tributo están ya determinados en la tasa. Dentro de los tipos de tasas tenemos a los arbitrios, derechos y licencias.

---

[188] Ibídem Pp. 539.

[189] Parafrasea Ataliba a Aliomar Beleeiro, Directo Tributario Brasileiro. / Ataliba, Ocraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 84

[190] Barrios Orbegozo, Raúl. *Derecho Tributario*. Editorial Cultural Cuzco S.A. pp.15.

Ataíiba escribe que "En la tasa, el hecho generador tiene que ser un suceso relacionado con la utilización, provocación, o disposición de servicio o actividad del Estado: invocación de funcionamiento de justicia,..."[191] Y parafraseando a Héctor Villegas "..., la noción de tasa que propugnamos conceptúa que su hecho generador es la actividad que el Estado cumple y que está vinculada con el obligado al pago. La actuación estatal vinculante es quizá el elemento caracterizador más importante para saber si al enfrentarnos con determinado tributo estamos realmente ante una tasa."[192]

C) CONTRIBUCIONES

Por último tenemos dentro de los tributos a las contribuciones, que son de carácter específico. Así, "Las contribuciones son tributos específicos sobre determinados hechos, a fin de financiar actividades o servicios del Estado o de organismos de carácter público. Tal el caso de las contribuciones al Seguro Social, a la Caja de Pensiones, etc."[193] Este tributo se deriva de ciertas necesidades públicas, y de la satisfacción de las mismas; "Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales". Se diferencia de los impuestos por que se hallan definidos las áreas u obras en las que se va a emplear los tributos recaudados, y por determinar también el grupo social al cual va a satisfacer sus necesidades sociales; así "Si además de financiar un servicio general para la colectividad, el ingreso representa una especial utilidad para un determinado grupo de personas, se trata de una contribución, que por lo tanto es proporcionada por los especialmente beneficiados".[194] El problema es que, aunque está determinado el ámbito de aplicación y el grupo social, no hay los sistemas de control y fiscalización adecuados o eficaces que determinen el uso correcto y específico de estos tributos.

---

[191] Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 187.
[192] Parafrasea a Héctor Villegas. Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 150.
[193] Rubio Correa, Marcial. Bernales, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores SA. Pp. 539.
[194] Barrios Orbegozo, Raúl. *Derecho Tributario*. Editorial Cultural Cuzco S.A. pp.15.

Por lo que han sucedido abusos excesivos del poder de administración y gestión de estos, y por razón del mismo no se han logrado los objetivos del tributo llamado contribución.

VII.- NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La obligación tributaria nace cuando sucede el hecho imponible; cuando la hipótesis de incidencia de la norma tributaria se realiza. Aclaramos que — según Ataliba— *hecho imponible* e *hipótesis de incidencia* son dos cosas distintas. La hipótesis de incidencia tributaria es la ley que describe un hecho, pero el hecho realizado no es la ley, sino sólo un hecho imponible, un hecho que tiene como efecto ser materia de imposición tributaria. La obligación tributaria escrita en la ley, en la hipótesis de incidencia tributaria, nace recién cuando ocurre el hecho descrito por la ley, "El vínculo obligacional que corresponde al concepto de tributo nace, por fuerza de la ley, de la ocurrencia del hecho imponible".[195] Este hecho imponible tiene su origen en la ley, por eso "La configuración del hecho (aspecto material), su conexión con alguien (aspecto formal), su localización (aspecto espacial) y su consumación en un momento fáctico determinado (aspecto temporal), reunidos unitariamente determinan inexorablemente el efecto jurídico deseado por la Iey, creación de una obligación jurídica concreta, a cargo de determinada persona, en un preciso momento."[196] Asi la deuda tributaria nace cuando se produce la situación de hecho, la misma que esta determinada en la ley.

Se ha definido a la obligación tributaria como el "… vínculo jurídico originado por el tributo, cuya fuente es la ley, y que constituye el nexo entre el Estado, el acreedor tributario y el deudor tributario, responsable o contribuyente. Es una obligación de naturaleza legal de derecho público y exigible coactivamente".[197] Hay que distinguir el nacimiento del tributo del nacimiento de la obligación

---

[195] Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 79.
[196] Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 79.
[197] Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 278.

tributaria. Así podemos decir que el tributo nace con la ley, pero la obligación tributaria nace con la realización del hecho imponible.

VIII.- SUJETOS DE LA RELACIÓN JURIDICA TRIBUTARIA

Los sujetos tributarios son dos, el Sujeto Activo (El Estado) y el Sujeto Pasivo (el deudor tributario). El sujeto activo o acreedor tributario puede definirse a nivel nacional, nivel regional o nivel local. En el nivel nacional es el gobierno nacional, a través de la SUNAT y las otras entidades parafiscales como ESSALUD, SENATI Y SENCICO. A nivel regional el sujeto activo es el Gobierno Regional. A nivel local es el Gobierno Local a través de los municipios provinciales y los municipios distritales. El Sujeto Pasivo o Deudor Tributario son los sujetos de derecho (el contribuyente), y los sujetos de hecho (el responsable).[198]

IX.- EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La extinción de la obligación tributaria según nuestro ordenamiento jurídico se da por: pago, compensación, condonación, consolidación, resolución de la administración tributaria, prescripción.

X.- PROCESOS TRIBUTARIOS

Como hemos visto el Derecho Tributario es un sistema normativo de regulación de las conductas nacidas del acto de tributar. Es un sistema normativo que regula las relaciones entre el sujeto activo (Estado. Acreedor tributario) y el sujeto pasivo (persona natural o jurídica. Deudor tributario). El Derecho Tributario regula la potestad tributaria del Estado, su facultad para crear, administrar, fiscalizar y exonerar tributos. Estas operaciones o relaciones nacidas de la tributación, por ley, pueden crear conflictos. "Por eso, el procedimiento tributario es el conjunto de

[198] Clasificación descrita, en un esquema gráfico, por Adolfo Valencia Gutiérrez, y que nosotros utilizaremos por cuestión didáctica.

normas que resuelven los conflictos entre el sujeto activo (la Administración Tributaria en sus diferentes niveles), y el sujeto pasivo (contribuyente) de la obligación tributaria."[199] Tenemos, pues, las siguientes clases de procesos tributarios: a) Proceso de Cobranza Coactiva; b) Proceso contencioso tributario; y c) Proceso no contencioso.

XI- DERECHO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL

El Derecho Tributario Constitucional es aquel marco supremo donde se enuncia y regula los actos derivados de la actividad o potestad tributaria del Estado, y la relación con los deudores tributarios. Por lo pronto, Pedro Flores Polo escribe que el Derecho Tributario Constitucional es "...la disciplina que tiene por objeto el estudio de la Potestad Tributaria o Poder Tributario, entendido como la facultad propia del Estado para unilateralmente, por si y ante sí, crear, modificar y suprimir tributos y exigir su pago coactivamente".[200]

Pagar tributos es un fenómeno que soslayamos a pesar que nuestra vida diaria está contenida de actos de tributación que no percibimos por el hecho de no involucrar el contenido total del hecho. Por ejemplo, cuando compramos cualquier artículo (sea un chocolate, pan, una cama, un televisor, etc.) estamos ya tributando, es decir entregándole dinero (parte de nuestro patrimonio) al Estado. Como se ve en actos tan sencillos como comprar un chocolate tributamos. Sólo que cuando nosotros compramos este chocolate no pensamos en ningún momento que estamos tributando, sólo pagamos el precio a nuestro vendedor inmediato. Este no nos dice que en el costo del producto viene incluido —sumado, aumentado— un tributo. Y es por ello que nosotros pensamos no tributar, porque no sentimos directamente el tributo. Sin embargo, al costo del producto viene agregado el monto del tributo. Si sumamos costo del producto más el tributo a la venta del producto, tendremos

[199] Según se reseña en la Guía procesal del abogado. Guía completa de procesos.
[200] Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 261.

recién el precio de venta del producto. A ese tributo se le llama técnicamente Impuesto General a las ventas.

Si bien se acepta que exista el Impuesto General a las Ventas, ¿alguien se ha preguntado por qué, porqué debemos pagarle al Estado por vender un producto? Los fundamentos están en la doctrina, pero lo real es que este tributo significa un aumento en el costo del bien o producto. Rubio ejemplifica mejor este hecho: "cuando compramos un artículo en una tienda, parte del precio que pagamos es un impuesto general a las ventas que, posteriormente, el comerciante debe pagarle al Estado. Lo mismo ocurre cuando nos pagan un sueldo: una parte es retenida como contribución para el seguro social y otros similares. Estas constituyen contribuciones para fines específicos."[201]

Lo trascendental está en trasladar el pago del tributo. Así, el comerciante tiene que pagar el Impuesto General a las ventas por vender un producto cualquiera (cuando es de contrabando no lo paga), pero el monto total de este impuesto lo traslada al comprador, agregando al valor del producto el monto del impuesto. Así el comprador resulta pagando este Impuesto General a las Ventas.

En el Derecho Tributario Constitucional el primer principio lógico sería el que se da en toda materia normativa, dentro de nuestro régimen: nuestro razonamiento debe ajustarse a la clásica determinación kelseniana, es decir, de la Pirámide Kelseniana. Así ninguna norma tributaria puede contradecir al orden constitucional, a la Constitución; puesto que los regímenes jurídicos a aplicarse, una vez encontrado el tipo de tributo, la especie tributaria no puede contradecir a la Constitución, porque "...estos regímenes se erigen sobre principios constitucionales inviolables para la administración y aún para el propio legislador. (...) estos regímenes propios, específicos y exclusivos constituyen un esquema que encausa la tributación, que genera derechos públicos subjetivos de los contribuyentes, que no pueden ser ignorados, disminuidos, modificados, alterados

[201] Rubio Correa, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Editorial DESCO. Sexta edición pp. 97

o deformados por el administrador ni por el legislador."[202] Por último podemos escribir, parafraseando, que Jarach define al Derecho Constitucional Tributario como: "el conjunto de normas que delimitan el poder fiscal, distribuyen las facultades impositivas derivadas de este poder entre los distintos organismos estatales que forman parte de la estructura del Estado nacional o provincial y establecen los límites para el ejercicio de dicho poder".[203]

XII.- LA EMPRESA EN EL DERECHO TRIBUTARIO

La Empresa como generador de riqueza, de rentas, es también sujeto de imposición tributaria. La referencia a porqué es así, en nuestro entender, esta aún muy confusa, pero igual existen, pues dentro de la concepción del Derecho Tributario se regulan las actividades de las personas, naturales o jurídicas que realizan una actividad susceptible, por ley, de imposición tributaria. Es así que tenemos al Código Tributario, que integra las normas impositivas, y que deja entrever la alta incidencia de la mano no invisible del Estado para fiscalizar la actividad productiva en nuestra sociedad, como un mecanismo que genera los recursos (a través de la recaudación) necesarios para definir el poderío del Estado y su capacidad monopólica. Así escribe Francisco Gómez Valdez, en su libro "La Empresa y el Empleador": "Entre nosotros existe un Código Tributario (C.T.), aprobado por D. Leg. No. 816 y refundido en el TUO—DEL C.T., aprobado por el D.S. No 135—99 EF, llamados a normar para los fines tributarios, el quehacer comercial, el de la sociedad en todas sus variables y el de las empresas en tanto titulares de obligaciones tributarias a favor del Estado (deudor tributario)".[204]

Está también dentro de la regulación tributaria, una más espécifica que es la SUNAT, institución encargada de recaudar los tributos, y también resolver los

---

[202] Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto peruano de Derecho Tributario. Pp. 143,144.

[203] Flores Polo, Pedro. Derecho Financiero y Tribu fario Feniano. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. Pp. 148.

[204] Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 181 y 182.

contenciosos. Con esto se ha monopolizado la función recaudadora del Estado, en el nivel central y jeráquico, puesto que nuestro Estado depende mayoritariamente, y hasta se podria suponer su totalidad, de la actividad recaudadora de tributos, puesto que la capacidad Empresarial del Estado es decir, de generar productividad en bienes y servicios, ha sido realmente ineficaz, por la imposibilidad de generar un sistema productivo en el cual las personas, empleados del Estado, generen rentas de forma autosostenible derivándose más bien todo el sistema estatal a la función recaudadora que resultando ser la más eficiente, genera una dependencia social, y hasta una incapacidad de generación de riqueza preocupante. Al respecto Francisco Gómez Valdez, a quien hemos tomado como refencia, para el presente análisis, escribe:

"Adicionalmente, existe la SUNAT (D.Leg. No. 673 de 23.09.1991), órgano rector encargado de la administración tributaria (función recaudadora de tributos y de resolver los contenciosos presentados en su instancia); pero también se le ha dotado de atribuciones para normar, reglamentariamente, los asuntos tributarios de manera tal que pueda adecuarlos a un radio de acción concreto a través de directivas y memorándums que son publicadas en el D.O. 'El Peruano'. Por L. No 27056 de 30/01/ 1999 (PRIMERA DRyD) se han agregado a sus funciones las cobranzas, incluyendo las coactivas, del área previsional, y recientemente, por el D.Leg. No. 951 del 03/02/2004 se ha anexado a sus amplias fronteras, las funciones de ADUANAS. De esta manera, se ha centralizado dentro de este organismo público todo cuanto concierne a la tributación de las personas naturales y jurídicas. En fin, existe un Tribunal Fiscal y de Aduanas (Arts. 53,1 y 98 y ss. del C.T. V,, D. de U. No. 034—95 de 31/05/1995) llamado a versar sobre los asuntos tributarios que en las instancias inferiores hubieren merecido cuestionamiento de parte de los deudores tributarios."[205]

[205] Ibídem Pp. 182.

Continúa diciendo “Las leyes tributarias se dirigen a que la base imponible del impuesto a la renta de los contribuyentes sea escrupulosamente pagada, y se ha dotado a la SUNAT de los mecanismos coercitivos para el logro de este propósito, siendo frecuente los creces de información, las acotaciones, multas, medidas cautelares prevista o definitivas (Art. 56 y ss. del C.T.), cierres de establecimientos, etc., para hacer sentir su infinita presencia, siendo tres las responsabilidades que tienen los agentes tributarios para con el Fisco:

• La administración tributaria se encarga del acopio directo de recursos fiscales, que tienen para el efecto normas propias creadas para ese fin y en la que las empresas juegan un rol protagónico por el caudal impositivo existente en sus predios. Es el caso del pago del impuesto al patrimonio empresarial, a la renta, el impuesto general a las ventas o el selectivo al consumo, el del valor del patrimonio predial: Ds. Legs. Nos. 771, 774, 775 y 776 del 31/12/1993.

• La administración tributaria también ha dispuesto que determinadas personas naturales o jurídicas actúen como agentes de retención tributaria debido a su posición dominante dentro de las relaciones que éstas advierten en lo cotidiano, convirtiéndose por este hecho en agente responsable de la retención tributaria encomendada (Arts. 9 y 10 del C.T.). Es el caso específico de las empresas con trabajadores dependientes a su cargo, para quienes se les ha dotado de facultades coercitivas para la retención de la renta de quinta categoría de su personal: D.Leg. No. 774, de la retención de las cargas sociales y previsionales: D.L. No. 22482 de 27/03/1979, retención que por su naturaleza deberá ser entregada a la SUNAT dentro de los 12 primeros días hábiles del mes siguiente (Arts. 29,b del C.T.) en que se produjo la retención.

• Desde luego que el agente determinado a pagar tributos de parte de la empresa si no lo hace del modo correcto o es omiso a su obligación,

muchas serán las responsabilidades a que tendrá que responder, dependiendo si ha actuado dolosamente (lleva doble contabilidad o tiene la condición de no habido o culposa o negligentemente, si ha habido abuso de facultades en su actuar; en fin, si ha existido de por medio abuso. Más preocupante aún, para los asuntos fiscales es frecuente hallar la solidaridad del pago de la obligación tributaria entre los representantes o colegiados de la empresa y ésta, puesto que entre ambos existen relaciones intrínsecas mucho más amplias que las que pudieran existir aun dentro de un contrato: se habla de una relación orgánica entre la sociedad y sus representantes. Esta responsabilidad solidaria la tienen los directores y/o representantes legales de las empresas concernidas ante la sociedad, los accionistas y terceros cuando hacen daño con su actuar, y el limite de ésta no serán los aportes de capital que ellos pudieran tener en aquella, sino que va mucho más allá, puesto que se dirige a satisfacer el fraude tributario con el patrimonio personal — incluso familiar— del faltoso, en forma ilimitada (Art. 177 de la LGS), a menos que demuestren que han salvado con su voto la situación fraudulenta creada. De esta manera, la tesis del límite del aporte hecho por el accionista dentro de la empresa queda superada por el criterio de que se puede deber a cualquiera; menos al Estado, sobre todo, si se trata de adeudos surgidos obrando el deudor tributario con ventaja o por negligencia inexcusable no pudiendo tener en este último caso ninguna indulgencia a su favor, puesto que estas denominaciones recaen siempre en personas harto diligentes, tal los gerentes o administradores de las empresas (Art. 171 de la LGS). En cierta forma se trata de sancionar a los delincuentes de cuello blanco"[206].

[206] Gómez Valdez, Francisco. La Empresa y el Empleador. Editorial San Marcos. Pp. 181.

CAPÌTULO OCTAVO: LA EMPRESA EN EL DERECHO COMERCIAL

El Derecho Comercial, sistema normativo que regula un área de la vida humana, de la actividad o conducta del ser humano, tiene como objeto de conocimiento el acto comercial, aquel acto o conducta, que siendo también civil, se convierte luego en comercial. El Derecho Comercial regula pues este tipo de relaciones intersubjetivas, aquellas que tienen un matiz comercial, por la finalidad de la conducta, actividad comercial. Esta actividad comercial se engrana dentro de lo que denominamos: *Derecho Empresarial*, puesto que según nuestra hipótesis, el Derecho Empresarial sería el género y el acto de comercio seria la especie. Por la sencilla razón que el Derecho Empresarial engloba toda la actividad productiva, generadora de bienes y servicios; y la actividad comercial está subsumida dentro de estas categorías jurídicas.

Nada esta por encima de una relación interpersonal, entre personas. El mundo no se mueve por ansias de poder, sino por necesidad de comunicación con las otras personas. Lo único que llena el vacío existencial es la relación interpersonal con aquella persona que uno desea comunicarse. Por eso la Empresa puede responder a un fenómeno o finalidad lucrativa, pero lo realmente resaltante, es sólo la necesidad de interrelacionarse con los demás; por la naturaleza socializante del ser humano.

Según parece enunciar Francisco Gómez Valdez, la empresa no estuvo en los Códigos de Comercio de 1853 y de 1902, no al menos a la empresa como una organización jurídica. Lo que si existía, dice el referido autor, es que se "limitaron a el diseño de una estructura jurídica que albergara a los comerciantes, como personas naturales, puesto que las existentes dos normativides comerciales conceptualizaban a la empresa en tanto 'actividad del empresario' o del comerciante'"[207]. Siendo la empresa mucho más que ello, porque signfica la conjunción de todos los elementos necesarios en el sistema de producción como el

[207] Ibídem Pp. 180.

empresario, el trabajador, que aportan capital y fuerza laboral, los mismos sirven para producir bienes o servicios. Por lo que la empresa no sólo puede contener normatividad que rija la actividad del empresario y del comerciante. El Código de Comercio no regula la actividad empresarial, sino la del comerciante, porque su eje central no es la producción de bienes y servicios, sino la actividad de comercio, los actos comerciales realizados por los comerciantes; por eso Francisco Gómez Valdez escribiría, explicando este fenómeno, que en el Código Comercial anterior lo importante es la "acción o actividad empresarial", y no evidentenmente la "compleja organización empresarial", que en la actualidad ha sufrido una fuerte acentuación, por el fenómeno de "acumulación de capitales y la globalización de la economía"[208].

Por otro lado, el Código de Comercio concibió también diversos contratos comerciales, que evidentemente pudieron ser utilizados por las empresas. Contratos comerciales que fueron, en un gran porcentaje absorbidos por el Articulo 212 del Código Civil.[209]

Curiosamente el Código de Comercio que debiera contener a la empresa, dentro de sus instituciones y conceptos jurídicos, es muy poco, o casi nulo el tratamiento de la empresa, según explicaba Francisco Gómez Valdez, cuando escribe: "A pesar de la evolución de la concepción jurídica tenida de la empresa en otras disciplinas jurídicas, incluyendo a la constitucional, la comercial ha mantenido su porfiada lenidad, tanto así que es poco o nulo el aporte directo que la normativa en cuestión presenta para las empresas de hoy, por eso, el empresario contemporáneo busca leyes alternativas para regir sus actividades comerciales."[210]

---

[208] Ibídem Pp. 180.

[209] Ibídem Pp. 180.

[210] Ibídem Pp. 180.

CAPÌTULO NOVENO: LA EMPRESA EN EL DERECHO SOCIETARIO

La regulación de la Empresa está mejor definida en la Ley General de Sociedades, que es la norma donde se encuentran regulados la mayor parte de las empresas existentes, salvo aquellas que al no ser formales, o no tener un carácter lucrativo, se encuentran fuera. Sin embargo la legislación peruana ha querido armonizar y encajonar las empresas dentro de esta Ley General Sociedades, insertando allí a los tipos sociales, como las sociedades anónimas, abiertas o cerradas, así como también las sociedades comerciales, las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, las sociedades colectivas, las sociedades en comandita, las sociedades irregulares. Todas estas conforman en cúmulo de lo que legislativamente son en esencia las empresas. Lo anecdótico es que no se llaman empresas, sino Sociedades, talvez por su constitución social, o por la forma en que se desarollan asociativamente. Sin embargo, no puede escapar como interrogante que esta Ley es insuficiente por no englobar todo el sistema empresarial existente, y olvidar que la empresa debe conciliar espeficamente con la realidad, más incluso que con el intento teórico de regulación positivista.

No obstante lo anteriormente dicho, la Ley General de Sociedades aborda a la empresa, aunque denominada sociedad, desde su constitución hasta su culminacion, pasando por la estructura de su composición orgánica, funcionamiento, conformación de sus órganos, etc. La Ley General de Sociedades trata de la Empresa desde el Derecho Privado, así ”La LGS No. 26887 (vigente a partir del 01/01/1998), responde a una codificación de los estatutos en los que deberán discurrir las empresas; esto es, una nueva dinámica de entender el Derecho Privado de carácter colectivo. De esta manera se regula a través de él los contratos que los socios de la sociedad tendrán entre manos para regular la iniciación, conclusión y perfeccionamiento del contrato, su mejoramiento, sus

intereses, el objeto, el gobierno de la sociedad, el resultado y reparto de pérdidas y ganancias y, desde luego, la extinción de la sociedad ya formada y constituida."[211]

Cabe aclarar que existe cierta diferenciación entre la sociedad y la empresa, por eso Francisco Gómez Valdez explica que: "Por cierto que una cosa es la sociedad representada por el contrato suscrito por sus mentores que una vez inscrito en los registros públicos gozará de su correspondiente personería jurídica, y otra muy distinta es la empresa"[212]. La distinción está en que las sociedades constituidas son en esencia la "forma", no necesariamente el fondo, constituido por la empresa, por lo que éste último representa más que la sociedad, la constitución formal de una organización económica.

Siendo más específicos, la Ley General de Sociedades, establece que "... los artículos del Derecho de Sociedades que entran dentro del área de la empresa son el: 71º referido a los fundadores de la sociedad cuyo affectio societatis hace posible la existencia material de la sociedad; el 171º y ss. sobre los directores de la sociedad llamados a elaborar sus lineas directrices dentro del espíritu del contrato social (y lo dispuesto por la normatividad existente, incluyéndose las responsabilidades del gerente; el 221 y ss. sobre la memoria de la sociedad y su aprobación, al término del ejercicio anual así como el de sus estados financieros; el 346 y ss. sobre la fusión de sociedades."[213]

[211] Ibídem Pp. 180.
[212] Ibídem Pp. 180.
[213] Ibídem Pp. 180.

CAPÍTULO DECIMO: LA EMPRESA

SUB CAPITULO PRIMERO

Nociones Generales.- Siendo la libetad de empresa el eje de nuestro problema es de obligatorio cumplimiento revisar el contenido interno de la empresa, su concepción, sus tipos, sus efectos, etc., por lo que haremos una revisión sobre el mismo.

1.- EL ORIGEN DE LA EMPRESA EN LA INSTITUCION FAMILIA

Desde este ángulo, lo que ha sucedido es un fenómeno de traslación de uno de los fines de la familia a la empresa. Explicando lo anterior, citaremos a Echaiz Moreno, quien refiriéndose a la empresa escribe: "el entendimiento de los origenes resulta imprescindible para la construcción jurídica", porque, al parecer, sin ello, sin determinar el origen de algo, se pierden los ejes centrales del funcionamiento de la empresa, puesto que se olvidan cómo y en qué consiste en si mismo la empresa. Puesto que los orígenes nos remontan siempre a la médula del fenómeno.

Según Torres y Torres Lara, citado por Daniel Echaiz Moreno, "La Familia pierde progresivamente desde los siglos XV y XVI su función de centro de producción"; pérdida evidentemente fundamental dentro de la concepción y aptitud empresarial, porque limita a aquella "unidad básica" de la sociedad a un carácter excluyente del desarrollo social, y por ende intrínsecamente particular, restando el motor que permitía darle a la familia su razón de ser originaria. No obstante la "función productiva" olvidada por la familia, según Torres y Torres Lara, ésta se traslada a

la empresa. Creemos sin embargo que esta traslación al limitarse a los grupos empresariales, ha reducido la capacidad y cultura empresarial, tan importantes para el desarrollo social, y por lo tanto es necesario propugnar que la familia recupere su función productiva primigenia. Esto demuestra el porqué es importante rebuscar en los orígenes de toda institución, porque allí podemos encontrar, tal vez, el origen que le dio vida, razón de ser; puesto que mantener extraviado en el tiempo este conocimiento (el origen) pervierte el propio existir y finalidad de cualquier institución.

Necesitamos, por lo dicho, devolverle a la familia su primigenio carácter empresarial, como "unidad básica de la sociedad", para desde allí revestirlo de un marco general productivo, devolviéndole así uno de sus elementos originales, el ser un factor empresarial, es decir convertirlo en un "eje productivo", puesto que al ser la familia una "unidad básica de la sociedad", no es sólo un dato de medida estadístico, sino un eje de producción. Por eso, pensamos que darle a la familia, a la escuela, y a todo ente o institución un tono empresarial promoverá automáticamente el desarrollo social. Desde esta perspectiva se puede y debe construir una base jurídica, que entienda el espíritu empresarial como fundamento de nuestro desarrollo.

2.- EVOLUCIÓN DE LA EMPRESA

La Empresa, originalmente surge en el tráfico económico como un mecanismo para el desarrollo organizativo y estructural de las actividades comerciales, siendo luego aprehendida por los juristas para darle un tratamiento legal. Con el paso del tiempo la empresa se torna más compleja, a tal punto que sustituye al comerciante y se erige en el nuevo centro del enfoque jurídico patrimonial, surgiendo así el denominado Derecho Empresarial o Derecho de la Empresa, distinto a toda otra disciplina que pudiera parecérsele y de naturalea multiperspectivica por su amplio

contenido temático."[214]. La Empresa (comunidad de personas) sustituye al comerciante, nace así el Derecho Empresarial.

La empresa ha nacido como un fenómeno económico, y luego se ha revestido de la formalidad jurídica, como un sistema de protección y control frente asimismo y a la sociedad. Su evolución teóricamente ha sido desarrollada por diversos autores como por ejemplo Morales Mancera, quien enuncia un grupo de cinco etapas en la historia de la evolución de la empresa. Así, en la primera etapa se consideraba a la empresa como fábrica, el Robot Man; en la segunda etapa aparece el hombre económico, balances, el economic man; en la tercera etapa, predomina el concepto del "factor humano"; en la cuarta etapa, se desarrolla el Costumer man, el cliente, la mercadotecnia; en la quinta etapa, el Conceptual man.

Tomaremos la clasificación de la evolución de la empresa que hace Daniel Echaiz Moreno, sólo como un método a través del cual podemos interpretar el fenómeno empresarial. Así, en aquella clasificación del concepto de empresa estarían: a) la creación, b) la diferenciación, c) la unificación, d) la congregación.

2.1.- PRIMERA ETAPA: CREACIÓN

En la primera etapa, el de Creación del concepto de empresa, Echaiz Moreno escribe que se da cuando "una o varias personas emprenden (leáse: inician) una actividad lucrativa", agregando más adelante que existen muestras de creación de la noción de empresa en las épocas ojival y feudal.

La creación como actividad productiva vs. actividad lucrativa.- Nuestra definición del origen de la empresa, no sólo como concepto, sino como experiencia o práctica, es un poco más extensa, puesto que pensamos que en toda creación productiva, en todo acto creador ya se germinaba lo que hoy constituye

[214]Echaiz Moreno, Daniel. La Empresa en el Derecho Moderno. Editorial Gráfica — Horizonte. Pp. 43.

una “empresa”. No es exacta la afirmación de entender a la empresa como una “actividad lucrativa”; si lo es cuando se trata de “actividad productiva”, porque el asunto no es necesariamente la producción y acumulación de dinero o capital. El dinero es sólo un instrumento; el capital puede ser representado hoy por dinero, por títulos valores, por acción por poder, por capacidad adquisitiva, por otros elementos diferentes al simple dinero. El capital es sólo la representación del poder adquisitivo. La empresa sobrepasa esos niveles, puesto que tiene que ver con satisfacer nuestras necesidades económicas, productivas, etc. Desde esa perspectiva podría decirse que casi todo es empresa. Vivir es una empresa, pero *vivir* no siempre es productivo, no siempre es lucrativo, puede ser improductivo, en términos económicos. Si vivir no es necesariamente productivo, puede ser entonces todo lo contrario, no productivo, y al no generar beneficios genera inmediatamente costos mayores. Si vivir no es una actividad empresarial, es decir no es un fenómeno que reporte necesariamente ganancias, contrario sensu nos generaría costos; así vivir tiene sus costos. Este escenario puede llegar incluso al punto expuesto por Roman Rollain en la biografía que hace de Ghandi: advirtiendo que “Quien no trabaja roba”; y por consecuencia le cuesta a la sociedad.

Echaiz Moreno refiere que la empresa durante el feudalismo era la representación de lo que hoy conocemos como Estado. Este señor feudal era un incipiente empresario; y su actividad empresarial consistía en entregar al vasallo tierras para que las trabaje, recibiendo en contraprestación obligaciones como la de una retribución económica (esta era una actividad lucrativa). Sin embargo, si bien no discrepamos con esta idea, pensamos que la empresa no tiene su esencia en la actividad lucrativa, sino en la actividad productiva. La diferencia es de fin; una actividad lucrativa tiene el fin lucrativo, económico; mientras que una actividad productiva basa su esencia o fin en la producción, independientemente del efecto lucrativo, que automáticamente produce, por su actividad empresarial.

La actividad empresarial ha sido caracterizado como “con fin lucrativo”, porque se considera que una actividad de esta naturaleza, que no produzca, o genere lucro económico, no sería empresarial sino cualquier otro tipo de actividad. Por ello mismo se le ha dado a las otras instituciones, o asociaciones en las que existe la actividad productiva un fin también determinado. Sin embargo al dividir las funciones, y los fines de todas las entidades, instituciones, agrupaciones, etc., que realizan actividades productivas, por el fin que persiguen (lucrativo, como las sociedades comerciales, o altruistas como las asociaciones, fundaciones, comités), se ha olvidado aquello que las hace comunes, afines, y esto es los efectos que producen: actividad empresarial, en el sentido que crean, producen movimiento económico; y porque en la realidad, los fines de su constitución son en la mayoría de los casos ‘económico’. Incluso el tipo de personas jurídicas que no tienen fin lucrativo se usan para conseguir lucro, porque resultan siendo mas rentables y efectivas. Por eso, pensamos que hacer efectivo a toda agrupación que realice una actividad productiva esta ya dentro del marco empresarial, dentro de los fines empresariales. Darle el tono empresarial a todas las instituciones las hará más benéficas, más eficaces y productivas.

Empresarializacion.- Sin embargo nuestra legislación en materia de empresa conceptualiza a la misma dentro de la actividad lucrativa, no especifica si esta actividad lucrativa puede estar inmersa dentro de lo complementario de la institución. No obstante esto, nos atrevemos a enunciar que toda actividad que genere o tenga una finalidad productiva, producir un bien o un servicio debe ser considerado ya como una actividad empresarial; y esto sólo con una finalidad exclusiva, la de hacer eficaz a todas las instituciones, o agrupaciones sociales. Creemos que ha llegado la hora de la empresarialización de la sociedad. Por eso la propuesta de darle incluso a la institución de la familia aquella virtud perdida, la de ser y tener una función de productividad y, dejar o variar su sentido simplemente asistencialista.

Debemos aclarar que nuestra propuesta de empresarializar a la sociedad toda, no quiere decir que se busque sólo un beneficio económico, lucrativo, sino más bien, se busca crear una aptitud y sentido productivo. Otra vez, no el lucro, ni la economía es lo que caracteriza a la empresa postmoderna, sino la capacidad de productividad en bienes y/o servicios; de volver al ser humano creativo y autogestionario.

Concluyendo, la primera etapa de la evolución de la empresa nos debería llevar a devolverle el sentido primigenio de toda unidad básica como centro de producción de bienes y/o servicios, como eje para generar creatividad, productividad y autogestión.

2.2.- SEGUNDA ETAPA: DIFERENCIACIÓN

Titularidad, patrimonio y medios de producción.— La segunda etapa de la evolución de la empresa, según Echaiz Moreno, es "La Diferenciación" , en la cual se dan aspectos sustanciales: la titularidad y el patrimonio. Esto consiste en "reunión de grandes capitales" y "adquisición de maquinaria" conformándose el "fondo de comercio". El fenómeno consiste en que existe un "conjunto de bienes puestos en movimiento por un grupo de personas: unos son propietarios y otros asalariados". Pudiéndose observar dos factores concluyentes; en la cual la perspectiva es considerar a la propiedad como el factor que determina un estatus social, económico y hasta empresarial; puesto que se entiende que quien posee la propiedad posee el poder. Sólo el que tenía la propiedad, la titularidad de los bienes podía ejercitar actividad empresarial. Los demás sólo podían tener su mano de obra, su fuerza productiva, pero ésta no estaba considerada como suficiente.

Las anteriores razones producen el gran debate, desde Marx, por la titularidad de la propiedad de los medios de producción. Sin embargo, actualmente se sabe que no es la propiedad de los medios de producción sino la capacidad para hacer circular el capital, la capacidad gerencial, administrativa, lo que representa el

verdadero fenómeno del poder y estatus empresarial. Lo esencial de esta etapa es que se definen de forma clara los elementos que componen la empresa, a aquellos que cuentan con el capital, y ha aquellos que cuentan con tan sólo su fuerza de trabajo, lo que produce la diferenciación.

Esta etapa puede hacernos observar otros elementos en el tipo de organización de una empresa, como el tipo de rol, función o actividad que le corresponde a cada área diferenciada del fenómeno productivo, así, al capitalista le tocaría dirigir, invertir, gerenciar, administrar, y al rededor de todas estas categorías, se adjudicarían a ciertos derechos, como los de propietario, por ejemplo, o las de decidir la creación, su permanencia, destino, o final de la empresa; que son facultades o derechos definitorios, realmente trascendentales por los efectos que surgen de la voluntad del diferenciado empleador, capitalista, dueño; efectos que pueden alterar no sólo el orden interno de la empresa, sino el orden externo, es decir, a la propia sociedad.

Por otro lado, la diferenciación centrará en el "aporte" de la mano de obra, su fuerza laboral. La diferenciación nos enrostra otro aspecto, la empresa está conformada o diferenciada por el tipo de aporte que se hace; así, no la persona, su estatus social, sino el aporte: "económico", de "capital", o laboral como "fuerza de trabajo" o "mano de obra"; y por supuesto se comienza a generar también otro tipo de derechos respecto de este grupo, de "obreros", hoy denominados "empleados". Lo que va a permitir un mejor enfoque del fenómeno empresarial.

2.3.-TERCERA ETAPA: UNIFICACIÓN

En la tercera etapa, Daniel Echaiz Moreno propone a la Unificación; momento en que el patrimonio de la persona jurídica es planteado de otra manera, no en forma aislada, como, por ejemplo, máquinas, locales, dinero, materia prima, sino como un conjunto, en donde ingresaban también, por ejemplo, las marcas, acciones, patentes, derechos, tecnologías, canales de distribución, etc. Daniel Echaiz

Moreno piensa que esta etapa es la conciencia de todos estos elementos o patrimonio de la persona jurídica, asumidas como conjunto, y como el "resultado total"; a esta conjunción se le llama "empresa", conjunción de todos los elementos referidos con la actividad desarrollada.

Empieza un concepto más propio, que toma a "la empresa como el conjunto de elementos organizados", unificando todos sus elementos. Echaiz citando a Maria Isabel Tejada Alvarez cree que la empresa se pone en funcionamiento cuando el empresario reúne todos estos elementos ("Una vez que la persona ha logrado reunir y organizar todos los elementos necesarios para poder desarrollar la actividad que tiene en mente"). A nuestro parecer la actividad empresarial no empieza de esa manera. El empresario tiene en principio una primera idea, la del negocio a realizar, y luego embarcado en el proceso o actividad empresarial, ubica y consigue los elementos necesarios. Los Micro empresarios adoptan esa medida porque tener los recursos necesarios es siempre una gran ilusión, pero no una realidad, en un gran porcentaje. Sin embargo, Echaiz hace bien en concebir a la empresa como un conjunto de elementos organizados. A este conjunto, a este proceso, a este hecho o fenómeno le llama "unificación".

La empresa, más tarde podría definirse como la conjunción o unificación de diversos elementos productivos organizados.

La Unificación supuso que ninguna empresa podrá funcionar y/o incluso existir si los elementos que la integraban (diferenciados o no) no se "unificaban", no actuaban como un "conjunto o sistema unitario". La Unificación implica que una empresa solo es tal si reúne a todos sus elementos. La empresa pues debe ser tomada como un todo, como un cuerpo orgánico, como una persona jurídica, con derechos y deberes distintos a las personas o miembros que la conforman; los miembros de la empresa que se unen, unifican en la empresa nuevos derechos, nuevos deberes, que sólo se producen por esta conjunción, por esta "unificación", como objeto o sujeto de derechos y deberes.

2.4.- CUARTA ETAPA: CONGREGACION

La cuarta etapa de La Congregación, "Las empresas de nuestros días clarifica perfectamente el asunto: estamos ante una comunidad de intereses, donde conviven inversionistas (mayoritarios y minoritarios), trabajadores, consumidores y usuarios, acreedores, tecnócratas y el Estado. La tarea que atañe al Derecho es hacer que la susodicha convivencia sea lo más armónica posible, en aras del adecuado crecimiento de la empresa".

La etapa de la Congregación indica cuáles son los sujetos que intervienen en todo proceso empresarial a una comunidad de intereses. Los siguientes sujetos son los que conforman este proceso: 1) Inversionistas; 2) Trabajadores; 3) Consumidores y usuarios; 4) Acreedores; 5) Tecnócratas; 6) El Estado.

Todos estos interponen sus derechos en base a sus intereses. Todos se ubican de acuerdo a la actividad o función que realizan con respecto a la actividad empresarial. Sujetos que necesitan ser regulados jurídicamente, para que ninguno de ellos abuse de su posición en el escenario de la actividad empresarial. Aquí el Derecho juega un papel muy importante, porque promueve el "equilibrio" necesario, y resuelve o define cualquier tipo de conflicto de interés surgido de estas interrelaciones. Si bien la actividad empresarial es antes un hecho económico que jurídico, ninguna actividad empresarial puede subsistir sin un cierto grupo de reglas al que se adecuén los sujetos (independientemente del porque lo hacen). La actividad empresarial se ve entonces conflictuada por esta diversidad de intereses determinados por el puesto de ubicación en el fenómeno empresarial (capitalistas, empleados, etc.), pero reunidos, integrados por un interés general, común, superior a su interés particular, que es la vida, eficiencia y éxito de la empresa. El punto de equilibrio esta en este interés común. Por eso cuando se atañe al interés de la institución, o de la empresa, no se está uno

refiriendo a un sujeto o aporte, diferente, sino a nosotros mismos, al ser parte de la institución.

No obstante la referencia anterior, el éxito de una empresa no está necesariamente en ese equilibrio. En sociedades como la nuestra las empresas tienen éxito al reducir costos que resultan de esta interrelación de sujetos; por ejemplo, se reduce costos en el proceso productivo en cuanto al precio de la mano de obra, así mientras más barato sea, la empresa será más rentable. Asimismo se ahorra en el no pago de los tributos, derechos laborales, como compensación por tiempo de servicios (CTS), gratificaciones, vacaciones pagadas, escolaridad, asignación familiar, tributos de importación, exportación, etc. Esto nos tendría que llevar a un análisis y cuadro de aquellos elementos que aumentan o generan costos. En esta etapa la empresa se acerca más hacia el capitalista; así el trabajador no es considerado empresario (aunque hoy existan los sistemas para integrar a los trabajadores dentro de las participaciones empresariales).

Como antelamos, hay una contradicción entre lo que el Derecho persigue (darle a cada cual lo suyo), y lo que la realidad económica impone (el interés es antes que el Derecho; el Derecho es más un freno al abuso del interés, al mal uso o perjudicial interés).

3.- EL CONCEPTO DE EMPRESA

En principio podemos citar el concepto clásico, que reza de la siguiente manera: “La empresa es la organización de capital y trabajo con finalidad económica”.

El concepto anterior es económico, o social, pero no jurídico, por que lo que se define como empresa es la organización de unos objetos (capital) por un lado, con actividad (trabajo) por el otro lado. Siendo necesario precisar que el Derecho como disciplina social (disciplina que estudia y regula a la sociedad) trata de la regulación de las personas, de la organización de las personas, seres humanos, y

no de los objetos. El Derecho no regula objetos sino seres humanos; por ello, podríamos redefinir a la empresa jurídicamente de la siguiente manera:

"La empresa es aquella institución que regula las relaciones nacidas y vigentes, de la actividad producida por la conjunción, organización y administración del capital y trabajo (como factores productivos). Dicha organización tiene como objetivo un fin lucrativo".

Las personas relacionadas en la empresa reúnen ciertas propiedades ((capital) o cualidades (trabajo) creando la empresa para hacer mayor capital.

— Una empresa es aquella organización de una persona o más personas que tienen como objetivo generar riqueza, lucro, economia.

— Empresa es una entidad, actividad, institución, persona juridica, organización, etc.

— El Empresario es aquel individuo, sujeto, persona natural o ser humano.

El Derecho sólo considera los efectos de la empresa, es decir, aquellas actividades o conductas producto de la empresa. Por eso observar la empresa desde la perspectiva jurídica implica observar los efectos que se producen, las relaciones nacidas de ella, que tienen que regularse por que el Derecho monopoliza la validez de las normas,

La empresa, en una concepción general, es aquella "acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza"; esta acción organizada con la técnica se especializa; así la empresa deja de ser sólo una acción para ser "organización" (un conjunto de elementos sistematizados con un fin determinado), para tener una "finalidad lucrativa", elementos enlazados a los factores: capital y trabajo, formando como resultado una institución económica. La empresa es una institución económica y

jurídica (porque produce y se atiene a normas) que en base a la conjunción de capital y trabajo, se organiza para lograr ciertos fines económicos (riqueza, productividad, beneficios, etc.).

ELEMENTO HUMANO

Dentro de una empresa siempre hallaremos una pirámide estructural, categorías ocupaciones o profesionales donde se encuentran ubicadas las personas que intervienen en la actividad productiva. Así tenemos en primer lugar al empresario (dueño, propietario-accionista); y en otra esfera a los trabajadores o personal que trabaja por cuenta ajena.

Francisco Gómez Valdez ha creído conveniente identificar la estructura del sistema productivo, de los agentes que intervienen en el sistema productivo, y ha realizado el siguiente esquema, en base a la clasificación de los empleos y calificación de los empleados o trabajadores:

Categorías profesionales:

a.— Obreros.— Caracterizados por que su labor es de carácter manual. Uso de la fuerza laboral.

b.— Empleados.— Cuya singularidad está en la fuerza laboral utilizada que es la labor intelectual.

c.— Los Técnicos.— Aquellos que tienen un grado de especialización determinada.

d.— Cuadros medios. —

e.— Cuadros superiores.— Los profesionales acreditados por el Estado.

Cada una de estas categorías tienen sus características propias y distintas de las otras; tales como la actividad productiva que se realiza, o como el nivel de adiestramiento o destreza del uso de la capacidad productiva; como la física, o la mental; y el grado de especialización que posee el agente productivo. Esta división consecuentemente se equipara con el tipo de costo o valor económico de cada uno. Es decir, mientras más alto es el nivel de preparación más es el valor del agente productivo.

4.- IMPORTANCIA DE LA EMPRESA

Resaltar la importancia de la Empresa parece fútil, porque es evidente que sin ella no podría haber sociedad libre. Sin embargo la teoría requiere de plantear la importancia de esta institución. A este nivel, el más acertado fundamento teórico jurídico es aquel que resalta la importancia de la empresa porque "enlaza al derecho con la economía", es decir, a las relaciones socialmente exigidas de regular, que nacen de la búsqueda y satisfacción de las necesidades.

Enlazar Economía y Derecho implica mantener, ubicar, organizar y ordenar las relaciones humanas nacidas de la economía, de la búsqueda de la satisfacción de las necesidades; por eso "...la empresa ha sido calificada por Dante Cracogna, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como uno de los grandes temas del mundo actual' y como el tema (que) enlaza Economía y Derecho"[215]. La Empresa se ha convertido en un ente, eje, núcleo de razonamiento jurídico, diferente a los concebidos (comerciante, etc.), que afectan directa o indirectamente las conductas sociales, por eso "...Torres y Torres Lara, ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, es rotundo al decir que la empresa constituye un nuevo centro o núcleo (que) ha aparecido en el Derecho Mercantil..., ha tomado el lugar del comerciante (y) es el

[215]Ibídem Echaiz Moreno, Daniel. La Empresa en el Derecho Moderno. Editorial Gráfica — Horizonte. Pp. 37.

nuevo personaje de la actividad mercantil" [216]. Y por tanto ha aperturado y puesto en escena nuevos conceptos y valores que reconducen las conducas sociales; así la empresa ha aperturado nuevos conceptos como "economía de libre mercado", "aldea global" "sociedad como mercado", "protección del consumidor" y "la vinculación económica". Conceptos que vienen revolucionando las formas de organización, actividad económica y jurídica.

La empresa se muestra actualmente como propulsor de la sociedad, de su actividad económica, jurídica, política, etc., con tal resonancia y fuerza como un nuevo descubrimiento a explotar; por eso, "...a mediados de 1998, Javier Arenas Bocanegra, en su calidad de Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales de España realizó el siguiente vaticinio:

> "El siglo XXI puede ser, y de hecho ya lo es en muchos sentidos, el siglo de la empresa, de la empresa sin desorientadoras resonancias ideológicas, en un marco global y con el mundo entero como mercado potencial…"[217]

Las empresas van dejando de ser consideradas unos mounstros capitalistas, y existe la tendencia de "...ya no presentar a las empresas como maquinarias ciegas de ambición y de lucro, insolidarias ante los problemas de la sociedad en su conjunto, sino (y por el contrario) como comunidades de intereses, donde éstos si bien son diferentes, convergen en un punto: la empresa." [218]. Volteando o contradiciendo esta versión nefasta por una positiva, pues incluso "Algunos sostienen que ella puede hacer más por la prosperidad y paz de los pueblos que las sesudas deliberaciones y teóricas divagaciones de políticos y diplomáticos expertos en diseñar y vivir en un mundo artificial" [219]. Termina siendo como dijera Javier Arenas Bocanegra: "La empresa que surge de las demandas del nuevo siglo es... una empresa sin adjetivos. Libre ya de ser considerada como el

---

[216] Ibídem Pp. 37.

[217] Ibídem Pp. 37.
[218] Ibídem Pp. 38.
[219] Ibídem Pp. 38.

centro medular de la lucha de clases y libre también de ser conceptuada como conjunto de riqueza antisocial... Es, pues, la empresa que crea riqueza y obtiene beneficios, pero que sabe que esa riqueza y esos beneficios sustentan una realidad social y política cohesionada que la trasciende" [220].

SUB CAPÍTULO SEGUNDO: ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS

CLASIFICACION DE LA EMPRESA

En principio es necesario mostrar el gráfico, o clasificación de las empresas, que tratadistas y diversos autores han confeccionado de acuerdo a diferentes tipos o enfoques desde donde apreciar a la empresa:

1.- CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LA EMPRESA

1.1. EMPRESA PRIVADA

a) Empresa Individual: Persona Natural
b) Empresa Societaria: Persona Jurídica

Empresas sin fines de lucro

1.— Asociación
2.— Fundación
3.— Comité

Empresas con fines de lucro

1.— Sociedad Anónima
a.— Sociedad Anónima Abierta

[220] Ibídem Pp. 39.

b.— Sociedad Anónima Cerrada

2.— Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada

3.— Sociedad Colectiva

a.— Sociedad Colectiva Simple

b.— Sociedad Colectiva por Acciones

4.— Sociedad en Comandita

5.— Sociedad Civil

6.— Sociedad Irregular

7.— Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

1.2.— EMPRESA PÚBLICA

2.- ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LAS EMPRESAS

2.1 Derecho Civil:

- Asociaciones
- Fundaciones
- Comités

2.2 Ley General de Sociedades

- Sociedad Anónima
    - Sociedad Anónima Abierta
    - Sociedad Anónima Cerrada
- Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada
- Sociedad Civil
- Sociedad Colectiva
- Sociedad en Comandita

2.3 Leyes especiales:

- Micro empresas
- Mediana Empresa
- Pequeña Empresa

3.- CLASIFICACION DE LAS EMPRESAS SEGÚN LOS SECTORES PRODUCTIVOS

3.1.— Empresas del sector primario
3.2.— Empresas del sector secundario
3.3.— Empresas del sector terciario

4.- CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

4.1. — Empresas de producción
4.2.— Empresas comerciales
4.3.— Empresas de servicios

5.- CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN LA NATURALEZA JURÍDICA

5.1.— Personas Naturales
5.2.— Personas Jurídicas

6 CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN CRITERIO CUANTITATIVO

6.1.— Microempresa
6.2.— Pequeña Empresa
6.3.— Mediana Empresa

6.4.— Empresas multinacionales

7.- EMPRESAS EN LA LEGISLACIÓN

7.1.- Derecho Civil:

7.1.1.— Asociaciones

7.1.2.— Fundaciones

7.1.3.— Comités

7.2.—— Ley General de Sociedades

7.2.1.— Sociedad Anónima

a) Sociedad Anónima Abierta

b) Sociedad Anónima Cerrada

7.2.2.— Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada

7.2.3.— Sociedad Civil

7.2.4.— Sociedad Colectiva

7.2.5.— Sociedad en Comandita

8.- CLASIFICACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN:

Nuestro Ordenamiento jurídico Ley General de Sociedades, Decretos Legislativos— establece las siguientes sociedades:

1.— Las Sociedades Anónimas (Art. 50 y sgtes.)

2.— Las Sociedades Colectivas (Arts. 265 y sgtes.)

3.— Las Sociedades en Comandita (Arts. 278 y ss.)

4.— La Sociedad de Responsabilidad Limitada (-Arts. 283 y sgtes.)

5.— Las Sociedades Civiles (Arts. 295 y sgtes.)

6.— La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (D.L. N°. 21621)

Las Empresas de esta naturaleza (comerciales, con fines lucrativos) han sido tratados y enmarcados dentro de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, y el DL. N° 21621. Cada una responde a una estructura singular y permite, gracias a esta composición, desarrollarse y potenciarse desde sus medios o recursos.

No existe una Ley General de la Empresa, sino diversas normas que la regulan dándoles otros títulos, como el de Sociedades, Personas Jurídicas de Derecho privado.

9.- CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR LA RESPONSABILIDAD

1.— Sociedades de Responsabilidad Limitada
2.— Sociedades de Responsabilidad ilimitada

La responsabilidad a la que nos estamos refiriendo es la que corresponde a los socios, no a la sociedad:

"La referencia a la responsabilidad alude a la que corresponde a los socios, no a la sociedad. Esta responde con todos sus bienes por las resultas de su actividad. Pero en relación a los socios, se trata de sociedades de responsabilidad limitada, la responsabilidad se limita únicamente al monto de lo que aportaron o de lo que se comprometieron a aportar. En cambio, en las sociedades de responsabilidad ilimitada, la responsabilidad de los socios se extiende a todos los bienes del socio, aun a los no aportados. La responsabilidad ilimitada es, además, solidaria. El socio responde en forma solidaria con la sociedad por las deudas de ésta."[221]

"Hay responsabilidad mixta en las sociedades en las que unos socios son ilimitadamente responsables y otros lo son sólo limitadamente, como ocurre con las sociedades comanditarias. Los socios colectivos responden con todos sus

[221] MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial. 1 Iva. Edición actualizada. Editorial Grijley. Pp. 160.

bienes por las resultas de los negocios sociales, mientras que los comanditarios responden sólo hasta el monto de sus aportes.” [222]

Sociedades de Responsabilidad Limitada:

— Sociedad Anónima

— Sociedad de Responsabilidad Limitada

Sociedades de Responsabilidad Ilimitada:

— Sociedad colectiva

10.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SOCIOS:

1.— Responsabilidad Limitada del Socio

- Sociedad Anónima
- Sociedad de Responsabilidad Limitada

2.— Responsabilidad Ilimitada del Socio

- Sociedad colectiva

11.- CLASIFICACIÓN POR EL ELEMENTO PREDOMINANTE DE LA SOCIEDAD

Según Ulises Montoya Manfredi, esta clasificación no es necesariamente exacta porque en las sociedades siempre se hallan dispuestas y coexistiendo el elemento personal con el elemento material o capital, sin embargo la clasificación es sólo atendiendo al elemento predominante, a fin de organizar nuestro sistema de visión y estudio; así tenemos:

---

[222] Ibídem

1.— Sociedades de Personas

En este tipo de organización de las sociedades, el factor utilizado es el elemento "persona", es decir, una sociedad comercial se diferencia de la otra por las personas que la conforman, y este es su mayor valor agregado, su mayor eje de referencia, el factor utilizado por las demás empresas o personas para invertir en una relación con ella. La calidad de las personas que integran la sociedad es pues su mayor referente, carta de garantía, su mayor control de calidad, sistema o estándar de calidad.

Al respecto, Ulises Montoya Manfredi nos explica que: "En las sociedades de personas predomina la consideración al elemento personal. No es indiferente que sea socio de una sociedad una persona u otra. Si se trata de persona de solvencia económica o moral, este hecho influye en la vida de la sociedad. Tal ocurre en las sociedades colectivas, en vista de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por las deudas sociales. La persona de los socios es tomada en cuenta por los acreedores para el otorgamiento de los créditos, puesto que aquellos son responsables en caso de insolvencia de la sociedad".[223]. Todo esto está en referencia a que los acreedores necesitan saber de la garantía económica de sus deudores, y de la responsabilidad solidaria de los mismos.

2.— Sociedades de Capitales

Desde este enfoque las sociedades son organizadas en vista a su capital, al patrimonio social; es decir, no interesa la calidad de las personas que lo conforman, porque en muchos casos ni siquiera se conoce quienes son los propietarios. En este caso el factor dominante es el capital de la empresa, lo que lo respalda y le da el estándar de garantía y calidad requerido por el mercado. La empresa se mide, pues, por los aportes dados por los socios. La empresa es un

[223] Ibídem Pp. 1 61.

ente de capital. Por eso, Ulises Montoya Manfredi dice: "en las sociedades de capitales, la consideración a la persona de los socios no tiene esa importancia, pues la influencia del socio en la vida de la sociedad se mide por los aportes que hubiese efectuado. A los acreedores les resulta indiferente el patrimonio de los socios, las calidades personales de éstos, puesto que en último término lo que responderá por el importe de sus créditos es únicamente el patrimonio de la sociedad."[224]

12.- CLASES DE SOCIEDADES SEGÚN LA DOCTRINA

En la doctrina peruana tenemos a Ulises Montoya Manfredi, quien habiendo tratado sobre las sociedades comerciales, hace una clasificación de las mismas, y expresa lo siguiente: "Las sociedades pueden estar organizadas, en función de ese criterio, o con una base personal o por interés (intuitu personae) o con una base capitalista (intuitu pecuniae). Dentro de las primeras, en esta Ley se regulan las sociedades colectivas (art. 265° y ss. LGS) y civiles (art. 295° y ss. LGS); dentro de las segundas, las sociedades anónimas (art. 500 y ss. LGS) y las de responsabilidad limitada (art. 283 y ss. LGS). Ahora bien la clasificación puede ampliarse, en cuanto a matices: por ejemplo, la sociedad anónima cerrada (art. 234° y ss. LGS) y la sociedad de responsabilidad limitada (art. 283° y ss. LGS) son sociedades de capitales, pero híbridas; tienen componentes de sociedades de personas. E igual, las comanditarias por acciones (art. 282° y ss. LGS), son sociedades de personas pero impregnadas con ingredientes de sociedades de capitales." [225]

Así puede clasificarse a las sociedades:

---

[224] Ibídem Pp. 161.
[225] Ibídem Pp. 161.

12.1.- SOCIEDADES CON BASE PERSONAL O POR INTERÉS (INTUITU PERSONAE)

— Sociedades Colectivas (art. 265° y ss. LGS)
— Sociedades Civiles: (art. 295° y ss. LGS);

12.2.- SOCIEDADES CON UNA BASE CAPITALISTA (INTUITU PECUNIAE

— Sociedades Anónimas (art. 500 y ss. LGS)
— Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 283 y ss. LGS).

12.3.- SOCIEDADES HIBRIDAS:

- Sociedad Anónima Cerrada (art. 234° y ss. LGS)
- Sociedad de Responsabilidad Limitada (art. 283° y ss. LGS). Son sociedades de capitales, pero hibridas; tienen componentes de sociedades de personas.
- Sociedades Comanditarias por acciones (art. 282° y ss. LGS), son sociedades de personas pero impregnadas con ingredientes de sociedades de capitales.

13.- SOCIEDADES COMERCIALES SUJETAS A LEGISLACIÓN ESPECIAL

Existen además otro tipo de sociedades comerciales sujetas a legislación especial. Así tenemos:

• Bancos y Compañías de Seguros, sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Banca y Seguros.

- Sociedades titulizadoras y sociedades agentes de bolsa, supervisadas por la CONASEV.

Se debe anotar también que las cooperativas y mutuales no son sociedades mercantiles en nuestra legislación.

SUB CAPITULO TERCERO: ORGANOS DE LAS EMPRESAS

Las empresas son en esencia organización. Por un lado son organización de los factores de producción, capital y trabajo. Así mismo son organización externa, para con el mercado; y por otro lado son organización interna, para con la propia empresa y su funcionamiento. Por eso es necesario determinar cuál es la organización interna y externa que tienen. Organización establecida en nuestro ordenamiento jurídico. Así tenemos:

1.- ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO CIVIL

1.— Órganos de la ASOCIACIÓN

1) La Asamblea General
2) El Consejo Directivo:
    a) Presidente
    b) Secretario
    c) Tesorero
    d) Vocales
3) La Junta de Vigilancia

2.— Órganos de la FUNDACIÓN:

1.— Junta de la Administración
    a) Presidente

b) Secretario

c) Tesorero

d) vocales

3.— Órganos del COMITÉ:

1) La Asamblea General

2) El Consejo Directivo

a) Presidente

b) Secretario

c) Tesorero

d) vocales

2.- ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO SOCIETARIO

2.1.- Órganos de la SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN:

1) Junta General

2) El Directorio

3) La Gerencia

2.2.- Órganos de la SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1) La Junta General

2) La Gerencia

2.3.- Órganos de la SOCIEDAD CIVIL ORDINARIA:

1) La Junta de socios

2) La Administración

2.4.- Órganos de la SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1) La Junta de socios
2) La Administración

2.5.- Órganos de la SOCIEDAD COLECTIVA:

1.— Socio— Administrador

2.6.- Órganos de la SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE:

1.— Socios— Administradores

2.7.- Órganos de la SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES:

1.— Socios Colectivos—Administradores

2.8.- Órganos de la EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1) El Titular
2) El Gerente

3.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD

1.— La Junta General de Accionistas: Máxima instancia. Conformada por todos los socios.

2.— El Directorio: El que se encarga de la gestión social". Conformado por lo menos tres miembros, que deberán ser personas naturales

3.— La Gerencia: La que estará encargada de la *ejecución* y gestión.

4.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1.— La Gerencia

Encargada de la administración de la sociedad. La S.R.Ltda., puede tener uno o más gerentes quienes la representarán en todos los asuntos relativos a su objeto; sus obligaciones están señaladas en la ley, escribe Jesús Munive Taquia.

2.— La Junta General:

"Representa la voluntad de los socios", según refiere Jesús Munive Taquia).

5.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN LOS ESTATUTOS

5.1.- SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN

1.— El Pacto Social: En la cual se inserta el acuerdo de constitución y el capital social.
2.— Denominación, Objeto, domicilio y duración
3.— Capital social y acciones:
    a) Capital social y acciones
    b) Certificados de acciones
    c) Derecho de adquisición preferente

4.— Órganos de la Sociedad:

a) Junta General

- Composición de la Junta General de Accionistas
- Domicilio, convocatoria, quórum y votaciones de la Junta General
- Mayorías Superiores
- Celebración de la junta obligatoria anual

b) El Directorio:

- El Directorio
- Elección del Directorio
- Directores Suplentes
- Quórum del Directorio
- Atribuciones del Directorio

c) La Gerencia:

- El Gerente
- Atribuciones del Gerente General

5.— Modificación del estatuto, aumento y reducción del capital:

- Modificación del Estatuto
- Aumento de Capital
- Reducción del Capital

6.— Estados financieros y dividendos:

- Presentación de los estados financieros
- Reserva legal
- Dividendos

7.— Disolución y Liquidación:

8.— Disposiciones Transitorias:

- Designación del Gerente General
- Constitución del Directorio

9.— Disposiciones Finales:

- Aplicación de la Ley General de Sociedades

- Resolución de conflictos

5.2.- SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1.— Pacto Social:
   - Constitución de la Sociedad
   - Suscripción del capital

2.— Denominación, objeto, domicilio y duración.

La Sociedad Anónima tiene su fundamento esencial en que la participación de las personas que lo constituyen, que son titulares de este tipo de empresa, aportan "capital", exclusivamente. A esta reunión o suma de capitales aportado por todos los socios se le denomina "capital social", es decir, capital de la sociedad. Es en base a este aporte que la empresa puede funcionar, se organiza y administra. Esta capacidad de aportar capital a la empresa, permite y posibilita un sistema de intervención en el mercado sin necesidad de la presencia del socio. No importa tanto la presencia del socio, sino la presencia de su capital.

Sin embargo, por este aporte de capital, el socio adquiere derechos, frente a la misma empresa y no frente a los demás socios. El derecho de percibir los efectos del capital aportado. No existe, sin embargo, una relación entre la persona y la sociedad (la empresa), sino entre la persona y las otras personas que hacen efectivo el derecho.

Definir a la Sociedad Anónima como conformada por capitales significa simplemente que existe una discriminación a priori respecto de cualquier otro tipo de aporte; así, no se admite el aporte de servicios, por eso la Sociedad Anónima es "Conocida también como sociedad por acciones, es una persona jurídica formada por un capital social. No se admite el aporte de servicios."[226], por que su fuerza

[226] Ana calderón Sumarriva, y otros El ABC del Derecho. Editorial EGAcAL, pp. 115.

está en la capacidad adquisitiva que tiene, capacidad medida por el monto del capital acumulado.

La flexibilidad de este tipo de empresa consiste en que el capital está en constante dinamismo, puede ser trasferido a otro titular sin perjudicar o perturbar la actividad empresarial de la Sociedad Anónima; por ello el capital se encuentra representado en "títulos negociables" denominadas "acciones", que permiten separar la propiedad de la administración de la sociedad; así "La sociedad anónima es una sociedad de capitales, con responsabilidad limitada, en la que el capital social se encuentra representado por títulos negociables y que posee un mecanismo jurídico propio y dinámico, orientado a separar la propiedad de la administración de la sociedad."[227] Al ser constituida por patrimonios que pueden ser fácilmente identificados e insertos en las acciones, se provoca también la determinación de "responsabilidad limitada", es decir, que los socios no respondan con sus bienes de las deudas de la sociedad anónima. Lo que significa que sólo hasta el monto de las acciones (del capital suscrito) la sociedad anónima puede responder, liberando de esta manera cualquier peligro perturbatorio o intromisión en la propiedad privada de las personas que han adquirido las acciones.

Por lo tanto, toda Sociedad Anónima es simplemente aquella "clase de sociedad" que está compuesta en exclusividad por socios que se obligan sólo hasta por la concurrencia de su aporte. Por eso, las partes integrantes de la Sociedad son representadas por "acciones negociables", las mismas que son gestionadas o administradas como capital social, por mandatarios revocables, denominados "administradores", que "no responden por el pasivo social con el patrimonio personal", a excepción de aquellos casos en el que tenga "culpa que comprometa su responsabilidad" (Paul Pic).

[227] Enrique Elías Laroza. Ley General de Sociedades Comentada. Editora Normas Legales. Pp. I

SUB CAPÍTULO CUARTO: SOCIEDAD ANÓNIMA

6.- SOCIEDAD ANONIMA

6.1.- ORIGEN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

No está muy claro el origen de este tipo de instituciones colectivas, pues aún hoy hay cierta discrepancia en la doctrina, pues se cree, por un lado, que proviene del Derecho Romano, con las denominadas "societas publicanorum". Otras posturas predican que fue más bien en la Edad Media el origen, con las "Comenda", "las Reedereri", que hacían alusión a las "empresas marítimas"; así mismo como las "Maone" en Venecia; los "Monti di Pietá" de las ciudades itálicas, o "las Compañías Holandesas de las Indias Orientales", en el siglo XVII.

6.2.- CARACTERES ESENCIALES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

1.— Sociedad de capitales
2.— División del capital en títulos negociables
3.— Responsabilidad limitada
4— Mecanismo jurídico particular

Según Enrique Elías Laroza los caracteres son[228]:

1.— Preponderancia del elemento capital sobre el elemento personal;
2.— La división del capital en títulos negociables que representaban partes alícuotas del mismo;
3.— Separación entre la propiedad de la empresa y su administración;

---

[228] Elias Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editorial Normas Legales. Pp. 112..

4.— Surgimiento de rasgos que se traducirían más adelante en la responsabilidad limitada.

6.3.- ESTRUCTURAS COMUNES DE LAS SOCIEDADES

Según se cita líneas abajo, este tipo de instituciones, sociedades, se estructuran en su funcionamiento —"con algunas variantes en las legislaciones de cada país"— de la siguiente manera:

a) La Administración.- La misma que está confiada a un Directorio;

b) La Asamblea General.- Es la reunión de los accionistas, que representan la voluntad de la sociedad, a través de los estatutos y la ley, y por medio de la mayoría.

c) El Sindicato.- Es la entidad encargada de "vigilar y controlar" el orden interno de la sociedad. Existen, además, en otras legislaciones, el control de orden administrativo.

La Sociedad Anónima, es: "Aquella sociedad que está regida por la legislación comercial, sea cual fuere su objeto, que actúa bajo un nombre especial tomado por lo general al menos en parte, de la explotación a que se dedica, tiene su capacidad representado por acciones y sólo socios accionistas de responsabilidad limitada los cuales la administran por medio de un director o un directorio la fiscalizan periódicamente en asambleas".

6.4.- CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Se puede decir que "Una sociedad anónima, si se constituye cuando menos por dos socios en un solo acto por los socios fundadores o en forma sucesiva mediante

ofertas a terceros, contenida en el programa de fundación otorgado por los fundadores."

"La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos, se requiere la misma formalidad."[229]

7.-. ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO SOCIETARIO

7.1.- Órganos de la SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN

1) Junta General
2) El Directorio
3) La Gerencia

7.2- SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN

1— El Pacto Social: En la cual se inserta el acuerdo de constitución y el capital social.
2.— Denominación, objeto, domicilio y duración
3.— Capital social y acciones.—
    a) Capital social y acciones
    b) Certificados de acciones
    c) Derecho de adquisición preferente
4.— Órganos de la Sociedad:
    a) Junta General
        — Composición de la Junta General de Accionistas
        — Domicilio, convocatoria, quórum y votaciones de la Junta General
        — Mayorías superiores

[229] Diccionario de Derecho Comercial. sinney Alex Bravo Melgar. Pp 318, 319.

— Celebración de la junta obligatoria anual

b) El Directorio:

El Directorio

— Elección del Directorio

— Directores suplentes

— Quórum del Directorio

— Atribuciones del Directorio

c) La Gerencia:

— El Gerente

— Atribuciones del Gerente General

5.— Modificación del estatuto, aumento y reducción del capital:

— Modificación del Estatuto

— Aumento de Capital

— Reducción del Capital

6.— Estados financieros y dividendos:

— Presentación de los estados financieros

— Reserva Legal

— Dividendos

7.— Disolución y Liquidación

8.— Disposiciones Transitorias:

— Designación del Gerente General

— Constitución del Directorio

9.— Disposiciones Finales:

— Aplicación de la Ley General de Sociedades

— Resolución de conflictos

8.- DESARROLLO DE LOS ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO SOCIETARIO

Las empresas societarias están conformadas por sus órganos de gobierno y gestión, las cuales están conformadas de acuerdo con la naturaleza y tipo de empresa, así tenemos:

8.1.- Órganos de la SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN:

1 Junta General

2 El Directorio

3 La Gerencia

Capital = acciones nominativas = aportes de accionistas (no responden personalmente por deudas sociales).

La Sociedad Anónima común cuenta dentro de sus órganos con

1) La Junta General;
2) El Directorio;
3) La Gerencia.

8.1.1.- LA JUNTA GENERAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA

La Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la Sociedad Anónima, puesto que subordina la actividad de todos los demás niveles. Enrique Elías Laroza parafrasea: "...la Junta General de Accionistas como instrumento de formación y de manifestación de la voluntad colectiva."[230]

[230] Elias Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editorial Normas Legales. Pp. 236.

La Junta General de Accionistas aparece de tres etapas, hace referencia Enrique Elias Laroza, que es una evolución de la "participación de los socios" en la sociedad anónima. La primera etapa es cuando los administradores tienen el "poder casi omnímodo, intervención de los socios casi inexistente"; la segunda etapa con la creación de las asambleas de socios en las cuales éstos tenían el poder de 'nombramiento y fiscalización de la labor de los administradores´; y el tercero en la cual aparece la Junta General de Accionistas, desde las legislaciones del siglo X y durante el siglo XX.". Enrique Elías Laroza citando a Bruneti, explica "...La asamblea fue concebida por los legisladores del siglo XX como instrumento de formación y manifestación de la voluntad social y, por consiguiente, como máximo órgano de la actividad jurídica,..."[231]

Sin embargo la participación en la actividad económica habría estado aún en manos de los administradores.

El mismo autor citando a Georges Ripert escribe: "El derecho del accionista se reduce, pues, a un derecho de voto.[232]

NATURALEZA JURIDICA DE LA JUNTA GENERAL

Enrique Elías Laroza explica que al ser la Junta General de Accionistas el "Órgano Supremo de la sociedad" es ante todo "un órgano de formación de la voluntad social". Y parafraseando a Verón explica que la Junta General sería "… un órgano corporativo en el que la voluntad social se forma por las voluntades individuales de los accionistas sin que implique directamente relación contractual alguna entre éstos, sino entre la sociedad y sus accionistas."[233] Citando también a Jesús Rubio escribe: "La junta general es, según se ha repetido, un órgano de la sociedad. En el sentido de que las sociedades, personas jurídicas, no pueden elaborar y expresar su voluntad sino a través de un mecanismo legal, de una

[231] Ibídem Pp. 236.
[232] Ibídem Pp. 236.
[233] Ibídem Pp. 239.

organización, que permite llamar órganos a las personas físicas o grupos de personas físicas que, bien individualmente, bien mayoritariamente, la formulan".[234] Concluye este autor, "... la junta general es el órgano de la sociedad donde se forma principalmente la voluntad social."[235]

NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL

La naturaleza de las decisiones de la junta general según Enrique Elias Laroza pueden ser:

a) Un negocio jurídico:
b) Un acto colectivo;
c) Un negocio unilateral;
d) Un acto unitario.

Según Enrique Elías Laroza, citando a Bruneti, "...el acuerdo de la asamblea es un acto colectivo que contiene la declaración unitaria y unilateral de los accionistas; unitaria, porque es la síntesis de la voluntad de todos, y unilateral, porque no representa la composición de intereses contrapuestos, como el contrato, sino la voluntad del ente expresada en el voto de unanimidad o de mayoría."[236]

LA JUNTA GENERAL COMO ÓRGANO SUPREMO

Según Enrique Elias Laroza, y aclarando que "Supremo significa 'que no tiene superior en línea', es necesario también advertir que la Junta General ejerce dentro de sus funciones dentro de su competencia que no tienen facultades de administración de la sociedad (dirección y gerencia), por ejemplo.

---

[234] Ibídem Pp. 239.
[235] Ibídem pp. 239.
[236] Ibídem Pp. 240.

La Junta General de Accionistas de las Sociedades es el órgano supremo de la sociedad, en la que se decide la marcha y dirección de la empresa, es el órgano rector y directriz, pero no ejecutor, sino que dispone la ejecución. La administración y ejecución corresponde a otros órganos como el Directorio.

8.1.2.- EL DIRECTORIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA:

La Sociedad Anónima está administrada por el Directorio que está definido: "El Directorio es un cuerpo colegiado en el que se advierte la desvinculación entre el capital y la gestión, siguiendo el principio de que no se necesita ser socio para desempeñar la función de director, salvo que el estatuto lo exija. La constitución de un sociedad anónima sólo se inscribirá en el registro si en el pacto social están designados los miembros del directorio y el gerente general, salvo el caso de la sociedad anónima cerrada que se constituya sin Directorio"[237] .

ATRIBUCIONES DEL DIRECTORIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Según Ulises Montoya Manfredi[238] el Directorio de la Sociedad Anónima tiene las siguientes atribuciones:

- Cierta libertad de actuación
- Facultad para que nombre comisiones ejecutivas
- Facultad para delegar algunas de sus atribuciones
- Reelección en forma indefinida, de los miembros del Directorio.

Siendo sólo compensadas estas atribuciones con las responsabilidades a las que se le sujeta.

---

[237] Montoya Manfredi, Ulises. Derecho Comercial. Editorial Grijley. Pp. 235.
[238] Ibídem Pp. 235.

LAS FUNCIONES DEL DIRECTORIO

Se puede decir que "La función principal del Directorio es la gestión social con carácter permanente".[239]

COMPETENCIA DEL DIRECTORIO

De acuerdo con lo dicho por Ulises Montoya Manfredi[240], la competencia del Directorio puede ser de dos formas: externo e interno.

1.- COMPETENCIA EXTERNA DEL DIRECTORIO

Este tipo de Competencia externa del Directorio consiste en las "facultades de representación", asimismo, "La Ley hace referencia al directorio como cuerpo colegiado, por lo que debe entenderse que es el directorio como tal, y no los directores aisladamente, quien ostenta la representación de la sociedad. Se trata, en consecuencia, de una representación colectiva.[241]

2.- COMPETENCIA INTERNA DEL DIRECTORIO

Se refiere "...a los deberes de gestión dentro de las limitaciones legales, que resultan del objeto social, exceptuándose aquellos asuntos que la Ley o el estatuto atribuyen a la junta general".[242]

Puede delegarse a favor de algún Director la ejecución de los acuerdos adoptados.

LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

---

[239] Ibídem Pp. 235.
[240] Ibídem . Pp. 241.
[241] Ibídem Pp. 241.

[242] Ibídem Pp. 241.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Según explica Enrique Elías Laroza la división entre propiedad y administración de esta propiedad es el origen histórico del tipo de administración de las sociedades anónimas. Esto se produjo cuando a través del capitalismo se produce un fenómeno singular: "La disociación entre la propiedad sobre los medios de producción y el ejercicio de la potestad de la propiedad. Parafraseando a Angel Cristóbal Montes, describe que existe una diferencia entre propiedad y poder, que se puede "tener el poder sin ser propietario", que "se puede ejercer el poder sin sometimiento al riesgo".[243] Esta fórmula como estrategia técnica económica permite la separación de los agentes que intervienen en el proceso empresarial. Por un lado el dueño del patrimonio, capital, y por otro lado los administradores. Y se pone en relieve el hecho que la propiedad no necesariamente genera riqueza en forma automática, pues no es necesariamente la propiedad, sino los efectos, o aquello que se puede hacer en base a la propiedad, lo que genera actividad empresarial, empresa, riqueza. Por un lado el dueño o propietario del capital o bienes, cede el uso de su propiedad, asume los riesgos del uso de su propiedad, todo con la finalidad que otros le den uso y produzcan rentas, ganancias, que hagan de su propiedad rentable. Por otro lado el administrador, el que hace uso de los efectos o potestades de la propiedad lo ejerce sin someterse al riesgo, pero bajo ciertas responsabilidades; por ello escribe Cristóbal Montes, parafraseado por Enrique Elías Laroza, que el administrador "tiene el poder sin ser propietario", "ejerce ese poder sin sometimiento al riesgo".[244]

PODER SOBRE LA PROPIEDAD AJENA

Se puede apreciar que "En la sociedad no encontramos un reflejo de las potestades jurídicas que cualquier propietario ejerce respecto de un patrimonio, pues la eficacia de la sociedad como instrumento económico y empresarial exige

[243] Elias Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editorial Normas Legales. Pp. 315.
[244] Ibídem Elias Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editorial Normas Legales. Pp. 315.

dispersión del capital y una concentración de mando, para permitir eficiencia y profesionalismo en la dirección e inversión de los recursos de la sociedad. Aparece así una forma de poder que se ejerce sobre la propiedad ajena: la administración societaria".[245]

Administración societaria = Poder sobre la propiedad ajena.

Al margen de esto, se puede advertir que la división, disociación propietario y administración es evidentemente un acto que divide las capacidades de los agentes que intervienen en la empresa, y deja un margen que permite la conjunción de tipos diversos. Por ejemplo, el capitalista, el dueño del patrimonio no tiene que saber necesariamente gerenciar la empresa, es más sólo requiere tener la propiedad del capital, pero para que este capital pueda reproducirse, pueda activarse empresarialmente, hay necesidad que "profesionales" de la actividad empresarial manejen la propiedad.

Capacidad empresarial y condición de propietario son dos fenómenos que no se presentan, necesariamente, juntos, unidos. Así que lo que se hace es articular estos dos factores, elementos, para lograr un fin común: producción de riqueza, de utilidades, rentas.

Hay pues separación de cualidades (propietario, profesional), pero conjunción del fin perseguido (beneficios económicos).

ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA

Es ese poder ejercido sobre la propiedad ajena lo que constituye la administración societaria: "la administración societaria es el conjunto de actos y decisiones sobre

[245] Ibídem Elias Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editorial Normas Legales. Pp. 315.

el patrimonio de la sociedad que están encaminados a conseguir la realización de las actividades empresariales y el objeto social de la compañía"[246]

LAS TEORÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Se puede perfilar las siguientes teorías sobre la administración:

A) LA TEORÍA DEL MANDATO

Enrique Elías Laroza explica que en los inicios de las sociedades anónimas, era necesario revestir a los administradores de un estatus jurídico que representara garantía de su actuación frente a terceros, cuando actuaba en interés del patrimonio ajeno; esta investidura jurídica debía dar seguridad de las potestades para representar el interés ajeno, y a la vez, dar las seguridades para que los terceros quedaran vinculados con la sociedad. Para esto surgió la teoría del mandato o representación. Asi, se puede observar que "En los inicios de la sociedad anónima, para los administradores resultaba necesario un ropaje jurídico que justificara su actuación frente a terceros en interés de un patrimonio ajeno, y que, al mismo tiempo, resultase garantía suficiente para tales terceros de que toda operación comercial concretada con el administrador vinculaba también a la sociedad que éste decía representar. Como respuesta a esta cuestión surgió la teoría del mandato o representación."[247]

E) LA TEORÍA DEL ÓRGANO

Esta teoría tiene su basamento en la organización interna de la sociedad. Así, "Conforme a la teoría del órgano, la sociedad tiene una estructura interna compleja, en la que las funciones de representación, gestión y actuación empresarial deben ser reguladas por ley y atribuidas a distintos órganos, a través

[246] Ibídem Enrique Elías Laroza. Ley General de Sociedades comentada. Editora Normas Legales. Pp. 315.

247 Ibídem . Pp. 315.

de los cuales la sociedad se expresa. En tal sentido, los administradores sociales, a diferencia de los representantes, no expresan su propia voluntad sino que son portadores de la voluntad de la persona jurídica, en opinión de Julio Otaegui."[248]

Por su parte "los administradores son órgano de representación y de gestión social y que ambas son en esencia, las funciones que deben realizar. / La gestión se manifiesta en las operaciones y actos que son decididos para desarrollar el objeto social y realizar la actividad empresarial. / La función de representación supone la adopción de actos de ejecución y de políticas y programas para desarrollar el objeto social."[249]

Expresa Enrique Elías Laroza que "la Nueva Ley General de Sociedades acoge la teoría del órgano; y puesto que la administración queda a cargo del directorio y de los gerentes. Con la excepción del directorio facultativo de las Sociedades Anónimas Cerradas, en la cual el gerente general tiene las funciones del directorio".[250]

EL DIRECTORIO

El Directorio es "el órgano colegiado elegido por la junta general".

NATURALEZA DEL DIRECTORIO

Elías Laroza refiere que la Nueva Ley General de Sociedades se adhiere a la Teoría del Órgano. Así el Directorio es "el órgano de gestión y representación de la Sociedad Anónima"[251].

248 Ibídem s. Pp. 316.
249 Ibídem . Pp. 316.
250 Ibídem . Pp. 316.
251 Ibídem . Pp. 317.

Al ser el Directorio Colegiado se está condicionando a este a la conformación por una pluralidad de miembros, en número de tres o más. Esto supone también que las decisiones deben ser adoptadas por el Directorio como órgano colegiado, y no a título personal. Esto es un sistema de control y responsabilidad colectiva; debe anotarse también que la elección del Directorio cuando se trata de distintas clases de acciones, debe efectuarse por Juntas Especiales. Recordemos que el Directorio lo designa la Junta General. Y que cada clase elige al miembro del Directorio de su clase.

REMOCIÓN DE LOS DIRECTORES

Elías Laroza explica que mediante el "principio de la libre revocabilidad de los administradores", "la doctrina societaria reconoce la posibilidad de la junta general de disponer, en cualquier momento, el apartamiento del director.[252] Por eso, "... se trata de un caso de remoción ad nutum, que puede ser decidido sin expresión de causa por la junta general".[253] Así, "el ejercicio del Ad nutum ha planteado la pregunta de si el director removido tiene o no derecho a una indemnizacion. La doctrina se ha inclinado negativamente. Sin embargo, cabe anotar que puede surtir efectos cuando la remoción afecta otros derechos del director, como su dignidad, reputación, imagen pública, etc.". En esta fase también se habla de "cláusulas de refuerzo".

---

[252] Ibídem E Pp. 318.
[253] Ibídem E Pp. 318

Los Directores pueden ser también suplidos o alternados. Por eso se habla de la existencia de Directores Suplentes o Alternos.

5.— Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o estén sujetos a acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad y los que estén impedidos por mandato de una medida cautelar dictada por la autoridad judicial o arbitral; y,

6.— Los que sean directores, administradores, representantes o apoderados de sociedades o socios de sociedades de personas que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente.

CONSECUENCIAS DEL IMPEDIMENTO

Como consecuencia del impedimento se puede decir que:

- Responden por los daños y perjuicios que sufra la sociedad;
- Serán removidos de inmediato por la Junta General, a solicitud de cualquier director o accionista.

ASPECTOS FUNDAMENTALES RESPECTO AL DIRECTORIO

Dentro de los aspectos fundamentales que se trata respecto del Directorio, Enrique Elías Laroza describe lo siguiente: Duración, renovación, cooptación y reelección, continuación de funciones.

Luego tenemos lo referente a la elección por voto acumulativo; participación de las minorías en el directorio; el sistema del voto acumulativo, elección por clases

distintas de acciones, forma de completar las vacancias, regulación de sistemas diferentes por el estatuto, elección por unanimidad.

Asimismo tenemos lo referente a la Presidencia del Directorio, convocatoria del directorio, retribución del directorio, participación en las utilidades, convocatoria del directorio, sesiones universales.

Más allá tenemos el Quórum de asistencia, Quórum legal, Quórum estatutario. Acuerdos, sesiones no presenciales: Acuerdos del Directorio, Mayoría, Voto dirimente, Sesiones no presenciales. Actas: Actas y sesiones no presenciales, validez de los actos, inexactitud de las actas y responsabilidades de los directores por su contenido.

Ejercicio del cargo y reserva: Desempeño diligente del cargo de director, Reserva sobre la información social; gestión y representación, información y funciones, delegación. Facultades del directorio, información y funciones del directorio, Delegación y los comités ejecutivos. Información fidedigna; información suficiente, fidedigna y oportuna.

Obligaciones por pérdidas: La relación legal entre las pérdidas y el capital de una sociedad anónima; Pérdida de más del 50% del capital; 3.— Pérdida de los dos tercios del capital; 4.— Pérdida del 100% o más del capital; 5.— Responsabilidad del directorio.

Responsabilidad del Directorio. Naturaleza jurídica de la responsabilidad, Caracteres de la responsabilidad, Responsabilidad por culpa, responsabilidad por daños y perjuicios, responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, responsabilidad civil y penal, extensión y exención de la responsabilidad, las causales de responsabilidad de los directores. Acuerdos o actos contrarios a la ley o al estatuto, Dolo y abuso de facultades, Negligencia grave; Incumplimiento de

acuerdos de la junta general; Responsabilidad de los resultados adversos del negocio.

Luego viene lo referido a los Contratos, créditos, préstamos o garantías, en la cual se desarrollan: Condiciones para la celebración de contratos, créditos; préstamos a garantías con directores de la sociedad; Extensión a empresas vinculadas y a los parientes; Responsabilidad de los directores ante estos actos.

Pretensión social de responsabilidad: Concepto de pretensión social de responsabilidad; Personas legitimadas para ejercer la pretensión social: La propia sociedad, los accionistas, bajo determinados requisitos, Caso excepcional de ejercicio por cualquier accionista. Los acreedores de la sociedad.

Pretensión individual de responsabilidad. El daño directo como objeto de la pretensión. Exclusión del daño inferido a la sociedad.

Responsabilidad Penal: La regulación de la responsabilidad penal. La caducidad de la responsabilidad civil.

8.1.3.- LA GERENCIA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Según Sidney Alex Bravo Melgar el Gerente proviene "del latín gerens, entis: 'el que dirige'. Persona a quien la ley, los estatuos societarios o la asamblea de socios según el tipo de empresa, le encomienda la administración de los negocios." [254]

9.- SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN

En las Sociedades Anónimas comunes tenemos los siguientes elementos:

[254] Sidney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 206.

1.— El Pacto Social: En la cual se inserta el acuerdo de constitución y el capital social.

2.— Denominación, objeto, domicilio y duración

3.— Capital social y acciones.—

a) Capital social y acciones

b) Certificados de acciones

c) Derecho de adquisición preferente

4.— Órganos de la Sociedad:

a) Junta General

— Composición de la Junta General de Accionistas

— Domicilio, convocatoria, quórum y votaciones de la Junta General

— Mayorías Superiores

— Celebración de la Junta Obligatoria Anual

b) El Directorio:

— El Directorio

— Elección del Directorio

— Directores Suplentes

— Quórum del Directorio

— Atribuciones del Directorio

c) La Gerencia:

— El Gerente

— Atribuciones del Gerente General

5.— Modificación del estatuto, aumento y reducción del capital:

— Modificación del Estatuto

— Aumento de Capital

— Reducción del Capital

6.— Estados financieros y dividendos:

— Presentación de los estados financieros

— Reserva Legal

— Dividendos

7.— Disolución y Liquidación:

8.— Disposiciones ‘transitorias:

— Designación del Gerente General

— Constitución del Directorio

9.— Disposiciones Finales:

— Aplicación de la Ley General de Sociedades

— Resolución de conflictos

10.- TIPOS DE SOCIEDAD ANÓNIMA

Las Sociedades Anónima, vista su amplitud y la necesidad de adoptarse a los diferentes intereses de las personas participantes, se ha conformado en dos tipos:

- Sociedades Anónimas Abiertas; y
- Sociedades Anónimas Cerradas.

10.1.- SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA

La Sociedad Anónima Cerrada es aquella determinada por un número reducido de accionistas, y “no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores”[255].

Las Sociedades Anónimas Cerradas tienen ciertas características o peculiaridades, como son el número de accionistas, la inscripción en el Mercado de Valores. “La Sociedad Anónima es cerrada cuando tiene no más de veinte accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. No se puede solicitar la inscripción en dicho registro de las acciones de una sociedad anónima cerrada. La denominación debe incluir la indicación ‘Sociedad Anónima Cerrada’, o las siglas S.A.C.”[256] Para explicarnos más vamos a desglosar sus elementos, los que son:

---

[255] Sydney Alex Bravo Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. pp.
[256] Diccionark, de Derecho comercial. Sinney Alex Bravo Melgar. pp 320, 321.

EL NÚMERO DE ACCIONISTAS

Una Sociedad Anónima es cerrada, o se la considera de este tipo para efectos jurídicos y comerciales, cuando tiene un número reducido establecido de accionistas. Esta disposición, del número de accionistas, tiene su fundamento en la limitación de los posibles accionistas, y en pro de ampliar el beneficio, y también en poder gestionar o participar de forma más precisa y directa en el manejo de la sociedad.

EL REGISTRO PÚBLICO DEL MERCADO DE VALORES

A diferencia del otro tipo, la Sociedad Anónima Cerrada no necesita inscribirse en el Registro del Mercado de Valores.

10.2.- SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

En el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas, esta se diferencia de las Cerradas, porque el número de participantes, socios, es abierto, y no se excluye la posibilidad de ingreso, con ciertas condiciones, así "La sociedad anónima es abierta, cuando se ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones..." [257]

FORMALIDADES

— En principio la denominación debe incluir la indicación de "Sociedad Anónima Abierta" o las siglas S.A.A.

Lo fundamental de este tipo de Sociedades es el hecho que necesita para funcionar un gran capital. Motivo por el cual, siendo promovida por unos pocos, "necesita del capital de muchos", y es así que necesita "recurrir al ahorro público", al

[257] Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 320.

mercado de capitales. Para lograr obtener el ahorro público las acciones están difundidas entre miles de accionistas, y al entrar en el Mercado de Valores, la transmisión de estas acciones es fluida. Por ello, "En términos generales se puede afirmar que la sociedad anónima abierta se identifica con la gran sociedad anónima que es promovida por unos pocos pero que necesita del capital de muchos y, por tanto, recurre al ahorro público. Este tipo de sociedad ha de apelar, para su financiación, al mercado de capitales y busca inscribir sus acciones en el Registro Público de Valores a fin de cotizar en bolsa las acciones, o en su defeco mantener no inscribir sus acciones en bolsa, pero reguladas por su condición de tales por las normas que regulan el Mercado de Valores. Al querer concentrar un gran capital, encontramos que las acciones se encuentran difundidas entre miles de accionistas y que se trasmite frecuentemente. / La característica de este tipo de sociedad es la de heterogeneidad de la composición de su accionariado, que no puede dejar de influir en el funcionamiento de estas sociedades y que se deriva del hecho de recurrir a amplias masas de capital en manos de un gran público indefinido. Así encontramos un grupo o grupos de accionistas que controlan la sociedad frente a otro grupo que se desentiende de la marcha de la misma, renunciando a ejercitar su derecho de voto. Cada grupo tiene intereses distintos."[258]

Participación de pocos, pero necesidad de grandes capitales, es lo que constituye a las Sociedades Anónimas Abiertas. Para esto último se requiere aperturar un mecanismo que permita la acumulación de estos grandes capitales, lo que se ha logrado, en este tipo de empresa, a través del mercado de capitales, en el cual las acciones pueden ser cotizadas y adquiridas, es decir, a través de la venta de acciones logra obtener el gran capital social que requiere para funcionar. Por lo tanto, las acciones pueden estar difundidas en propiedad de infinidad y variedad de personas, "de un gran público indefinido". ¿Significa que no se conoce necesariamente al agente portador de la acción?, ¿que no interesa si las personas titulares de las acciones reúnen o no condiciones morales, éticas, o jurídicas

[258] Montoya Manfredi, Ulises. Derecho Comercial. 11ª edición actualizada. Editorial Grijley. Pp. 296.

determinadas? ¿Puede por lo tanto un delincuente comprar una acción? ¿Eso es lo que significaría el "gran público indefinido? Para determinar esto se requiere conocer primero los requisitos para adquirir acciones.

Por otro lado, la posibilidad de activar los capitales de los demás, el "ahorro público", sin necesidad de contar con la participación directa de la persona, es un elemento o característica esencial de este tipo de empresas. Por la cual hay evidentemente una división de los accionistas en dos grupos: Unos que "controlan la sociedad", y otros que se desentienden de ello, y "renuncian a ejercitar su derecho al voto". Esto significa que no hay necesidad de todos para dirigir la empresa, sino de sus capitales. No es la actividad productiva, sino la capacidad económica, es decir, el capital, lo que interesa de los accionistas. Los intereses de estos grupos son claramente diferentes en el tipo de participación, pero iguales en el interés de recoger beneficios, y aumentar su capital.

Además, para lograr el control de este tipo de sociedades, (Sociedad Anónima Abierta), se le somete al control de la CONASEV; existiendo, también, protección al accionista minoritario.

La participación en este tipo de sociedades, y la adquisición de las acciones se basa en un principio unitario del accionista, la mayor seguridad de profesionalismo y eficiencia de la empresa, es decir que la empresa aparezca como rentable por estos dos factores anteriormente mencionados. Los que administran las empresas no tienen que ser los mismos socios, porque estos bien no podrían ser profesionales en la materia; así, el capitalista, el socio, está interesado en que quienes dirijan la empresa sean profesionales, a diferencia de las pequeñas empresas, por ejemplo, donde quien detenta el capital dirige también la empresa. Lo importante en este tipo de sociedades es la rentabilidad de la inversión. Por eso mismo las acciones pueden negociarse en "mecanismos centralizados bursátiles". Así, "La sociedad anónima abierta al público, como institución con características definidas en el mundo societario, aparece cuando la

acumulación del capital hizo necesaria la creación de nuevos mecanismos canalizadores de la inversión y el ahorro, a través de empresas organizadas en base al nuevo interés del inversionista, el cual no podía ser satisfecho a través de las formas societarias clásicas, fieles al principio del afiectio societatis en el que se fundaron. / La elección del inversionista se dirige a aquella forma societaria en que se organiza la empresa receptora de su ahorro o inversión. No le resulta interesante, ni necesario, expresar su voluntad en el seno de la empresa, sino que la misma sea conducida con profesionalismo y eficiencia. La disociación entre el control del capital y el manejo de la empresa se agudiza sobre la base de considerar que el profesionalismo de la administración es el único medio para asegurar la rentabilidad de la inversión. En ese momento surge la sociedad anónima abierta, como el mecanismo idóneo para centralizar, administrar y redituar la inversión en el capital. / Se ha sostenido que la sociedad anónima abierta se origina en la Corporate System del Common Law, algunas de cuyas características han sido trasladadas a los sistemas continentales y a nuestra propia tradición jurídica. Resulta interesante señalar que la esencia de estas corporaciones abiertas consiste en la movilidad de su capital, lo que ha llevado a la creencia que únicamente pueden ser sociedades anónimas abiertas aquéllas cuyas acciones se negocian en mecanismos centralizados bursátiles. Como veremos, ésta es una de las razones para dar vida a una sociedad anónima abierta, pero no es la única."[259]

Asimismo se puede decir que "La sociedad anónima abierta al público —que, como veremos, no es más que un mecanismo jurídico emisor de títulos negociables — es una institución jurídico—público, instituida por ley, para recoger el ahorro, con vistas a la explotación de las empresas, y una forma social de la organización económica".[260]

259 ' Enrique Elías Laroza. Ley General de Sociedades — comentada. Editorial Normas Legales SA. pp. 508.
260 Enrique Elías Laroza. Ley General de Sociedades — comentada. Editorial Normas Legales S.A. pp. 509.

PROPUESTAS DE MEJORAMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE ACUERDO A LA CONASEV

Según Ricardo Beaumont Gallirgos, la CONASEV propuso las siguientes modificaciones a la Ley, respecto a las Sociedades Anónimas:

1.— Derecho del Accionista: Certificado de suscripción preferente; 2.— Participación de la minoría; 3.— Remuneración del directorio y del consejo de vigilancia.

Propuestas de Ricardo Beaumont Gallirgos, respecto de las Sociedades Anónimas:
1.— Cambio de denominación,
2.— Sindicación de acciones
3.— Contratos de colaboración empresarial
4.— Escisión de sociedades
5.— Balance y distribución de utilidades: legislación tributaria y práctica contable
6.— Legislación complementaria y/o modificatoria.

MODIFICACIONES PUNTUALES

Sustento, según Ricardo Beaumont Gallirgos, respecto de las Sociedades Anónimas:

1.— ¿Acciones al portador?
2.— Capital social suscrito, pagado y autorizado: implicancias para el quórum y la adopción de acuerdos válidos.
3.— Sociedad Anónima abierta y Sociedad Anónima Cerrada
4.— Regulación ordenada de los papeles comerciales que emiten las sociedades anónimas
5.— Detalles
6.— Utilización de porcentajes

SUB CAPITULO QUINTO: SOCIEDAD COLECTIVA

1.- SOCIEDAD COLECTIVA

Este tipo de sociedad, que también está contemplado en la Ley General de Sociedades, puede definirse como "Aquella en que los socios, actuando bajo una razón social, responden ante los terceros por las operaciones sociales en forma subsidiaria, personal y solidaria, aun cuando en las relaciones vinculatorias entre ellos sus derechos y deberes (obligaciones) se rijan por el estatuto societario."[261]

Según Sydney Alex Bravo Melgar la Sociedad Colectiva fue llamada en un principio por Savary y Pothier como "sociedad en nombre colectivo", y estuvo normada en el Código de Comercio francés de 1807, desde la que se difundió a otras legislaciones.

Usando los antecedentes documentales, se puede agregar que, en cuanto a las Sociedades Colectivas, "... la doctrina nos enseña, que nace en el seno de las familias de los mercaderes. Como paradigma se establece que los hermanos continuaban la explotación del negocio mercantil, incoado por el padre, constituyendo entre ellos una especie de comunidad familiar (societas duroum fatrum), que más tarde se transforma en una comunidad de trabajo entre personas no ligadas por razones de parentesco. Mas aun transformándose el vínculo familiar en vínculo social, subsiste siempre como antecedente de su origen, el elemento de confianza mutua, de solidaridad, de cooperativismo (ad unum panem et vinum). Posteriormente hasta la etapa de la edad media, no aparece en los legados históricos la sociedad colectiva con su molde actual, vale decir contemporáneo. A partir del siglo XIV la teoría y la práctica italianas se ocuparon de esta modalidad societaria; fue recién en el año de 1673 en el que obtiene su reconocimiento legislativo a través de una Ordenanza francesa y se le catalogó

[261] Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 321.

como “Sociedad General”; de allí pasó al Código Francés bajo la denominación de “Sociedad de nombre colectivo”. Sin embargo se argumenta que anteriormente había sido regulada en España por medio de las Ordenanzas de Bilbao, las cuales fueron confirmadas en el año de 1737”.[262]

Por eso, se puede concluir que “La sociedad colectiva puede definirse como la sociedad personalista dedicada, en nombre colectivo y bajo el principio de la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los socios, a la explotación de una industria mercantil (GARRIGUES). De parecer similar es BRUNETTI al indicar que es la sociedad de personas que ejerce una actividad comercial, en la que todos los socios son responsables ilimitada y solidariamente por las obligaciones de la sociedad.”[263]

Según explica el referido autor, este tipo de sociedades se singulariza por su carácter “personalista”, es decir, que todos los socios participan en la gestión social, como una comunidad de trabajo; y que el crédito que pueden obtener está en conexión directa con las personas o socios que conforman la sociedad.[264]

2.- Órganos de la SOCIEDAD COLECTIVA

1.— Socio— Administrador

3.- ELEMENTOS DE LA SOCIEDAD COLECTIVA EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN

Tenemos los siguientes:

1.— Pacto social:

— Constitución de la sociedad

— Suscripción del capital

262 Sydney Alex Bravo Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. pp. 322.

263 Beaumont Gallirgos, Ricardo. Derecho Comercial y reestructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 77.

264 (Beaumont Gallirgos, Ricardo. Derecho Comercial y reestructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 77.)

2.— Nombre, objeto, domicilio y duración:

— Razón social

— Objeto social

— Domicilio social

— Duración

3.— Capital y participaciones:

— Capital social

— Participaciones sociales

— Registro de participaciones

— Transferencia de participaciones

4.— De los socios, representación y administración de la sociedad:

— Administración de la sociedad

— Facultades del Socio—Administrador

— Oposición de los socios

— Revocación del Socio—administrador

— Beneficio de excusión

— Derecho de Repetición

— Separación, exclusión o muerte del socio

5.— Remuneraciones de los socios:

— Remuneración del Socio—Administrador

6.— Utilidades y pérdidas

— Utilidades

— Pérdidas

7.— Separación o exclusión de socios:

— Causales de separación o exclusión de socios

8.— Disolución y liquidación de la sociedad

9.— Disposiciones Finales:

— Aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades

— Resolución de conflictos de intereses

SUB CAPITULO SEXTO: SOCIEDAD COMERCIAL

1.- SOCIEDAD COMERCIAL

La Sociedad Comercial es aquella organización de personas, que unidas por un vinculo o fin lucrativo, crean un fondo común, o dicho en términos más técnicos, se puede definir a la Sociedad Comercial como la "Asociación voluntariamente organizada por personas que mediante cierto aporte crean un fondo patrimonial común, uniendo sus esfuerzos para explotar una determinada empresa con ánimo de obtener un beneficio económico individual a través de la participación en las ganancias y respondiendo de las pérdidas posibles. Se caracteriza por no encontrarse en ella dos partes con intereses contrapuestos, sino fusionadas sus voluntades para obtener un resultado beneficioso común, originado en la actividad económica que despliega la organización empresarial que ha contribuido a crear o a posibilitar su desenvolvimiento." [265]

Formalidades:

Dentro de las formalidades que se tienen que cumplir para que la Sociedad Comercial sea legítima y válida, tenemos:

— Inscripción en los Registros correspondientes.

2.- SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La Sociedad Comercial puede ser de Responsabilidad Limitada, en la cual el capital se divide. Así, "En la sociedad comercial de responsabilidad limitada, el

[265] Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 323.

capital está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no pueden ser incorporadas en títulos valores, ni denominarse acciones."

2.1.- Formalidades

Las formalidades exigidas son las siguientes:

- Número de socios determinado
- Indicación de la nomenclatura "Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada", o su abreviatura "S.R.L.".

2.2. ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:

Dentro de los órganos de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada tenemos los siguientes:

1) La Junta General
2) La Gerencia

2.3.- LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN

Dentro de los Estatutos de Constitución de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada tenemos los siguientes elementos:

1.— Pacto Social:

— Constitución de la Sociedad
— Suscripción del capital

2.— Denominación, objeto, domicilio y duración:

— Denominación
— Objeto social

— Domicilio social

— Duración

3.— Capital y participaciones:

— Capital social

— Participaciones sociales

— Derecho de adquisición preferente

— Formalidades de la transferencia de participaciones

4.— Órganos de la Sociedad

a) La Junta General:

— Composición de la Junta General

— Domicilio, Convocatoria, Quórum y votaciones de la Junta General

— Mayorías superiores

— Fecha de celebración de la Junta obligatoria anual

b) La Gerencia:

— La Gerencia

— Gerente General

— Atribuciones del Gerente General

5.— Modificación del Estatuto, aumento y reducción del capital:

— Modificación del Estatuto

— Aumento de capital

— Reducción de capital

6.— Estados financieros y dividendos:

— Presentación de los estados financieros

— Reserva legal

— Dividendos

7.— Disolución y Liquidación:

8.— Disposiciones transitorias:

— Designación del Gerente

9.— Disposiciones finales

— Resolución de conflictos

SUB CAPITULO SÉPTIMO: SOCIEDADES EN COMANDITA

1.- SOCIEDADES EN COMANDITA

Se entiende por Sociedad en Comandita cuando existen dos tipos de socios, uno el que pone el capital y el otro el que pone su ciencia. Es decir, hay un socio capitalista y un socio industrial. Por esto, una Sociedad en Comandita, es: "... la forma social surge cuando ambos contratantes aportan capital collegantia, contrapositio, aquí existe un socio capitalista conocido como socius pecunieae y un socio capitalista e industrial socius industriae et pecuniae. Es allí donde se plasman la bifurcación que conduce respectivamente a la sociedad comanditaria."[266]

El mismo Sydney Bravo Melgar reseña que este tipo de sociedad parece haber surgido en la antigua commenda de la Edad Media, en la que existía un capitalista el Commendator, y uno que hacía las transferencias comerciales, denominado tractator. Sin embargo no existía aún la sociedad, y sólo se constituye después.

También se la puede definir como "aquellas sociedades, constituidas por socios colectivos o comanditarios. Los primeros responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales; mientras que los comanditarios responden sólo hasta la parte del capital que se hayan comprometido a aportar. El acto constitutivo debe indicar quienes son los socios colectivos y quienes los comanditarios."[267]. Es decir, definidas por el grado de responsabilidad de los socios y de sus aportes.

La diferencia entre un tipo de socio y otro es realmente grande, porque mientras unos responden ilimitadamente de las deudas sociales, otros tienen responsabilidad limitada, así, "La sociedad en comandita, igualmente, es una

[266] Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 324.

[267] Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 332.

sociedad personalista que ejercía una actividad mercantil y se caracteriza por la coexistencia de socios colecivos que responden ilimitadamente de las deudas sociales, y de socios cuya responsabilidad es limitada, que se denominan comanditarios (SÁNCHEZ CALERO).”[268]

2.- CALIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS DE LAS SOCIEDADES

Existe, en la complejidad de la normatividad de recaudación estatal, una diferenciación en los tipos de sociedades, que afecta directamente en la imposición de tributos, asi’” Vale anotar aquí que para efectos tributarios, sólo la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones, tienen la naturaleza de personas jurídicas. En estos casos, el impuesto a la renta afecta la utilidad de la sociedad como renta de tercera categoría y el saldo que se distribuye o se capitaliza es renta para los socios como renta de segunda categoría. Las demás sociedades no son personas jurídicas y no resultan gravadas con el impuesto. La utilidad de la sociedad, en esos últimos casos, sostiene LUNA VICTORIA, se imputa proporcionalmente a cada socio, aún cuando no hubiese sido efectivamente distribuida, de modo tal que cada uno de ellos asume personalmente una parte del impuesto.”[269]

3.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

Los órganos de la Sociedad en Comandita Simple son: Socios— Administradores

4.- ELEMENTOS ESTABLECIDOS EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES EN COMANDITA SIMPLE

Los elementos que integran necesariamente los Estatutos de Constitución de las Sociedades en Comandita Simple son:

---

[268] Beaumont Gallirgos, Ricardo. Derecho Comercial y reestructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 78.
[269] Beaumont Gallirgos, Ricardo. Derecho Comercial y reestructuración empresarial. Editorial Alternativas. Pp. 78.

1.— Pacto social:

— Constitución de la sociedad

— Suscripción del capital social

2.— Nombre, objeto, domicilio y duración:

— Razón social

— Objeto social

— Domicilio social

— Duración de la sociedad

3.— Capital y participaciones:

— Capital social

— Participaciones sociales

— Registro de participaciones

— Transferencia de participaciones

4.— De los socios, representación y administración de la sociedad:

— Representación y administración de la sociedad

— Facultades de los Socios—Administradores

— Beneficio de excusión

— Derecho de repetición

— Separación, exclusión o muerte del socio

5.— Remuneración de los socios colectivos:

— Remuneración de los socios colectivos

— Derecho del Socio comanditario

— Utilidades

— Casos de separación o exclusión de socios

6.— Disolución y liquidación de la sociedad

7.— Disposiciones Finales:

— Aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades

— Resolución de conflictos de intereses

5.- SOCIEDAD COMANDITA POR ACCIONES

Por Sociedad en Comandita por Acciones se entiende a aquella que se configura como una mixtura entre la Sociedad Anónima y la Sociedad Comercial Simple, es decir como un híbrido.[270] Existiendo dos tipos de socios: Los Socios comanditarios, y los socios colectivos.

6.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

Los órganos de la Sociedad en Comandita por Acciones son:

1.— Socios Colectivos—Administradores

7.- ELEMENTOS EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES EN COMANDITA POR ACCIONES

Dentro de los Estatutos de Constitución las Sociedades en Comandita por Acciones tienen los siguientes elementos:

1.— Pacto social:
- — Constitución de la sociedad
- — Suscripción del capital social

2.— Nombre, objeto, domicilio y duración:
- — Razón social
- — Objeto social
- — Domicilio social
- — Duración de la sociedad

3.— Capital y Participaciones:

---

[270] Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 325.

— Capital social
— Registro de acciones
— Transferencia de acciones

4.— Socios, representación y administración de la sociedad:
— Representación y administración de la sociedad
— Facultades de los Socios—Administradores
— Derecho de remoción de los socios colectivos
— Responsabilidad de los socios colectivos
— Beneficio de excusión
— Derecho de repetición
— Separación, exclusión o muerte del socio

5.— Disposiciones finales:
— Aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades
— Resolución de conflictos

SUB CAPITULO OCTAVO: SOCIEDAD CIVIL

1.- SOCIEDAD CIVIL

La Sociedad Civil es un tipo de sociedad que con fin económico se realiza por el ejercicio de una profesión, oficio, pericia, en forma personal, por algunos o por todos los socios, es decir, que "La sociedad civil se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios."[271]

2.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CIVIL ORDINARIA

Los órganos de la Sociedad Civil Ordinaria son:

1) La Junta de socios

[271] Sydney Alex Bravo Melgar. Diccionario de Derecho Comercial. Pp. 332.

2) La Administración

3.- ELEMENTOS CONTENIDOS EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES ORDINARIAS

Dentro de los Estatutos de Constitución de las Sociedades Civiles tenemos los siguientes elementos:

1.— Pacto Social
2.— Nombre, objeto, domicilio y duración
3.— Capital y participaciones
4.— Órganos de la sociedad: a) La Junta de socios; b) La Administración.

4.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Los órganos de la Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada tenemos:

1) La Junta de socios
2) La Administración

5.- ELEMENTOS CONTENIDOS EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Los elementos contenidos dentro de los Estatutos de Constitución de las Sociedades Civiles de Responsabilidad Limitada tenemos:

1.— Pacto social:
— Constitución de la sociedad
— Suscripción de participaciones
2.— Nombre, objeto, domicilio y duración:

— Razón social

— Objeto social

— Domicilio social

— Duración

3. Capital y participaciones

— Capital social

— Participaciones sociales

— Registro de participaciones

— Transferencia de participaciones

4.— Órganos de la Sociedad:

a) La Junta de socios:

— La Junta de Socios

— Domicilio, convocatoria, quórum y votaciones de la Junta de socios

— Derecho de separación de los socios

b) La Administración:

— Administración de la sociedad

— Facultades del socio—administrador

— Obligaciones del socio—administrador

— Oposición de los socios

— Revocación del socio—administrador

5,— Otras disposiciones:

— Casos de separación o exclusión de socios

— Disolución y Liquidación de la sociedad

6.— Disposición transitoria:

— Designación del Socio—Administrador

7.— Disposiciones Finales:

— Aplicación Supletoria de la Ley General de Sociedades

— Resolución de conflictos de intereses

8.- EL LIBERALISMO CONTRANATURAL

Leyendo un texto de Walter Montenegro, “Introducción a las doctrinas político—económicas”, en el capitulo sobre el Liberalismo, llegué a una idea central, que parece exponer el liberalismo económico, desde Gournay y Adam Smith: El mercado se maneja por las leyes naturales, es decir, por leyes en donde no interviene la voluntad humana. Ese es el punto del mercado: que existen leyes naturales que producen el movimiento del mercado, y su propio equilibrio. Eso parece sencillo y explicable, pero no es tan sencillo, porque las leyes del mercado no son necesariamente naturales, porque en estas no interviene la naturaleza, sino la voluntad humana. Sin embargo, la teoría de que existen leyes naturales como el interés egoísta, la competencia y la teoría de oferta y la demanda tienen su explicación en fenómenos naturales, y no porque provengan de la naturaleza, sino por que son naturales, porque se dan siempre; es decir, no son invención del ser humano.

El interés egoísta, según esta idea, es natural en el ser humano, él no puede desprenderse de este porque viene en sus genes, naturalmente, por lo tanto todos somos interesados egoístamente. No es un problema de moral, ni de educación, sino de genes, sería la formula. ¿Pero será cierto que somos interesados y egoístas por naturaleza?, ¿y que por lo tanto, lo único que podemos hacer es trabajar con esta conciencia y a través de la educación, reorientar nuestras conductas? Podría ser, pero el problema es que el ser humano no es sólo naturaleza, sino que es educación, información, cultura. Eso, precisamente, es lo que lo hace inventarse su propio destino, su propia existencia.

El ser humano viene, por naturaleza, con ciertos órganos, pero perfecciona, o distorsiona estos. El mercado tiene elementos que parecen tener su origen en la naturaleza, pero estos son insuficientes para explicar por qué actúan los seres humanos. En realidad, si tenemos una naturaleza egoísta, podría ser que ¿también

tenemos al lado una naturaleza altruista? Tal vez sí hagamos todo por egoísmo, por complacemos a nosotros mismos, pero ¿ser altruista puede ser también egoísta? ¿El origen de este altruismo es también por complacemos a nosotros mismos? Puede ser que sea así, sólo que no todos nuestros movimientos están dirigidos por el interés egoísta, sino por otros elementos, incluso por simple capricho, pálpito, o desinterés. En nuestras decisiones no entran siempre como criterios el interés egoísta, porque este se puede precisar como un tipo de razonamiento; nosotros tenemos que saber qué nos conviene, o intuir qué nos conviene, y este proceso es siempre crítico, presupone un juicio previo, aunque mínimo. Aquí la divergencia. No todos nuestros actos tienen o devienen de un proceso racional, no compramos unas zapatillas por que nos conviene, sino porque nos agrada, es el placer lo que nos indica nuestros movimientos, ¿el interés egoísta sería apropiárnoslo por placer? ¿Cabe decir, por lo tanto que en una operación económica es sólo el interés egoísta quien determina nuestras conductas? Lo cierto es que partiendo de allí podemos obtener una mejor visión del fenómeno social, de lo que ocurre en la sociedad.

En nuestra sociedad, por ejemplo, la vanidad, el ocio, la dejadez, la viveza, actúan mucho más que el interés egoísta, porque un interés egoísta, vislumbra a lo lejos aquello que nos es conveniente. El problema, como ven, no es tan simple, porque aún no podemos definir qué es lo que en última instancia define nuestras conductas; y es que en realidad el epicentro de estas conductas es múltiple, y no se apega a un sólo fenómeno. Las aristas son muchas, tantas que se confunden. Por eso no se puede manejar tan bien el mercado, porque este es inmanejable en una sociedad donde las cosas no se tienen claras, y donde interfieren todos los elementos, desde el egoísmo, hasta la vanidad, el estatus, la educación, el Derecho, las circunstancias, etc.

9.- **LA LIBERTAD EN EL MERCADO**

Lo caro que resulta usar el Estado. Usar el Estado nos está resultando muy caro en muchos aspectos. Los servicios prestados por el o son ineficientes o no son suficientes. Por lo mismo, la sociedad ha tenido que crear sus propios medios alternativos, paralelos o complementarios de servicios. Así, por ejemplo, el Derecho a la seguridad. Frente a la poca efectividad de la policía de darnos seguridad, se han creado los servicios de vigilancia privada (todo un batallón, a nivel nacional de personas no militares, no policiales, debidamente uniformadas e implementadas con instrumentos para la seguridad), que se encargan de dar aquella seguridad que el Estado nos debiera dar, puesto que ese era el trato, el contrato social: pago impuestos para que el Estado me proteja. Notemos que hay libertad de crear este tipo de empresas, pero esta libertad se deriva de un fallo en el funcionamiento del Estado, y aún así tenemos que pagar impuestos por ese servicio, seguridad estatal. Esto afecta a nuestra libertad para decidir qué pagar o no pagar. Si la sociedad privada crea y paga su propia seguridad, por qué pagar al Estado para que haga lo que esta sociedad privada hace.

La distribución de la riqueza. Dentro de una concepción teórica, el dinero recaudado mediante impuestos por el Estado está determinado por los servicios que tiene que cumplir, dentro de esos servicios está la de organizar a la sociedad, procurar y promover una mejor vida, el bienestar común. Pero este bienestar común está tomando a todos como generalidad, y no hay identificación de ciertos elementos que se constituyen como factores de proposición tributaria. Nos explicamos. La existencia de un ciudadano común y corriente significa ya un elemento a contar dentro de la planificación del Estado para lograr el bienestar común, la paz social, y la libertad, etc. Eso significa que la sola existencia de este individuo representa ya un gasto para el Estado, porque éste tiene que darle educación (si no se la pueden dar sus padres, que es la generalidad), tiene que procurarle salud, trabajo, etc. Estos servicios y su implementación han sido los justificantes del Estado para imponer los tributos. Sólo que falta una tuerca en el

sistema. Si este hombre trabaja[272] el asunto esta más o menos bien dirigido, pero si no trabaja, el asunto cambia.

Expliquemos el asunto. Supongamos que la sociedad lo constituyen sólo 50 personas. Para sobrevivir estos cincuenta tienen que trabajar, y como estan ocupados en esto, no pueden dedicarse a ordenar la sociedad, a vigilarla, dotarla de una administración de justicia, etc. Así que pagan a una entidad llamada Estado, al cual le dan el poder de arreglar estos asuntos. Y para eso crea los tributos"[273]. Ahora supongamos que cinco ciudadanos no trabajan, por lo tanto lo que hacen es vivir a expensas de los demás, porque los demás les pagan su seguridad, su administración de justicia, etc. Pero bien, digamos que estos cinco no pueden conseguir trabajo. Tienen mucho tiempo para hacer todo lo que quieran y para más, hacen hijos. Estos hijos representan ya una carga para el Estado, pues este tiene que proveerles de educación, seguridad, etc.

Y la historia no acaba allí. El Estado como benefactor, entendiendo mal su roI, el rol asignado, usa el dinero, distribuye su riqueza, que es de todos, por ser pública, o producto de los impuestos, de forma inequívoca. Crea viviendas para las personas que no pueden tenerla, y da prioridades. ¿Quienes tienen prioridad? Pues –en cierto régimen asistencialista- los casados, los que tienen hijos, etc?,

---

272 Hablando ahora del Trabajo, Herbert Marcuse nos habla, o nos descifra su zoom, en un libro fascinante denominado *"Ética de la Revolución*". En el inserta un ensayo "Acerca de los fundamentos filosóficos del concepto científico económico del trabajo", en el que intenta describir qué es el trabajo, a qué fenómenos o factores responde; intenta lograr su comprensión, y hacer un deslinde de la conceptualización económica que se le ha dado, por eso empieza primero por allí, por el concepto económico.
La primera idea que nos da, sobre el concepto del trabajo, es que es una "actividad económica", que esta en "praxis en las dimensiones económicas". Por lo demás, nos persuade y advierte que una definición inequívoca de lo que es el trabajo no existe. Sin embargo tenemos ya un radio de especulación: "el trabajo es una actividad humana que entra en las esferas de la economía, que tiene dimensiones económicas, que responde a una praxis económica. Pero esta economía no es individual sino colectiva, social, global. El hecho de que todos trabajemos o solo unos cuantos afecta a la organización social, a toda la sociedad.

273 Podemos definir al tributo como la generación o creación de un deuda, pero no una deuda cualquiera, sino con el Estado. Su justificación, por lo tanto está en la propia existencia y supervivencia del Estado. Es decir, el Estado tiene este poder de "generar una deuda" en la persona que vive u opera dentro de sus límites, territorio, Pueblo y soberanía.
Esta deuda es creada por un "vínculo jurídico", mediante ley. Su justificación está en la "satisfacción de las necesidades colectivas". Es este fundamento (lo colectivo) lo que le da legitimidad al poder coactivo del Estado para hacerlas cumplir.
Es el precio del compromiso, y del equilibrio del Estado .
Equilibrar la economía del Estado.
Para que este Estado tenga recursos para sus fines y objetivos colectivos.
El Estado puede ser un medio de redistribución de la riqueza.

indistintamente de si estos sean o no buenos ciudadanos, o si hayan formado una familia como un acto responsable. ¿Cuál la fundamentación? Tienen mayor necesidad, dice el Estado. Con eso sólo se está ampliando la irresponsabilidad. ¿Y quien paga eso? Pues todos. Allí no hay preferencias o prioridad. Todos pagan, aunque se beneficien los más irresponsables. Aquí no existe tampoco libertad. Libertad de mercado. Si de nuestros impuestos dan beneficios a los más irresponsables, ¿porqué no se puede dejar de pagar estos impuestos?[274]

Monumentos históricos. La historia a veces se impone como obstáculo, y lo pasado no sirve de ayuda sino de bloque, de obstáculo para vivir el presente y proyectarnos hacia el futuro. Hemos olvidado que la historia es conciencia de

[274] Pensar en el Derecho tributario es pensar en cómo hacer para que nos cobren tributos, es una especie de buscar salir de la tributación, de no pagar impuestos. Esto es por supuesto, porque contra los tributos no podemos hacer nada, absolutamente nada, sino cumplirlos, o al menos esa es la idea. Sin embargo, no basta con cumplir con pagar los tributos, con buscar las salidas temporales, para no pagar tributos, se necesita saber qué son estos tributos. Y claro que todos tributamos, seamos o no concientes de ello, pero no todos sabemos cómo funciona esto, y menos porque es así. Lo damos por sentado. El Estado ha creado este tributo, o la municipalidad, y nosotros no tenemos nada más que hacer que pagar.

Pero esto no es suficiente, para hombre preocupado por ser abogado, o para un simple hombre que quiere saber el porque su dinero disminuye, su riqueza o parte de ella tiene que ser entregada al Estado, ese Estado que el no ve, pero que si le quita parte de sus ingresos. Entonces el asunto no es tan matemático. No se trata sólo de saber cual es la mecánica de los tributos, sino de saber cómo funciona, y si es realmente necesario y justo que se paguen tales o cuales tributos.

Lo peor de los tributos es que se encuentran ubicados en cuadros y operaciones matemáticas tan confusas que por lo general todos desisten de saber cuál es el origen de ellos, o cuál es el proceso que siguen desde la recaudación hasta el acto final.

Además, para entenderlo tenemos que entender primero algunos aspectos principales, como que es el Estado, porque es el que crea el impuesto, y cómo funciona este Estado, además saber porque le hacemos caso al Estado. El problema se complica aún más.

Pero para entender el Tributo, y luego el Derecho tributario, hemos encontrado a un excelente escritor, nos dicen que es brasileño, y se llama Geraldo Ataliba.

Ataliba propone una idea central: el tributo tiene su origen en un mandato, y este mandato es necesariamente un mandato del Estado. ¿cuál es este mandato? Bueno que se tribute, en otras palabras de Ataliba “que se entregue dinero al Estado”. De allí sigue diciendo Ataliba que el Derecho Tributario tiene en su contenido un mandato, el mandato de entregar dinero al Estado, Pero Ataliba insiste, este mandato no es lo que le da sentido al Derecho Tributario, a la norma jurídica. sino otra cosa. ¿qué es esa otra cosa?, el objeto de la norma jurídica es regular las conductas humanas. Y una norma jurídica tributaria intenta regular las conductas de los seres humanos. Por lo tanto, el mandato de “entregar dinero al Estado”, no se finaliza en esa afirmación, no es el llevar dinero a los cofres, como fin, sino el hecho de obedecer ese mandato, No es el dinero el objeto de la norma tributaria dice Ataliba, sino el comportamiento del ser humano. Lo que ha sucedido es que se ha creado a través de la norma tributaria una “relación obligacional” El Derecho tributario no es un fenómeno económico, sino político y jurídico, es jurídico porque se dirige, como fin último a determinar la obediencia del sujeto, al determinar el comportamiento del ser humano.

El fundamento del tributo está en el carácter colectivo de su fin.

nuestro tiempo y de nuestro espacio. Técnica, y cómo tal, es un instrumento para transformar la naturaleza y adecuarla a nuestras necesidades. Pero en el Perú eso no se tiene muy claro. Es la historia, o su representación, la que nos envuelve y nos ahoga. El fundamento histórico está unido a conceptos como patria, identidad nacional, patrimonio nacional, etc.

Expliquemos, los edificios que representan monumentos históricos, patrimonio cultural, por ejemplo, no pueden ser derrumbados, aún si son sólo pequeños trozos de tierra. Los huacos encontrados no pueden ser vendidos por los halladores, y tienen que verse contrabandeados al exterior, sin considerar que en este proceso de traslación, subterránea, a escondidas, se gasta más y se pierden, por la destrucción, etc., mucho dinero.

Entonces el Estado dice: "Es patrimonio cultural", por lo tanto no se puede enajenar. Absurda reacción, puesto que el mercado si es libre no tendría que ser asi. Lo máximo sería pagar un impuesto. El resultado del bloqueo comercial —de huacos prehispánicos, por ejemplo— ha sido que se armen enormes museos en el extranjero. El extranjero sabe aprovechar las ventajas del mercado. El Estado es un mal negociante. Y lo peor es que este negocio no le afecta solo a él, sino que son todos los ciudadanos, los afectados por su mala gestión. El asunto sin embargo no es tan simple, porque si el Estado somos todos —gran mentira—, somos todos los que permitimos estas acciones de derroche y despilfarro. Libertad de comercio es lo que se necesita, pero antes liberarnos de todos los complejos nacionalistas. Creer en la nación está bien, pero no sus extremos paralizantes.

Desarrollo económico. La libertad se plantea hoy desde el comercio internacional; y cuando se habla de Derecho comercial se habla de economía, de transacciones comerciales, de mercado, etc. Por eso vamos a ingresar en este acápite analizando un eje: el desarrollo económico. Cómo se produce este. Porque cuando se hace Derecho Comercial internacional todo gira en base a que las empresas o instituciones intentan hacer o no hacer cosas, en fin de lograr el

desarrollo económico. Para lograr un panorama del mismo usaremos a Douglas C. North.

Cuando Douglas C. North nos habla sobre el lndecopi en la estructuración de mercados eficientes en el Perú, afirma él que todos sabemos "qué causa el desarrollo económico". Afirmación interesante, pero incompleta. Douglas continúa su discurso aclarando que este desarrollo económico se produce por "el aumento de productividad"; fórmula que ya todos conocemos. Pero esa afirmación de saber lo que causa el desarrollo económico no esta tan comprendida como North afirma. Adivinando esto, tal vez, Douglas, continua su discurso agregando que el aumento de productividad "consiste en la obtención de mayores resultados por unidad de insumo". Proposiciones que se plantea más bien desde las matemáticas; sin embargo aún no se explica cómo se produce el desarrollo económico, solo describe la operación, descripción de las características elementales del desarrollo económico.

Así Douglas insiste explicándonos el asunto. La cosa estaría en "maximizar los resultados" —dice. Y como ven seguimos sin saber cómo se logra este, ¿cómo se maximizan los resultados? ¿sólo se tiene que pensar en esto y luego, por simple arte de magia, zas sucede?. Y North, pareciendo leernos la mente insiste y dice: se logra maximizar los resultados por: a) Reducción de los costos. Otra vez la fórmula está incompleta, ¿cómo reducir los costos? Segunda forma: b) Aumento de calidad de los productos. Y otra vez un vació: ¿cómo aumentar la calidad sin elevar los costos? Sin generar costos, que reducen la maximización de resultados? Esto que para North esta clarísimo, no lo esta para nosotros. Esta fórmula "maximizar los beneficios y minimizar los costos ", no es tan simple. La fórmula es perfecta, pero su logro es mas bien compleja, porque no resulta de una fórmula sino de la capacidad intersectiva, gerencial etc., del empresario.

— El asunto del desarrollo económico no está solo en el desarrollo del capital humano, dice North, sino en la estructuración económica, en la "mejora en la

organización económica". Y aquí North parece haber dado en el clavo: el asunto está ya no tanto en cómo obtenemos el desarrollo económico, sino en cómo dejamos de tener pérdidas. El asunto económico pasa por este primer aspecto: no se puede tener maximización de resultados a través de reducción de costos y aumento de calidad de los productos, antes previa es no malgastar el tiempo, el esfuerzo, es decir, no malgastar economía. Fenómeno organizativo en la economía, saber cómo conducirse para lograr no gastar tanto, es el punto clave. Gastar sin perder, organizarnos y aprender a no malgastar los recursos. Recién dispuesto esto se puede lograr la formula económica.

— La organización económica quiere que nuestras transacciones, nuestros costos de transacción sea bajas, pero no se basa sólo en las transacciones. como fenómeno mercantil. Por lo general perdemos perspectivas al creer que una transacción para ser tal tiene que ser formalmente cuantitativa. Y es precisamente todo lo contrario, son esas pequeñas transacciones lo que mueve el mundo económico, es a nivel micro y no macro donde hay que ver. Lo macro es generalmente cuando creemos que una transacción comercial es por ejemplo una compra de carros, etc.; no es así, puesto que en un simple comprar papel higiénico o una gaseosa, es ya una operación comercial, y no es de nivel nacional o local. Por ejemplo, cuando se compra Cocacola se esta haciendo una operación que tiene que pasar por el mercado internacional, antes de convertirse en un fenómeno comercial local. El fenómeno de la compra venta, es entonces, más internacional que local, porque se desenvuelve dentro de lo que denominamos de alguna manera el mundo global.

La globalización no es sólo un término cualquiera, encierra más bien un planteamiento económico y cultural, encierra un sentido total. Total, porque trabaja con la conciencia de la existencia de todo el mundo y de la necesidad de todos, porque la humanidad es también total. Hay una idea clara. El ser humano es el centro de estudio, preocupación y no el ser humano de un determinado país. Desde esta perspectiva es que existe el mercado actual, y el Derecho Comercial

Internacional. El mundo entrelazado, dispuesto por la concepción de que el hombre debe mejorar, debe mejorar también la calidad de vida, debe mejorar las posibilidades de este ser humano (hombre o mujer), para abrirse camino hacia una vida saludable. Así el mundo ya no se maneja desde una perspectiva reduccionista sino desde una perspectiva total. No el lugar de nacimiento, o el color determina el progreso, la economía, sino el interés y la necesidad de transar.

Pues, retomando a Douglas C. North, este plantea que el desarrollo económico se debe a la composición estructural de las instituciones: "Las instituciones brindan las estructuras de incentivos de una sociedad". Dentro de estas instituciones está el Derecho. El Derecho que regula las relaciones intersubjetivas que se producen en el mercado. Entonces debemos estudiar también el mercado. Estudiar el mercado para a partir de allí visualizar la mecánica del derecho. Así diremos que dos modelos son los adoptados por los humanos. En economía podemos usar al Estado (el padre que nos solucionará todo y nos dirá que o no hacer, qué vale o no vale cualquier objeto. El estado es quien da la medida del valor de nuestra relaciones intersubjetivas, entre sujetos), pero también podemos usar al mercado (son los procesos, las relaciones intersubjetivas, las personas que intervienen en este proceso las que determinan cuanto vale algo, cuanto vale esa relación. Los seres humanos, individuales, únicos, irrepetibles, singulares son los que ponen la medida del valor. El mercado es entonces el mecanismo que marca la pauta. Debemos tener en cuenta que el mercado funciona "sin compulsiones ni coerción", como explicaba Mises.

El Mercado y el Derecho.- El mercado es: transacciones comerciales. Para que haya esto hay necesidad de libre competencia. Pero el mercado es de por si libre. El Derecho coloca el concepto de libre competencia para legitimar y sistematizar en lo posible este tipo de transacciones comerciales. Si el mercado es libre, el Derecho le da a esa libertad legitimidad. Eso indica consenso, reglas o normas que posibiliten el flujo continuo de las transacciones comerciales. La libre

competencia, inventada por el Derecho, permite este flujo. En realidad el mercado es un sistema que regula por el mismo esas relaciones comerciales.

CAPÍTULO ONCE: LIBERTAD DE EMPRESA

GENERALIDADES

La Libertad de empresa, es aquella capacidad, facultad y derecho para ejercer, elegir, y decidir sobre cómo desarrollar una actividad productiva con fines lucrativos; y tiene sus márgenes dentro de dos conceptos, o instituciones: la persona y el Estado. Por eso es necesario explicitarlo, en primer término, desde estas dos ópticas, para entenderlo en su totalidad.

Para ello, tomaremos a Adam Smith, quien plantea que el individuo es "libre para promover sus intereses como le parezca, desarrollando su actividad y empleando su capital"; es decir, que tiene libre iniciativa, capacidad de acción, y todo esto debe ser garantizado por las leyes, o dicho de otra forma, por el Estado que tiene el deber de garantizarlas, hacerlas cumplir con sus órganos y mecanismos.

Por otro lado, Smith plantea también que el Estado tiene tres funciones, a ser:

1) Proteger a la sociedad de la violencia o invasión de otros Estados;
2) Defender a las personas contra la opresión o injusticia de otra (s) persona (s);
3) Realizar y mantener obras públicas, que el individuo no podría realizar.

En sus propios términos, Adam Smith escribe: "Todo individuo, con tal que no viole las leyes, queda completamente libre para promover su interés como le parezca, desarrollando su actividad y empleando su capital en competencia con todos los demás o con otros oficios. De tal modo, el Soberano queda dispensado

de una obligación en cuyo desempeño siempre estará expuesto a un sinfín de engaños, y para cuyo complimiento nunca habrá sabiduría ni conocimiento humano que puedan ser suficientes; a saber, la obligación o la tarea de vigilar la actividad de los particulares y dirigirla hacia los sectores de la producción que rindan el mayor provecho al país. En el sistema de la libertad natural, al Soberano sólo le quedan tres obligaciones que atender; obligaciones de gran importancia, sin duda, pero simples y asequibles al entendimiento común: la primera, proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otros Estados independientes; la segunda, defender en lo posible a cualquier miembro de la sociedad contra la injusticia y la opresión de otro conciudadano, o sea, establecer un sistema judicial confiable; y la tercera, erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos que ningún individuo o grupo pequeño puede llevar adelante por propio interés, porque el beneficio de los mismos nunca podría compensar sus costes, aun cuando para la comunidad dicho beneficio sea a menudo muy superior a los costes." (Adam Smith, Investigación de la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones - 1776)

El individuo, o la persona, jurídicamente hablando, tiene libertad para actuar dentro del marco de la ley, con la sola limitación que le hace el Estado por necesidad de regular las relaciones entre otros individuos. El Estado se propone como el ente regulador, como una garantía al respeto de las normas establecidas por consenso por los miembros de la sociedad, en caso de que estos no quieran cumplir con estos consensos. El Estado nace, pues, como lo quisiera Rousseau, de un Pacto Social, donde cada cual cede un poco de su poder, a cambio de que respeten sus derechos.

La libertad de empresa, como capacidad para elegir la realización de actividad económica productiva con fines lucrativos, tiene su fundamento en hacer responsable de este derecho a la propia persona; es decir, mediante esta libertad económica la persona se somete a que sus actos económicos sean recompensados o sancionadas, de acuerdo con el resultado de la operación económica. La libertad

de empresa permite además promover el desarrollo de la persona, y consustancialmente a la propia sociedad; así como dar mayores oportunidades para el progreso; sin embargo, como dijera Ribera Neuman: "para que existan oportunidades de ser más, debe igualmente garantizarse la libertad de asumir el riesgo de la ganancia o pérdida." (Teodoro Ribera Neumann "Reflexiones a la libertad de empresa en la Constitución de 1980").

La propuesta en desarrollar la libertad de empresa, está en insertar específicamente dos puntos: derecho y deber. La libertad supone que el individuo asume el beneficio, riesgo y costo de su libertad, es decir, que si gana gozará de sus beneficios, pero que si pierde también gozará, o tendrá que asumir, esta pérdida. A diferencia del actual modelo, donde los errores de los demás son asumidos por todos, como en el caso de las instituciones públicas.

En el orden jurídico, la disciplina específica que se ocupa de la libertad de empresa es el Derecho Empresarial, eso no excluye al estudio y análisis que realiza también el Derecho Constitucional; así, el Derecho Empresarial necesita de un elemento o factor trascendental para poder desarrollarse, "la libertad", que dentro de este contexto sería la "libertad de empresa"; que es aquel instrumento con el cual el ser humano puede generar su autosostenimiento, realizando actividades productivas, dentro de un marco de relaciones jurídicas que permitan concebir a un verdadero ser empresarial. No puede hablarse de Derecho Empresarial sin el sujeto eje de este derecho, que viene a ser el empresario, es decir, un sujeto libre, o con la libertad suficiente para generar relaciones de productividad.

Pero este ser "empresario", para realizarse necesita asumir riesgos, pues sólo es empresario aquel que tiene capacidad, o libertad, para ello. Por eso Derecho Empresarial y Libertad de Empresa se hallan eminentemente entrelazados, porque no se puede desarrollar el primero sin existencia del segundo. La libertad es pues consustancial al Derecho.

Si bien la libertad de empresa es un fenómeno que busca ser protegido, preservado y garantizado por el Derecho, este último como disciplina normativa intentará regular las conductas que realicen los empresarios. Como se puede apreciar, en una sociedad moderna donde prima la razón, la argumentación, los fundamentos, no tiene que justificarse, sin embargo, a la libertad empresa, pero sí su garantía, ejecución, límites, o cualquier acto, hecho, relación, que pudiera surgir como consecuencia del ejercicio de la libertad empresa.

No puede haber entonces libertad de empresa amparado por el derecho empresarial si en la realidad aparecen obstáculos, ya sean razonados o no, sino existe la capacidad de elegir entre varias alternativas. Esto supone, que son las iniciativas privadas, y no necesariamente el Estado, quien asigna los recursos para una determinada actividad.

La libertad empresarial, dentro del Derecho Empresarial juega un papel fundamental, determinante, porque de su mayor o menor salvaguarda, garantía, etc., dependerá desarrollar uno de los más grandes motores de la evolución humana: el autosostenimiento. Esto significa que dejaríamos en un margen menor al Estado que subvenciona, para pasar a un Estado que sólo se encarga de garantizar el ejercicio de la libertad dentro de los márgenes de lo legal, legítimo, lícito y del interés general, dentro del ordenamiento jurídico nacional.

La libertad de empresa, dentro del derecho empresarial, cumple su rol fundamental, en exponer la vida y las relaciones nacidas de ella en un eje distinto al de las demás ramas, cual es, desarrollar la capacidad autogestionaria del ser humano a fin que el mismo pueda solucionar por cuenta propia sus necesidades de supervivencia.

Nuestro planteamiento de priorizar el estudio y análisis de la libertad de empresa consiste en que desarrollando la misma podemos lograr minimizar los costos para

organizar civilizadamente la sociedad, volver a esta productiva, generando a la vez un mecanismo de desarrollo automático; diferente a cualquier otro aspecto, elemento, porque a nuestro parecer, la productividad, evolución, sólo se puede lograr maximizando los márgenes que permitan la creatividad.

Asimismo, el Derecho Empresarial como sistema normativo que regula las relaciones nacidas de la actividad productiva tiene como función que esta regulación permita el libre nacimiento, movimiento o extinción de dichas relaciones con evidente carácter lucrativo. Las relaciones de carácter productivo sólo pueden desarrollarse dentro de un margen de la libertad de empresa.

La Libertad de empresa debe ser explicada desde varias aristas; no para justificarla, pues la Constitución y demás normas la reconocen, sino para plantear que estas normas son insuficientes, y no se cumplen en la realidad; y por lo tanto no logran el cometido de su enunciación constitucional, como es el deber del Estado de garantizar su libre ejercicio y ejecución.

1.- LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Ningún derecho fundamental puede dejar de estar enunciado en la Constitución. Esto implica un nivel constitucional, un nivel normativo superior a cualquier otro rango normativo. Por ello no se puede negar este derecho. Eso no significa que puede usarse sin limitación alguna, anulando cualquier norma que se le enfrente. En este caso, se somete a una evaluación técnica primero, sobre el rango o categoría normativa de la norma que se le opone, y luego de si la norma anula el derecho o simplemente lo limita a intereses, principios superiores. Asi el derecho a la libertad de empresa solo puede ser limitado por otro derecho constitucional y no por un derecho de menor jerarquía. El Estado, la sociedad y la persona jurídica o natural esta obligado a esto, como un imperativo categórico e ineludible.

La libertad de empresa, como norma constitucional, puede observarse, de ser el caso, dentro de la jerarquia normativa; asi, es una norma superior; siendo que, como explica Rubio Correa (Rubio Correa, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 17) la jerarquía de normas es la "regla según la cual hay normas superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores condicionan tanto la forma de emisión de las normas (pues dicen quien las debe dictar y como) como su contenido (dado que hay jerarquía, las normas inferiores deben respetar los mandatos de los superiores)."

La jerarquía normativa implica subordinación de un grupo normativo frente a otro grupo normativo; subordinación y obediencia irrefutables serian las matrices de este esquema.

Cabe destacar que en el supuesto hecho que sucediera incoherencia normativa entre dos normas, es decir contradicción entre ellas, primará la de mayor rango, y será desechada la norma inferior de dos formas: a través del control difuso, o del control concentrado. Dicho en términos de Rubio Correa (Rubio Correa, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 17) una de las consecuencias de la coherencia normativa consiste en que "las normas inferiores no deben contradecir a las superiores de manera que resulten incompatibles con ellas. Si tal cosa sucediese (es decir, en caso de incompatibilidad entre la norma inferior y la superior), entonces la norma superior primara sobre la inferior y esta será, o bien no aplicada mediante el control difuso, o bien declarada invalida mediante el control concentrado de la jerarquía del orden jurídico."

Es consecuencia de este razonamiento que cuando se atenta, lesiona, vulnera o violenta una norma con rango constitucional, como el de la libertad de empresa, se puede, para proteger, salvaguardar o restituir el derecho, apelar al uso del control difuso o control concentrado, que en el derecho procesal se peticionan a

través de un recurso dentro de un proceso judicial abierto (control difuso), o a través de la acción de inconstitucionalidad de las leyes, o mediante la acción popular (en el caso de control concentrado), como bien anota Rubio Correa.

La libertad de empresa, como libertad del individuo, desarrolla, permite y reconoce al ser humano como un ente libre, como un ser creativo y proyectivo, según dijera bien Fernandez Sessarego. El rango constitucional tiene pues que reconocer esta libertad humana como una condición para desarrollar la creatividad y proyección del ser humano.

La libertad de empresa debe ser defendida porque no se trata de cualquier derecho, sino de aquel que se encarga de una esencial, porque permite la empresa y su libre accionar, desarrollo y permanencia; siendo la empresa demasiado importante porque "tiene como trascendente finalidad la de proveer de bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad", según escribe Fernandez Sessarego, en un articulo denominado "Subjetivizacion de la empresas" ("Empresa y desarrollo- Temas actuales, Revista peruana de derecho de la empresa"). Permitir la existencia, actividad y permanencia de la empresa pasa pues por darle libertad, o dicho en forma mas estricta, la empresa es consustancial a la libertad; no existiría empresa en el sentido estricto de la palabra sino existiera libertad. El rango constitucional esta pues en este razonamiento, en su condición de factor que permite la subsistencia de todo un régimen de vida.

Otro de los factores que hacen de la libertad de empresa tener el rango constitucional es, utilizando a Fernandez Sessarego, que "organiza la producción" y, diríamos también, organiza la distribución, permitiendo que la producción de bienes y servicios que no puede o no debe brindar el Estado puedan si brindarse por la empresa. Recordemos que la empresa atiende la demanda, es decir que es el consumidor el que lo requiere, y este no discrimina su necesidad por el organismo que produce o debe producir el servicio, sino solo demanda su ejecución.

La libertad de empresa da respuesta directa, y no subsidiaria a la demanda, con lo que genera, posibilita extraordinariamente uno de los mayores derechos del ser humano en una sociedad democrática, republicana y libre, la potencializacion del ser en su mayor expresión, su capacidad proyectiva, y el desarrollo de su auto sostenimiento; permite que el ser humano construya por cuenta propia la satisfacción de sus necesidades, volviéndole autónomo y generador de su auto sostenimiento al desarrollar su personalidad.

Otro de los elementos que vuelven o denotan la categoría constitucional a la libertad de empresa es que esta debe propender cumplir también con una función social, promueve el bien común.

Candido Paz-Ares y Jesús Alfaro Aguila, escriben que "Es empresa protegida constitucionalmente cualquier actividad que pueda constituir un medio de vida. Lo que, a contrario, significa que no es un elemento del concepto de trabajo, profesión o empresa que se trate de una actividad valiosa socialmente. Por tanto, constituye una actividad empresarial dedicarse a adivinar el futuro o a interpretar los sueños".

La libertad empresarial consistiría en defender este medio de vida, o subsistencia; pero cabe aclarar que no toda forma de obtener medios para la subsistencia pueden ser considerados protegidos por la libertad de empresa, así las mafias que utilizan actos violentos como medios de vida no pueden ser considerados protegidos, sino todo lo contrario; puesto que solo se protege a la libertad de empresa que signifique actos o medios de vida, y no que vulneren o atenten contra la vida.

La empresa y por ello su libertad, proviene del pensamiento liberal, donde lo medular es darle al individuo la necesaria libertad para proyectarse y constituir un

verdadero eje de producción, que el Estado tiene el deber de garantizar. Siendo esta la concepción.

El reconocimiento constitucional a la libertad de empresa pasa primero por el reconocimiento a toda la actividad productiva, transaccional, de transito, de creación, entre otros derechos inherentes al ser humano. La libertad de empresa no es dada al ente ficticio o jurídicamente denominado empresa, sino al individuo, al ser humano en una determinada condición de producción y de regulación de las conductas derivadas de esa condición.

Propuesta:

Un resultado natural de la libertad de empresa es poner en relieve a la persona en la regulación de su actividad productiva; por ello planteamos la necesidad de insertar dentro de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (Articulo 2), a la libertad de empresa; siendo el texto el siguiente:

"Articulo 2.- Toda persona tiene derecho:

...) A la libertad de empresa y a realizar aquellos actos necesarios para su consecución."

Cabe aclarar que existe en el texto constitucional el enunciado a que toda persona tiene derecho a la libertad...(Articulo 2, inc. 24), sin embargo, esta declaración no es especifica, como por ejemplo a la libertad de expresión, o al derecho al trabajo, que indican un fenómeno particular de la conducta humana. Por lo tanto al no estar declarado expresamente y específicamente dentro de los derechos fundamentales pierde la notoriedad y relevancia necesaria para promover o provocar en el ser humano regulado su dirección hacia la productividad empresarial, es decir a lograr en la persona interiorizar un sistema de vida auto sostenible a través de la empresa.

Propuesta: Otra propuesta seria la de incluir dentro de una categoría autónoma e independiente a la empresa, como institución específica, dentro del texto constitucional, en la siguiente formulación:

"Articulo 59 A: La Empresa

1.- La Empresa es una unidad de producción, cuya eficiencia y desarrollo deben ser promovidos por el Estado, en cuanto son generadores de riqueza nacional y promueven el bienestar social.

2.- Los tipos de empresa son:

a) Sociedad Anónima
b) Sociedad Civil
C) Sociedad Comercial
D) Sociedad en Comandita
E) Sociedad de Responsabilidad Limitada
F) Empresa Individual
G) Asociaciones
H) Fundaciones
I) Comités

Propuesta: Crear el "Habeas empresarial"

Que consiste en una acción constitucional a fin de garantizar el ejercicio de la libertad de empresa, siendo este un medio de subsistencia y desarrollo integral del ser humano.

Este planteamiento para crear una institución jurídica constitucional para garantizar el efectivo cumplimiento del respeto de la libertad de empresa, y que es

diferente a la demanda de Amparo, que es mas general, se debe a la constante violación de la actividad empresarial y circulación del mismo, como producto de la intervención de organismos públicos como Sunat, Aduanas, Fiscalía, que si bien pueden tener justificación en el cumplimiento de sus funciones, sin embargo cuando tales intervenciones, decomisos, depósitos, inmovilidad de la mercadería puede ser contradicha en vía administrativa o judicial, puede traer como consecuencia la invalidez, incongruencia o ilegitimidad de estos actos de intervención, y por lo tanto, al ser desestimadas las razones de la intervención, estas se pueden producir en un tiempo que supone perjuicio para el libre circular de la economía, y por tal de la libertad de empresa. Estos asuntos, deben ser resueltos en forma inmediata, por la trascendencia social que representan.

2.- LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA NORMA CONSTITUCIONAL

A diferencia del derecho constitucional que es una disciplina de estudio, la norma constitucional es más bien la expresión positiva de la institución de la libertad de empresa. Así, la libertad de empresa se encuentra suscrita en nuestra Constitución dentro del rol económico del Estado, que dispone que el Estado tiene la obligación de garantizar la libertad de empresa. El texto constitucional reza así:

"Artículo 59.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades."

Hay en el texo normativo una primera obligación atribuida al Estado, a toda la maquinaria que organiza a la sociedad: "garantizar la libertad de empresa"; esto significa que deben existir o se creen los mecanismos jurídicos para lograr tal propósito, a riesgo de contrariar a la Constitución lo que supondría contrariar el pacto social, la voluntad popular, y por tal, que se puedan activar los mecanismos

de defensa y protección del derecho violentado, que podría llegar hasta el Tribunal Constitucional, como organismo autónomo máximo en asuntos de índole constitucional.

Curioso resulta advertir en la norma constitucional comentada que los límites a la libertad de empresa se encuentran en la moral; comprensible los limites en la salud y la seguridad publicas. Ahora bien, la alusión que la libertad de empresa no sea lesivo a la moral, indica claramente que el derecho o el orden normativo no se ha desprendido de todas aquellas impurezas de las que nos prevenía Kelsen con su Teoría Pura del Derecho. La Constitución reconoce la fuerza organizadora de la moral, y le da el nivel jurídico mas alto en el ordenamiento jurídico, el constitucional. Cabe, sin embargo, advertir que la Constitución no define a la moral, no describe que actos son morales y cuales no, por lo que se deja a la sana interpretación el hecho de considerar algo como moral o lesivo a la moralidad. Los márgenes de esta interpretación pueden contravenir lo que se entiende en el margen de la libertad de empresa; por ejemplo, si se abre una casa de citas ¿cómo se puede decir que esto no es lesivo a la moral?; sin embargo, confluyen para la permisión de este tipo de empresas otros fundamentos que en su momento se proponen superiores de acuerdo a las funciones realizadas, y a los efectos que provocan atendiendo una necesidad básica, natural, que si bien no se considera muy moral, si se considera legal.

Otro de los limites a la libertad de empresa lo constituye la "salud". Proteger la salud significa no atentar contra la integridad física ni psíquica de la persona, no realizar actividad empresarial que atente contra el cuerpo y la mente. Cabe agregar aquí que si esto es o fuera así, ¿porque se permite la venta de cigarrillos, alcohol, etc.?, ¿cuál es el limite o el marco para considerar un acto empresarial como dañino a la salud, y donde termina esta prohibición?

Por otro lado, el texto normativo contiene numerosas declaraciones que tienen que ver con la libertad de empresa; por lo que para aclarar y diferenciar las normas

que regulan o favorecen la libertad de empresa veremos primero cuales son los derechos necesarios para esto.

Nuestra Constitución vigente (1993) enuncia en su articulo 1 y 2, los diversos derechos que tienen que ver en forma directa o indirecta con el ejercicio de la libertad de empresa. En principio, son derechos fundamentales de la persona; así tenemos el articulo primero que enuncia la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado. ¿Puede al impedírsele que ejerza su libertad empresarial suponer una violación a su dignidad?, suponemos que si, porque la dignidad constituye aquel fenómeno por el cual el ser humano se hace valer por si mismo, se hace digno, es decir, merecedor de algo, como el ejercicio de su libertad de empresa. El ser humano en principio se encuentra en el primer articulo de la Constitución, significando un objetivo o fin supremo que tienen el deber de proteger, cumplir y garantizar la propia sociedad y el Estado; es decir que se antepone a la persona human antes que la sociedad, que es primero el ser humano que la sociedad y el Estado, que estos últimos tienen la obligación y subordinación frente al ser humano; en conclusión, que la dignidad, y con ella aquella que le confiere ejercer la liberta de empresa, esta primero.

No obstante la dignidad ha sido explorada desde un ángulo moral, desde la imagen y el respeto a la imagen del ser humano; sin embargo cabe aclarar que cuando se dice que un ser humano es digno, se esta haciendo alusión a un respeto, a algo que lo hace superior, y por tal digno. Baste hacer referencia al viejo refrán, "el trabajo dignifica para entender el sentido de nuestra forzada argumentación, el ejercicio de la libre empresa dignifica, porque potencia una parte de nuestra libertad en una actividad productiva.

Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila-Real, escriben que son el desarrollo de la personalidad y la dignidad un fundamento de la libertad de empresa, puesto que el fundamento de la libertad estaría en “asegurar a los individuos una esfera de

actuación libre de injerencias estatales. Su función específica es —junto a las restantes libertades económicas- la de garantizar la independencia de los ciudadanos permitiéndoles ‘ganarse la vida” de forma autónoma respecto del Estado. La estrecha relación de la libertad de empresa, trabajo y libre ejercicio de la profesión u oficio con la autodeterminación y la autorrealización humana es, pues, evidente. La obtención autónoma de los medios de vida asegura que no hay terceros — singularmente el Estado- que puedan imponer a los particulares modos o fines vitales y, por tanto, que queda en manos de los ciudadanos la elección libre de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos.”; de esta manera se podría concluir que “Una vida digna sólo puede concebirse como una vida ‘ganada con el trabajo”. Y esto sólo se produce con la libertad económica”.

Por otro lado, la libertad de empresa solo puede ejercerse, si existe vida, y posibilidad o garantía de su perpetuidad; lo que nos inmiscuiría dentro del articulo 2 de la Constitución, que enuncia a la vida como un derecho fundamental. Los otros derechos son también consustanciales y hasta preexistentes al derecho a la libertad de empresa; así tenemos el derecho de la persona a su identidad y a su "libre desarrollo y bienestar”. A demás de los clásicos derechos de la igualdad, que permite que quien este en ejercicio de la libertad de empresa pueda realizarlo en iguales condiciones que cualquier otro, evitando de esta forma discriminaciones a priori, por el "origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Así también se encuentran las libertades de información, que es necesario en toda relación de producción, así como la de expresión, las mismas que no necesitan previa autorización, menos censura, siendo mas bien garantizadas, bajo pena de responsabilidad para quienes hayan atentado contra las mismas.

Otro derecho constitucional consustancial a la libertad de empresa es aquel que tiene que ver con el derecho al libre tránsito, porque este permite las operaciones de compra venta, entre otras cosas; así mismo tenemos el derecho a reunirse libremente y pacíficamente, sin aviso previo.

También tenemos los derechos constitucionales referidos a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público; a trabajar libremente, con sujeción a ley; a la propiedad, herencia; a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación; a la libertad y a la seguridad personales.

3.- LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La libertad de empresa debe ser considerada un derecho fundamental, un derecho irresistible, irrefutable. Esto significa, siguiendo a Bobbio, en primer lugar, que echemos recursos a las normas ya existentes: "buscar en el ordenamiento jurídico positivo si existe una norma valida que la reconozca", identificándola; por otro lado, en caso de no existir tal o tales normas se puede buscar buenas razones "para sostener su legitimidad, y para lograr el consenso social "sobre la necesidad de reconocerlo". Todo esto porque nuestra hipótesis se centra en la necesaria y urgente reconocimiento del derecho a la libertad de empresa como un derecho fundamental. Conocedores que este derecho se encuentra enmarcado dentro de la Constitución, sin embargo, no esta dentro de los derechos fundamentales, como elemento normativo, primario, y al que se deben subordinar en caso de incompatibilidad entre normas. Este es una proposición que merece ser perseguida, y que aunque esté reconocido no se encuentra en el orden o categoría suficiente para lograr su total desarrollo; por ello, debemos ensayar o encontrar nuevos fundamentos, aducir motivos, a fin de poder justificar la elección; necesitamos encontrar, como escribiera Bobbio, "la razón y el argumento irresistible al que ninguno podrá negarse a adherir", y es que "frente al fundamento irresistible se doblega necesariamente la mente, así como ante el poder irresistible se doblega la voluntad".

Esta afirmación y proposición la habría observado, de manera mas general, Kant, quien según Bobbio: (pp. 114) "Kant había reducido con razón los derechos irresistibles (el los llamaba "innatos") a uno solo: la libertad".

Lograr demostrar o exponer a la libertad de empresa como un fundamento concluiría en darle la categoría última, y esto supondría que por ser así, no se tendría ya que justificar, pues "los valores últimos no se justifican, sólo se asumen: lo que es último justamente por su carácter de tal, no tiene fundamento alguno."

Sin embargo, hay que hacer una disgresión sobre algunos argumentos que postulan la idea de encontrar las razones de un fundamento en la naturaleza, así, con Bobbio, se puede asegurar que "no existen derechos fundamentales por naturaleza. Lo que parece fundamental en una época histórica o en una civilización determinada, no es fundamental en otras épocas y culturas." Dicho esto, en esencia el derecho a la libertad de empresa puede vislumbrarse en un sentido inverso o como una proposición negativa; así se diría que el derecho a la libertad de empresa no es sino, esencialmente, el derecho a no ser obstaculizado en su ejercicio y desarrollo.

El reconocimiento de libertades son aquellos tradicionales derechos individuales; pero la libertad del individuo no es necesariamente una máquina que despierta el desarrollo automáticamente. Aquí Bobbio hace una afirmación negativa y escribe que "la creencia de que el individuo, cuanto más libre, más puede progresar moralmente y así promover también el progreso material de la sociedad, se ha revelado históricamente falso".

Otro peligro también esta, advierte Bobbio, que no basta, con haber demostrado ciertos valores últimos, con haberlos convertido en irrefutables e irresistibles, pues esto no asegura su realización. Incluso cuando se logra el reconocimiento de estos derechos como fundamentales, se tiene un problema que subviene, el cual es el de no tanto justificar los valores y derechos fundamentales como el derecho a la libertad de empresa, como cuanto el de protegerlos. "El problema al que nos enfrentamos, en efecto, no es filosófico sino jurídico y, en sentido más amplio,

político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que pese a las declaraciones solemnes resulten continuamente violados.". Así, otra vez, nos encontramos no tanto en el reconocimiento, en el fundamento, justificación, sino en el de las garantías.

Refiere Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Aguila-Real, según Alexy los derechos fundamentales son "mandatos de optimización en el sentido de que su reconocimiento obliga a los poderes públicos a maximizar su vigencia dentro de las constricciones que impone la necesidad de tener en cuenta la existencia de otros mandatos de optimización — representados por los otros derechos fundamentales- u otras reglas opuestas". El resultado coherente de esta afirmación seria el de hacer que los organismos públicos, como preservadores del bienestar social, y del cumplimiento de la voluntad popular, tengan que, en el caso determinado, hacer efectivos de protección y optimización de estos derechos fundamentales, bajo sanción de responsabilidad. Al ser un mandato, el mandante, que son los organismos públicos, no tienen la mínima posibilidad de contradicción, sino de ejecución de dicho mandato; así mismo, decir que es un mandato implica el reconocimiento de la subordinación de los mandantes o mandatarios, implica subordinación, jerarquía, irrefutabilidad. El fenómeno va mas allá del simple cumplimiento del mandato, pues el mandato es la "optimización", es decir, propulsar una consecuencia superior a la ejecución del acto; no es cumplimiento simple y llano, sino cumplimiento optimizado, llevado a la mas alta expresión posible, a la mayor extensión o maximización del derecho. Eso implicaría que el derecho a la libertad de empresa tuviera un fermento proyectivo y maximizador. Supone también cierta priorización en referencia a otras normas, y cuidando, claro esta, no contradecir, o enmarcarse dentro de un razonado equilibrio con normas de igual condición. Esto significa que "La prevalencia de un principio sobre otro es, pues, condicionada", es decir que prevalece sobre otro en ciertas circunstancias, y no necesariamente en todas.

Otro aspecto relevante de este sentido de optimización esta descrita por Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Aguila-Real, quienes parafraseando a P.J. Tettinger, escriben: “El mandato de optimización contenido en la libertad de la empresa puede formularse afirmando que obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, es decir, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que pueden entrar en conflicto con ella”.

La libertad de empresa como derecho fundamental trae como lógica y necesaria consecuencia que la libertad de empresa se realice por ley, y que solo pueden admitirse que por normas legales, con rango legal, puedan proponer algunas limitaciones.

Es también necesario participar que, según Candido Paez "Como libertad individual es, fundamentalmente, una libertad frente al Estado y no frente a otros particulares que, por tanto, no están vinculados por el derecho fundamental del otro empresario. Naturalmente, en la medida en que el derecho se reconoce constitucionalmente, se derivan mandatos de protección (Schutzgebate) para todos los poderes públicos por lo que el legislador esta obligado a configurar el ordenamiento jurídico de manera que se proteja el derecho fundamental de cada ciudadano frente a las actuaciones de terceros que puedan lesionarlo".

4.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA

Habiendo planteado a la libertad de empresa como aquel medio mediante el cjal el ser humano se procura su subsistencia, lo que podría ser un buen argumento para convertirlo en un derecho fundamental, pero cabe la duda cuando se sobrepasa este medio para subsistir, y la actividad, el ejercicio de la libertad de empresa se convierte en un mecanismo mas bien para conseguir lucro, para lograr mas allá de lo que se requiere para subsistir; lo que entraría evidentemente dentro de otro

derecho, el de la iniciativa privada, por eso no esta de mas declarar que la iniciativa privada supone en principio la capacidad, posibilidad e intención nacida de la propia voluntad, es decir, que no existe ningún otro motor, fuerza, condición que la haya provocado mas que la propia voluntad.

Este punto es también observado por Candido Paz-Ares y Jesús Alfaro Aguila-Real, quienes escriben, "Si la libertad es la libertad para 'ganarse la vida', parecería que se abandona cuando la actividad económica desarrollada excede con mucho la obtención de los medios de vida de una persona, y en esa medida, no supone una forma de desarrollo de su propia personalidad." Sino que entrarían en la "iniciativa económica privada". Esto delimita un área nueva, que traspasaría la de la personalidad; sin embargo, desarrollar la iniciativa económica privada, no puede ser un obstáculo, o un factor en contra del derecho a la libertad de empresa como derecho fundamental, porque lo que esta en eje de referencia no es la economía de la persona, ni su iniciativa hacia este rublo, sino la posibilidad de desarrollar la autonomía, autosostenimiento del ser humano, aunque esto tenga que pasar a otras áreas que ya no sean la de la supervivencia, sino excedan en mas de esta, y propongan mas bien un lucro, es decir una utilidad o rentabilidad que sobrepasa las necesidades primarias de subsistencia. Tener iniciativa económica privada, lograr tener la misma, ¿no desarrolla acaso la propia personalidad?, ¿incluso de mayor forma y extensión?, ¿no es deseable esta situación, la de que el individuo tenga iniciativa económica privada, y no este solo en el margen de la subsistencia? Sí, el derecho a la libertad de empresa, como desarrollo de la personalidad, e incluso de la iniciativa económica privada, debe considerarse como un derecho fundamental, porque resolvería, de alguna forma, la tan obvia subsidiaridad que hace el Estado al individuo, dejando de ser un costo, para convertirse en una utilidad. La clásica idea por la cual el ser humano debe conformarse con lograr lo necesario para su subsistencia debe ser desterrado como un prejuicio negativo y dañino para la salud publica e individual.

Así, los mismos autores escriben, en pro de estas ideas, "... El reconocimiento especifico de la libertad de empresa por nuestra Constitución avala la idea de que se otorga protección constitucional a la realización libre de las actividades económicas sin subordinar tal protección a la existencia de una conexión personal entre la actividad y el individuo que la realiza porque, para conseguir tal resultado, hubiera bastado con el reconocimiento de la libertad de profesión y de trabajo". Siendo el sustrato de toda libertad de empresa no solo obtener lo necesario para la subsistencia sino mas allá de ello, claro, sin contrariar la vida económica de los demás.

Como es de advertirse, el reconocimiento de la libertad de empresa implica también el reconocimiento del reconocimiento del derecho a la libre iniciativa privada, que segun explica Marcial Rubio Correa, "...pertenece a la Constitución Económica; es decir, al grupo de normas constitucionales que regulan la vida económica del país en su máximo grado jerárquico". Esto significa que regulan todas las operaciones que se pueden desarrollar en la actividad productiva, en el mercado, en el desarrollo e interacción entre la oferta y la demanda.

La libre iniciativa privada, es explicada por Rubio Correa, quien escribe: (pp 179): "La libre iniciativa privada incorpora dentro de si los siguientes elementos constitutivos: - El derecho de emprender y desarrollar la actividad económica de su preferencia, lo que supone elegir el giro dentro del cual trabajará. Esto tiene que ver con el ámbito de la libertad.

- La autonomía plena, que significa que la decisión de emprender y desarrollar la actividad económica es libre para el sujeto de derecho. Como sabemos, la libertad dentro del Estado de Derecho contemporáneo esta definida como 'nadie esta obligado ha hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe' (Constitución Peruana, articulo 2, inciso 24, literal a). Por consiguiente, la plena autonomía siempre ocurre dentro del marco del Derecho vigente, que no puede ser validamente traspasado.

- La libre iniciativa supone la asignación de bienes a la actividad productiva. Estos bienes deben ser adecuadamente protegidos, porque se afectan en ejercicio de una libertad constitucional, de un derecho constitucional.

- La libre iniciativa privada permite dedicar los bienes tanto a la producción como al intercambio. Por eso se habla de libertad de empresa, comercio e industria y se la identifica en sus características.

- La libre iniciativa privada, como derecho, también supone obtener una utilidad por la labor desplegada. El beneficio o ganancia material es parte de ese derecho."

Explicaremos estos presupuestos. Cuando se dice que la libre iniciativa privada presupone "El derecho de emprender y desarrollar la actividad económica de su preferencia, lo que supone elegir el giro dentro del cual trabajará. Esto tiene que ver con el ámbito de la libertad." Puede observarse que la presente afirmación, si bien es declarativa, "lo que podría hacer el ser humano", no necesariamente puede verificarse en la realidad, pues no todos pueden elegir la dirección o actividad económica que desarrollarán. El presupuesto seria cierto y no falsable si en todas las circunstancias el individuo pudiera realizar la elección; pero no siendo así, en la realidad, el presupuesto de tener libertad en la iniciativa privada, y por lo tanto en la libertad de empresa, es sino falso, inexacto. Lo que produce esta inexactitud se encuentra en muchos factores, desde aquellos que se reflejan en la realidad económica de las personas, hasta en los condicionamientos culturales establecidos a través de la educación, puesto que las escuelas, e incluso las universidades, no han diseñado necesariamente su funcionamiento y su propia función en lograr, o tener como objetivo, la libertad de empresa, sino muy por el contrario desarrollan una declive hacia la dependencia, hacia el subsidio, hacia un régimen laboral de trabajador, es decir, de trabajo por cuenta ajena y no por cuenta propia, lo que supone evidentemente que la libre iniciativa privada se ve disminuida desde los factores mas trascendentales de toda organización social, la educación.

Rubio Correa escribe que la libre iniciativa privada significaba: "La autonomía plena, que significa que la decisión de emprender y desarrollar la actividad económica es libre para el sujeto de derecho. Como sabemos, la libertad dentro del Estado de Derecho contemporáneo esta definida como 'nadie esta obligado ha hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe' (Constitución Peruana, articulo 2, inciso 24, literal a). Por consiguiente, la plena autonomía siempre ocurre dentro del marco del Derecho vigente, que no puede ser validamente traspasado."

Pero cabe formular que si bien en el texto existe autonomía plena, los limites legales pueden en cierta forma y evidentemente suponer una peligrosa intervención y limite a la autonomía plena de la libre iniciativa privada. Por otro lado la autonomía significa la capacidad para autogobernarse

- Marcial Rubio agrega también que la libre iniciativa supondría la asignación de bienes a la actividad productiva; pero cabe la pregunta, ¿quien asigna estos bienes, el Estado, la sociedad?, la respuesta parece obvia, pero ¿cuanto, en porcentaje, de presupuesto para la asignación de bienes se realiza por el Estado?

Propuesta:

Para lograr un mayor desarrollo de la iniciativa privada se sugiere la asignación de recursos en un porcentaje mayor al establecido actualmente. La formula escriba en hacer que todos los programas sean regenerativos, es decir, que el dinero invertido regrese y aumente. Solo esta forma de asignación de recursos debe ser aceptable en este rubro de fomento de la inversión. La propuesta, por resultados, pasa por la idea de que las personas que trabajan en dichos programas, respondan económicamente por su actuación, es decir que si no hacen un trabajo eficiente sean reemplazados inmediatamente, y devuelvan un porcentaje de su sueldo.

Así mismo, se debe aclarar cual, es esta actividad productiva, de la cual se esta hablando; se tratada de toda aquella actividad que produce y genera bienes o servicios; pero cabe aclarar que la actividad que no genere rentabilidad, o productividad, o utilidad económica, no debe ser considerada como productiva. Esto permitirá la delimitación en la asignación de recursos; lo que significaría que aquellas actividades del Estado que generen respuestas sociales como la educación, etc., no pueden ser consideradas como productivas, aunque su función en la sociedad sea determinante y muy importante. No es que se menosprecia este tipo de actividades que evidentemente provocan un beneficio social, pero nuestro análisis consiste en producir la iniciativa privada, y esta solo se podrá dar si es que se genera riqueza en la forma mas rentable y directa. Es claro el ejemplo sobre la construcción e implementación de escuelas, que tiene mucha importancia, pero que no generan rentabilidad inmediata.

Ahora bien, los bienes asignados deben ser protegidos por que se afecta el ejercicio de una libertad constitucional; es decir, consideradas como factores esenciales para la organización y composición estructural de la sociedad.

Rubio Correa (pp1684), citando una resolución del Tribunal Constitucional, explica que el Estado, dentro de sus funciones, y supuestos económicos, desarrolla una economía social de mercado, la misma que se encuentra caracterizada por tres elementos:

"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 a los oligopolios y monopolios.

C) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social."

5.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO AL TRABAJO

Una de las expresiones que debemos diferenciar es la concepción del trabajo frente a la empresa, puesto que la empresa no es igual a trabajo, porque la empresa contiene al trabajo dentro de su concepto, la empresa es conjunción de capital y trabajo, por lo tanto son conceptos diferentes.

Candido Paez afirma que no existe diferencia alguna entre la actividad económica que se realiza por cuenta ajena del que se realiza por cuenta propia, y que siendo ambos actos económicos que desarrollan la personalidad, deben ser protegidos por igual, siendo que el discurso moderno ha destinado sus mayores recursos a la implementación de la defensa del trabajo.

Candido Paez escribe: "Considerada la actividad económica de un sujeto como medio para el libre desarrollo de su personalidad, no existe diferencia alguna entre el individuo que se gana la vida por cuenta ajena del que lo hace por cuenta propia"

Este aspecto es fundamental en el presente planteamiento, puesto que el énfasis es proporcionalmente mayor hacia la protección del trabajo que a la protección de la libertad de empresa. Esto es preocupante porque se parte de un punto de referencia erróneo, que primero es proteger el trabajo y después el resto. Aquí no se observa que en realidad primero tiene que existir el trabajo y ser este viable antes que exista la obligación de proteger al trabajador, y antes que el trabajador tiene que existir el trabajo

Así, "en la consideración de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención a los poderes públicos, la actividad empresarial merece exactamente la misma tutela constitucional que la actividad por cuenta ajena. Obviamente, en cuanto mandato de protección, la Constitución puede exigir un nivel de intervención del Estado para asegurar los derechos de los trabajadores frente al

empresario y frente al propio trabajador muy superior al que exige para proteger la libertad de empresa".

Sin embargo, nosotros pensamos que no es tan acertada esta afirmación porque la protección de un derecho sólo merece protección cuando se encuentra en el riesgo de ser vulnerada, y en el caso de la libertad de empresa, encontramos no sólo que se encuentra vulnerada, sino que además se la desestima por ser un fenómeno que viene con el prejuicio de ser producto de los poderosos o en términos populares: "ricos". Siendo además que la protección que se solicita se debe a aquellos que no tienen poder, que carecen de el, o que son fácilmente expuestos a cualquier vulneración de su derecho. Por lo tanto, la protección a la libertad de empresa no se toma como la vulneración a la libertad de trabajo. Son condiciones y circunstancias muy diversas. Sin embargo debiera tomarse en cuenta la libertad de empresa como un elemento diferente al del derecho de trabajo, y a la propia libertad de trabajo, porque la libertad de empresa no sólo genera productividad, sino rentabilidad, genera un bien, o servicio que produce utilidades; a diferencia del trabajo, que se encuentra más bien en una escala diferente, puesto que no responde a una iniciativa privada, sino que es por cuenta ajena.

Por otro lado, una forma de fundamentar también la libertad de empresa, y lograr su exteriorización al máximo, esta en concebir las fórmulas jurídicas que explican que si un acto no está prohibido esta por tanto permitido, así "…si la realización de una actividad económica por los particulares no está prohibida expresamente, habrá que entender que los particulares son libres de ejercerla tanto en forma de trabajo dependiente como en forma de empresa". Escriben Candido Paz-Ares.

6.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

Otro de los derechos que tienen que ver con la libertad de empresa, con el ejercicio de esta libertad de empresa es el derecho a la propiedad, derecho a ser dueño del objeto y, por tal condición, poder realizar cualquier acto con dicho objeto. Por supuesto que hay que entender que "la libertad de empresas se

proyecta sobre el desarrollo de actividades económicas y el derecho de propiedad sobre los activos producto….".

Siendo que para el ejercicio de la libertad de empresa, de producción de riqueza, esta sólo puede realizarse sobre la propiedad de esa riqueza, sin esta condición de propietario no puede ejercerse libremente la empresa. Cándido Paz-Ares, explica que puede entenderse esta conexión entre la libertad de empresa y el derecho a la propiedad analizando la posición jurídica del accionista-inversor. Esta figura nos muestra que un accionista, por ejemplo, no ejercita su libertad de hacer empresa, según el autor mencionado, sino que es sólo titular de la acción; se comprenderá que "el accionista-inversor no ejercite su libertad de empresa cuando lo consideramos en su condición de titular de las acciones. No ejercita una actividad empresarial ni siquiera a través de la persona jurídica. Lo que ostenta, sobre los activos sociales y de modo colectivo, es un derecho de propiedad sui géneris. Consecuentemente, el accionista-inversor tiene derecho a que el Estado se abstenga de tomar medidas que menoscaben su patrimonio accionarial y mediatiza su propiedad y regula las relaciones con los restantes 'copropietario' garantizándole protección frente a la posibilidad de actuaciones expropiatorias por parte de los restantes socios".

Podría alegarse que el ejercicio de la libertad de empresa es precisamente poder hacer riqueza, o actividad productiva que genere riqueza, y que el accionista-inversor sí esta ejerciendo riqueza; pero el autor lo que intenta decirnos es que la libertad de empresa es más en la actividad productiva, en el proceso de la actividad productiva, ya sea de bienes o servicios, o en aquellos elementos que configuren el estar haciendo empresa. Nosotros, sin embargo, creemos que la actividad productiva no es un elemento que pueda ser restrictivo; que la libertad de empresa no está en un solo sistema de producción de riqueza; que es más bien toda forma de producción de bienes y servicios para la adquisición de riqueza la que se puede decir como libertad de empresa. Para nosotros la libertad de empresa si se expresa en el accionista inversor, aunque no realice efectivamente una

actividad productiva natural, si realiza actividad para generar riqueza, es decir, compra la acción y se somete al riesgo de la inversión; su finalidad es siempre económica, lucrativa, y el medio aunque no es el más formal, si produce los efectos que persiguen los empresarios: la riqueza.

El autor, no obstante lo dicho, lo que pretende es concebir una protección a toda persona que tenga esa conexión con la libertad de empresa, y por supuesto que el accionista-inversor está conectado con la libertad de empresa, pero más directamente a través del derecho a la propiedad, porque sólo a través de la propiedad de la acción puede producirse que reciba los beneficios de la libertad de empresa, lucro, ganancia, riqueza.

7.- LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Otro de los derechos que tienen que ver directamente con la libertad de empresa es el derecho de asociación, de reunirse con fines pacíficos, para diversos fines lícitos; puesto que esto permite que se pueda realizar, en conjunto, en grupo, actividades productivas. Así, según, explican, Cándido Paez, "... la libertad de empresa puede ejercitarse colectivamente de modo que es obligatorio para el Estado (mandato de protección) dictar las normas que permitan la existencia y reconocimiento de sociedades /personas jurídicas que permitan que la actividad empresarial pueda desarrollarse en compañía de otras personas. La aplicación del principio de igualdad en esta materia obliga a no discriminar a las empresas que adoptan la forma societaria respecto de las empresas individuales". Esto responde más al carácter de la producción, que por lo general, o mayoritariamente, tiene que ser "en compañía", y no de otra forma. La libertad de empresa se vería cortada si es que se impidiera la reunión, porque la producción se hace en compañía, con ayuda de varios. La libertad de asociación, sin embargo, no anula a que se realicen actividades empresariales individuales. Así, "la función del derecho de asociación es permitir que el pluralismo social se exprese eficazmente contribuyendo así al desarrollo de la personalidad de los individuos que pueden

perseguir sus fines vitales libremente elegidos en cooperación con otros individuos con los que comparten tales fines y utilizando, igualmente, los medios que consideren más adecuados. Desde este punto de vista, que la libertad de empresa se desarrolle en cooperación con otras personas supone que en el desarrollo de una empresa colectiva se ven implicados tanto el derecho a la libertad de empresa como el derecho de asociación.".

La libertad de asociación cumple una función principal, que los agentes de la producción puedan reunirse, justamente para permitir la producción. No podría haber libertad de la empresa si la libertad de reunión de los agentes de producción estuviera limitada. Reunir a los agentes de producción significa a la vez, reunir a todos los elementos que se necesitan en la producción y en la distribución de esta producción; lográndose a través de ello, la oferta y la demanda, conjugándose estos agentes dentro de un area delimitada, denominada mercado, y posibilitando la expresión de varios derechos conjuntos, como es el derecho a la igualdad de oportunidades, al desarrollo de la personalidad, social, económica, política y jurídica, etc. Por ejemplo, las relaciones societarias deben ser protegidas a través del derecho a la asociación, a la reunión de varias personas con fines lucrativos. Las relaciones, o asociaciones que se realizan con fines económicos no pueden dejar de ser libres, para lograr su maximización.

8.- LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Otro de los derechos relacionados con la libertad de empresa es el derecho a la libertad de expresión, y con ella la de la publicidad, esto es la de difundir la empresa, su actividad productiva, entrando en ello la posibilidad de la oferta y la demanda, es decir, la posibilidad de hacer efectivo la libertad de empresa como un efecto de las relaciones nacidas de la oferta y la demanda. Esto solo podrá producirse si mantenemos un sistema económico de libre empresa; lo que significa que los elementos que intervienen en todo el proceso productivo desde la producción del bien o servicio hasta la efectivizacion o traslado del bien o servicio

al consumidor final, puedan producirse. Un sistema económico es tal porque existe un grupo de eslabones perfectamente interrelacionados y conectados entre si de tal forma que si uno de ellos no funciona el resto tampoco funciona por lo que el sistema económico puede desarrollar la libre empresa, y la no existencia de este sistema económico obstaculiza dicha libertad de empresa. Lo que se esta protegiendo es que se realicen un sinnúmero grupo de actos, como el reparto de los recursos. Pero este reparto es, en un gran porcentaje, a través de decisiones económicas privadas. Siendo necesario, para utilidad y bienestar económico, que dichas decisiones sean inteligentes, y esto solo se puede lograr a través de una buena información, y por consecuencia que exista también buena circulación comercial necesaria para la toma de decisiones. La libertad de empresa no se podría desarrollar si los sistemas de información, sobre la oferta y la demanda por ejemplo, no fueran correctos, suficientes o reales.

Pero cabe agregar, como lo advierten Candido Paez, debe tenerse en cuenta que la protección constitucional debe determinarse atendiendo a su función social, es decir, que esta en juego la función social que cumple esta libertad de expresión.

Asi, "Fuera de los supuestos en los que la publicidad sea el vehículo de las opiniones o expresiones públicas de una empresa, el nivel de protección constitucional de la publicidad debe determinarse atendiendo a su función social (..), la publicidad libre es necesaria para asegurar el funcionamiento del sistema económico de libre empresa, es decir, 'publicidad libre, para consumidores libres, parece razonable concluir que en las constituciones (...) que reconocen explícitamente la libertad de empresa, ésta constituye una libertad especial en relación con la libertad de expresión en lo que la protección de la libertad de publica se refiere de forma que han de ser los criterios emanados de la libertad de empresa los que deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones estatales sobre la publicidad".

Estando a que la libertad de empresa debe ser para desarrollar una determinada actividad.

9.- EL ESTADO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

El reconocimiento a la libertad de empresa implica un derecho sustancial, el hecho que el Estado no pueda injerir en la actividad empresarial. Esta es la regla general, sin embargo hay que tomar en cuenta al interés social, como una posibilidad de intervención del Estado en cualquier actividad que pueda atentar contra este derecho, además observar las funciones del Estado dentro de la actividad económica, que tiene que ver con proteger a la sociedad de cualquier acción nociva. Así, la titularidad del derecho a la libertad de empresa y el reconocimiento constitucional de la iniciativa económica pública. La libertad de empresa, por un lado garantiza a los particulares un ámbito de actuación libre de injerencia estatal (Eingriffsverbot) y, por otro, impone al Estado la obligación de establecer las condiciones organizativas -institucionales- que aseguren la efectividad del ejercicio del derecho (Schutzgebot). En este último sentido es en el que se afirma que el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa lleva consigo objetivamente un 'derecho a la organización', es decir, a que el Estado ponga en pie el entramado institucional necesario para el ejercicio del derecho."

El Estado tiene que intervenir obligatoriamente en la organización de los instrumentos que posibiliten dicha libertad de empresa, es decir existe un derecho objetivo. Esto supone que existan las condiciones necesarias para la libertad de empresa. Además, el Estado crea las instituciones necesarias para que pueda desarrollarse el Estado, "Las libertades que, como la de empresa, se ejercitan en el mercado requieren que el Estado constituya el mercado, es decir, produzca las instituciones que permiten afirmar que una economía lo es 'de mercado".

De igual forma, es necesario el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción, porque si los medios de producción estuvieran en poder

del Estado no se podría hablar de libertad de empresa. Los medios de producción son aquellos que permiten la transformación de un objeto en un producto. Así también la libertad contractual debe ser asegurada porque ella supone que dos o mas personas puedan determinar la compra o venta de un producto, que es un factor fundamental para ejercer la libertad de empresa. La fuerza vinculante de los contratos también es trascendental, porque sin el no se podrían hacer cumplir los contratos con lo que se cortaría el circulo económico que se desarrolla en la libertad de empresa. Así mismo tienen que reconocerse el derecho a la propiedad industrial, porque este supone que el proceso de creación y lo creado puedan generar rentabilidad, y permanencia de esta propiedad y rentabilidad. El Estado tiene que servir para garantizar todo esto. Dicho en los términos de Cándido Paez, "No pueden ejercerse las libertades económicas sin reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción; sin que se garantice la libertad contractual y la fuerza vinculante de los contratos; sin el reconocimiento de derechos de propiedad industrial; sin que se pongan a disposición de los particulares los medios jurídicos para constituir sociedades; sin protección frente a la competencia desleal o al abuso de posición dominante. Lo que constituyen los elementos básicos del Derecho Privado de la Economía entronca así con los derechos fundamentales en cuanto que un 'mínimo' de Derecho privado es presupuesto de la existencia del mercado y, por tanto, de la posibilidad de ejercicio de la libertad de empresa."

La existencia del derecho a la libertad de empresa, en la concepción de un derecho fundamental, obliga a todos los poderes públicos a "maximizar su vigencia", teniendo en cuenta que existen límites impuestos por los derechos fundamentales, y por los intereses generales; pero siempre cuidando que se observe bien que la libertad pueda desarrollarse dentro del sistema social y jurídico. Así también se debe tener en cuenta que en caso de que las provisiones de bienes y servicios no estuvieran legisladas es el Mercado quien asume su eficacia y normatividad, siendo de esto concluyente que "la norma por defecto es la libertad".

Por otro lado, cabe aclarar que el Estado en una economía social de mercado no puede ser totalmente ajena al desarrollo de la economía nacional, y dejarlo todo al mercado, sino que puede incluso reservar algunos sectores públicos, o servicios esenciales, amparados en el interés general, en el hecho que el mercado no pueda asumirlo, entre otros factores, siendo que estos recursos necesarios tienen que ser recursos esenciales, y que el Estado debe velar por su aprovisionamiento, en beneficio y amparo del interés general, "la Constitución permite al Estado reservarse sectores económicos esenciales mediante ley y porqué sean esenciales, es decir, sometiendo dicha reserva a requisitos muy particulares." Sin embargo, cabe anotar que Cándido Paez, escribe que el Estado no puede extralimitarse en esta función de proveer de recursos a la sociedad, y de limitar esta a otras entidades privadas, fundamentados en que el Estado podría haberse reservado esta actividad, así, "no puede argumentarse la legitimidad de una limitación de la libertad de empresa afirmando que si el Estado podía haberse reservado esa actividad legítimamente, bien puede limitar su libre ejercicio."

El Estado puede reservarse ciertos ámbitos de la actividad económica, en mérito y amparo del interés social, y destinar la asignación de ciertos recursos para ello; por lo que se produce cierto fenómeno de subsidiariedad; puede también crear una empresa pública. Por ello, cabe citar a Cándido Paez, cuando escribe: "La reserva al sector público de un sector de actividad es una medida mucho más coherente, desde el punto de vista de la legitimidad del Estado para intervenir en la economía que la creación y sostenimiento de empresas públicas. En el primer caso, habrán de ser razones de interés general las que justifiquen que se remita a decisiones públicas la asignación de recursos en un sector de la Economía. Cuando se crea una empresa pública para participar en un sector referido a la libre competencia, este juicio de legitimidad no está presente, precisamente porque la iniciativa económica pública no es subsidiaria. Es más, no resulta muy coherente afirmar, por un lado, que la Administración pública ha de actuar, en todo caso para satisfacer un interés general y, al mismo tiempo, afirmar que la empresa pública puede y debe actuar en el mercado en régimen de igualdad con los competidores

privados. Porque si el objetivo de la empresa pública es maximizar el lucro —objetivo de las restantes empresas- no se entiende qué interés general está sirviendo la empresa pública en cuestión".

Por otro lado, la iniciativa económica pública debe estar sometida a límites derivados del respeto a la economía social de mercado; puesto que no se puede permitir en forma ligera la competencia del Estado con las empresas privadas, en mérito al ejercicio de la libertad de empresa. De lo contrario se estaría ante una injerencia constitucional de un derecho fundamental de los particulares, el derecho a la libertad de empresa. Por eso cuando el Estado ingresa, crea o reserva una determinada área de la actividad económica de la sociedad, tiene que dar explicaciones, justificar la injerencia, en forma adecuada y proporcional, para el logro de unos fines superiores al de la libertad empresarial, que es el determinado interés general; o en el hecho de que los particulares no puedan asumir tales actividades económicas, por su imposibilidad física, económica, o jurídica. Sin embargo, cabe también aclarar que cuando el Estado hace empresa, o desarrolla una parte de la actividad económica debe mantener separado su poder regulador de su actuación empresarial; porque sino estaría inflingiendo la libertad de empresa de los particulares. Asimismo, cuando el Estado se reserva una parte de la actividad económica, o empresarial, por interés general, esta reserva puede decaer en su legitimidad, en el caso que el Estado no pueda ofrecer las garantías suficientes para brindar un servicio de calidad suficiente, o de "prestar el servicio con garantías de calidad suficiente".

10.- EL MERCADO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

El mercado resulta una garantía institucional, pues la libertad de empresa sólo puede ejercerse, aplicarse en el mercado; y sólo puede haber, en clara consecuencia, libertad de empresa si ésta se desarrolla en la realidad del mundo económico. Si el Estado decide todo, respecto a la producción de bienes y servicios, y de la distribución de los mismos, no existiría libertad de empresa; así,

“La libertad de empresa sólo puede ejercitarse en el mercado. Porque libertad de empresa es libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo y un sistema de mercado es un sistema en el que el Estado remite a los particulares la decisión sobre qué producir y cómo hacerlo. El mercado es, así, el efecto sistemático que genera el reconocimiento de Ios derechos individuales de carácter económico. Por causa del reconocimiento de los derechos fundamentales, se produce el efecto de la consagración del mercado como sistema de asignación de los recursos. Y, no al revés. No se reconoce el derecho a la libertad de empresa para asegurar la existencia de una economía de mercado.”.

El reconocimiento de la libertad de empresa debe pasar por el reconocimiento de las libertades económicas, para eliminar cualquier traba o cualquier riesgo al libre funcionamiento del mercado interior, por lo que el Estado no podrá limitar aquello que limite esta libertad de empresa, salvo cuando el interés general fuera superior y necesario para ello. Siendo esto así, debe considerarse además el carácter fundamental de la libertad de empresa, así se puede citar a Cándido Paez, quien escribe: “Se comprenderá pues, la importancia de recordar, frente a voces muy autorizadas de la doctrina, el carácter de derecho fundamental, y no de garantía institucional, que corresponde a la libertad de empresa. La referencia al respecto al mercado como límite a la actuación económica del Estado es útil sólo cuando se trata de controlar las regulaciones generales. En este sentido, la garantía del mercado establecida (...) impide al Estado eliminar el mercado como mecanismos de asignación de los recursos sin que se cumplan los presupuestos.

Para verificar que existe libertad de empresa privada tiene que efectuarse necesariamente el hecho de que el empresario debe gozar de un mínimo de autonomía en la dirección de la empresa, porque de lo contrario, si la dirección de la empresa estuviera restringida al Estado, o si se subordinara al Estado, entonces entraría en la empresa pública; y por ende no habría libertad de empresa privada, y tampoco empresario, en la concepción privada del término.

La libertad de empresa también puede ser concebida dentro de los márgenes de la igualdad, "En coherencia con la calificación de esta libertad como garantía de instituto se termina por afirmar que la libertad de empresa debe concebirse como 'una particular aplicación del principio de igualdad', es decir, que todas las empresas puedan gozar de la capacidad para producir, crear, o desarrollar la empresa, y por lo tanto estén en igualdad de oportunidades para ello. Esto implica el reconocimiento de una garantía hacia los particulares, en caso, que el Estado, por ejemplo, debe regular, normativamente, la libertad empresarial, garantizando que no se inmiscuirá, sólo en caso de necesidad de interés general, porque de otra forma, su fuerza, y su capacidad económica sobrepasa a cualquier empresa, y puesto que los privilegios que se pueden direccionar a favor del Estado pueden ser enormes, porque el Estado como actor económico es realmente grande. Así la libertad de empresa es una forma también de regular la intervención del Estado en el desarrollo económico de las personas".

Por otro lado, cuando el Estado pretende disponer normativamente la restricción de libertad de empresa, se tiene que tener en cuenta que sólo será necesaria si no hay otra razonablemente de menor restricción, pero que funcione para salvar el objetivo general y el interés general perseguido por la norma restrictiva, así, "Una medida no es necesaria cuando está disponible otra menos restrictiva que permite lograr el fin perseguido con la misma eficacia". Para estos casos debe aplicarse el principio de proporcionalidad, aquella que establece la aplicación de la norma restrictiva sólo en proporción directa con la necesidad del interés general; así también puede decirse que "no es más que una forma jurídica del análisis coste-beneficio de una medida", que puede utilizarse con medidas cuantitativas; o dicho en otros términos "La ponderación es el resultado de valorar el 'peso' que, en cada situación ha de atribuirse a la valoración, procedimiento que consiste en exponer cuáles son los principios o valores en conflicto y señalar que peso debe darse, en las circunstancias concretas, a cada uno de ellos."

El problema para tratar sobre la libertad de empresa está en que existen muchas formas de justificar la intervención del Estado en la limitación de la libertad de empresa, puesto que la finalidad y las tareas que cumple el Estado calificado como social, pueden legitimar y ser utilizadas como "títulos de intervención", en la libertad de empresa, justamente por el carácter social del Estado. Sin embargo, la limitación o intervención del Estado en los derechos que tienen que ver con la libertad de empresa, pueden ser diversos y establecidos en diferentes argumentos, como por ejemplo, las limitaciones que se hace a la libertad de expresión cuando se trata de los infantes, o la juventud, el Estado puede limitar esta libertad de expresión; o cuando también se habla del derecho al honor, a la buena reputación, a la privacidad, o a la Seguridad del Estado, que son limitaciones justificadas en las mismas instituciones. Así no se puede hacer empresa vulnerando, violentando o rompiendo con estas normas, por que son superiores en concepto y en validez ante la libertad de empresa. Otra forma como el Estado puede intervenir legítimamente es, por ejemplo, en asuntos de interés general, en el derecho al trabajo, en normas respecto de la protección de los consumidores, sobre el medio ambiente, o de protección a la familia, o de la cultura, o de protección de la cultura, entre otras.

Cabe, sin embargo poner a colación que "Por otra parte, el ámbito de la libertad de empresa es, también, extraordinariamente amplio. Si lo definimos como la libertad de ganarse la vida como uno quiera, se comprenderá que abarca la mayor parte de la actividad de las personas. Los seres humanos, incluso en las sociedades más avanzadas, dedican la mayor parte de su tiempo a 'ganarse la vida', y las formas de ganarse la vida son, afortunadamente, incontables. Es, consecuentemente, inevitable que los conflictos se actualicen con mucha más frecuencia en relación con la libertad de empresa que, digamos, en relación con la libertad de circulación de las personas."

11.- LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA

Cuando el Estado pretenda imponer ciertas medidas restrictivas de la libertad de empresa, sólo puede hacerlo si es que imperan antes algunos valores y principios superiores que tienen que ser comprobados a través del principio de ponderación, mediante la cual se valoran los principios, a través de una "evaluación constitucional", asimismo debe examinarse si se está persiguiendo efectivamente un interés legítimo, debiendo considerar lo que Cándido Paez dice, "Fines legítimos son los que estén recogidos constitucionalmente como dignos de promoción por los poderes públicos y, por tanto, que existe un 'interés general en su promoción. Comprobando que el fin que se persigue es legítimo, debe llevarse a cabo el juicio de proporcionalidad que incluye valorar la idoneidad de la medida al fin perseguido, su necesidad en el sentido de que no hay una medida que obtenga el mismo resultado sin tanto sacrificio de la libertad de empresa y la proporcionalidad en la medida en sentido estricto que obliga a preguntarse acerca de la intensidad de la injerencia en la libertad de empresa /(coste) en comparación con el 'beneficio' que se obtiene en forma de realización efectiva del bien constitucional en conflicto teniendo en cuenta que cuanto mayor sea el costo por la primera, mayor ha de ser el beneficio social obtenido con la segunda para que la ponderación esté justificada constitucionalmente.". Esto significa que existen pues elementos que pueden justificar una restricción a la libertad de empresa, o razones que fundamenten la intervención en la libertad de empresa, pero que estos tienen que surtir una especie de matiz, en cuanto no pueden ser dados en forma arbitraria, sino justificados en razones de utilidad social, de interés general.

Una de las características esenciales para determinar si existe intervención en la actividad económica de la sociedad, y por lo tanto intervención, o atentado contra la libertad de empresa, es la de la determinación de quien realiza la asignación de recursos, que en una sociedad de mercado se remite a "la libre decisión de los particulares", siendo el mecanismo para ello el "sistema de los precios". Se da efectivamente la limitación a la libertad de la empresa si es que "el Estado

sustituye a los consumidores y a los sujetos que deciden sobre la asignación de los recursos y, en general si es que se les sustituye en la toma de decisiones económicas". El factor determinante de todo es la libre decisión sobre la asignación de recursos de los consumidores, y su libertad para decidir donde asignan recursos, y cuánto pagan por ello, determinando de esta forma los precios. Si los precios, la asignación de recursos son determinados por el Estado se esta interviniendo en la libertad de empresa, según expresa Càndido Paez.

El mismo autor expresa que se puede estar hablando de limitaciones a la libertad de empresa en los siguientes supuestos:

- Aquellas regulaciones que obliguen de alguna forma a una persona, natural o jurídica, a desarrollar una actividad.
- Aquellas regulaciones que impidan prestar o adquirir un servicio, producir, comercializar o adquirir un bien.
- Regulaciones que sometan las actividades económicas a la obtención de un permiso, licencia, autorización o concesión.
- Que establezcan condiciones sugèneris para la adquisición o comercialización de un producto o servicio determinado.
- Regulaciones que sometan la producción o prestación de servicios al cumplimiento de requisitos de cualificación personal.
- Regulaciones que limiten la libertad de competencia.

Otro de los argumentos para la limitación de la libertad de empresa esta en que se presente un mandato de optimización, es decir, un mandato por la cual los organismos públicos se vean en la imperiosa necesidad de proteger la libertad de empresa; de tal forma que se convierte este mandato de optimización en un "requisito de legitimidad de la restricción"; de esta forma se requiere que la limitación, en este caso a la libertad de empresa, tenga que apoyarse en otros derechos fundamentales, o en el interés general, que tengan carácter constitucional. Siendo por el contrario inconstitucional cualquier medida con

el objeto de "proteger" a determinados empresarios, con lo que se produciría automáticamente el perjuicio de los demás empresarios competidores. Además, los intereses no públicos si son protegidos, y por ellos lesionado el derecho a la libertad de empresa, esta restricción resultaría evidentemente ilegítima.

Las restricciones a la libertad de empresa, por lo tanto sólo pueden ser legítimas, reconocidas por el cumplimiento de ciertos requisitos, como el ser formuladas por un mandato de optimización a favor de un interés general, o que tengan colisión con otra norma de rango constitucional; así, la medida restrictiva debe ser antes sometida a prueba, a adecuación de la norma, o dicho en otros términos, a que la norma restrictiva sea "útil", "necesaria" e "indispensable" para lograr el interés público perseguido.

12.- LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

El hecho de que se utilice ahora Internet para realizar transacciones comerciales, ha provocado un revolucionario y nuevo sistema económico; no sólo por la facilidad con que la oferta y la demanda se integran en el mercado mundial, sino porque producen, aumentan, promueven, nuevas formas y conductas como de relaciones inter subjetivas, es decir, entre personas, y además, hacen estas relaciones en un tiempo real. Esto significa que se aceleran los procesos de comunicación y a la vez se acelera el tiempo utilizado para tomar decisiones. La economía digital establece un nuevo programa de relación demanda oferta, oferta demanda.

La economía digital plantea nuevas propuestas, como la desintegración vertical, que los costos de interacción y transformación ya no son tan elevados; asimismo existe una nueva concepción sobre los beneficios sobre activos: los activos físicos ya no desempeñan el papel protagonista en oferta de servicios en las empresas; también hay otra variación en los beneficios graduales, lo que

significa que el tamaño ya no limita los beneficios; en la misma dirección, hay un avance en el acceso a la información, puesto que esta ha dejado de ser cara y restringida; siendo otra de las nuevas características el tiempo para llegar al mercado, ya que no se necesitan muchos años y tampoco grandes capitales para establecer un negocio a escala mundial. Por lo que pasaremos a explicar cada uno de estos puntos.

1.- La desintegración vertical

Según la doctrina en Internet, la desintegración vertical, significa que se han disminuido notablemente todos los costos de interacción y transformación de los productos; que fueron el principal problema en un economía industrial. En estas economías industriales se formaba complejas cadenas de valor, las mismas que podrían empezar en las materias primas hasta la entrega de los productos a los consumidores; de tal forma que entre éstos dos puntos existían variados eslabones necesarios en una categoría o proceso productivo, siendo desde luego difícil de saltar uno de estos eslabones; mientras que en la nueva economía digital no hay necesidad de seguir la secuencia de eslabones, de la cadena productiva industrial; puesto que la oferta y la demanda de productos pueden ser en forma paralela, puesto que: "mediante acuerdos con socios tecnológicamente punteros e innovadores-especializados en determinados eslabones de la cadena de valor-se puede alcanzar nuevos niveles de calidad, flexibilidad y ahorro. ".

2.- Beneficios sobre activos

La economía digital ha permitido desarrollar un nuevo tipo de valor, porque los activos no tangibles o virtuales; se diferencia de la economía industrial se basan más en ideas, programas, patentes, etc., que en activos físicos como la propiedad, los bienes tangibles, las fábricas, los equipos, entre otros bienes físicos, que significaban una base " física ", sólida, de la riqueza. A diferencia de la nueva economía digital en la cual el valor, el capital, la riqueza puede ser medida en

bienes no tangibles como las patentes, la propia intelectual, las relaciones con los clientes, de tal forma, que "las nuevas empresas deben impulsar continuamente el valor de la propia intelectual, así como el de las relaciones con los clientes -auténticos núcleos negocio- con el fin de incrementar el volumen en los márgenes". Siendo además que los activos físicos generan ciertos costos que no generan los activos no tangibles.

3.- Beneficios graduales

En una economía digital los beneficios graduales significan que el tamaño ya no limita los beneficios. En estos casos para obtener mayores ganancias, no es necesario que la empresa crezca físicamente. En las economías industriales, para lograr satisfacer la demanda era necesario muchas empresas, lo cual implicaba ambientes físicos que por supuesto serían costosos. En una economía digital la empresa se puede ampliar con mucha flexibilidad sin requerir de enormes espacios físicos. Además, en una economía digital "la información, la propia intelectual, y las relaciones con los clientes no están limitadas por la capacidad de la fábrica, ya que apenas cuentan con un componente físico. De hecho, el rendimiento a escala aumentan este nuevo entorno económico; en teoría, una empresa puede crecer sin límite, aproximando los costes unitarios a cero y aumentando exponencialmente el valor del producto para el cliente ".

4.- Acceso a la información barata e ilimitada

La nueva propuesta descubierta por el sistema económico digital es que ahora se puede tener acceso a la información en forma más rápida, más barata, y con menos restricciones; a diferencia de la era industrial, en donde la información era difícil de acceder puesto que producirla resultaba muy cara de tal forma que los compradores y vendedores se veían desestimulados o con grandes problemas para obtener la información requerida sobre los productos. Sin embargo, el desarrollo de mayores facilidades de acceso a la información en tiempo, calidad, y

eficiencia, ha provocado que los consumidores sean más exigentes; puesto que al haber tanta información sobre productos y precios, las empresas se han visto en la necesidad de innovar para contrarrestar de alguna forma la competencia; así "...En la economía digital existen enormes oportunidades para todos. Los fabricantes y proveedores de servicios pueden recopilar información sobre los clientes y utilizarla para proporcionar a cada uno de ellos exactamente lo que desea; para facilitarles de manera personalizada unos productos y servicios que nunca antes habían imaginado. "

5.- La reducción del tiempo en el mercado

La informatización de los datos de una empresa ha posibilitado que los registros para constituir una entidad comercial, como el empresa disminuyan en tiempo, requisitos, y condiciones. Esto implica que la empresa pueda llegar al mercado en forma más rápida. En nuestro medio por ejemplo las inscripciones en los registros públicos, en la Sunat, pueden hacerse vía virtual, a través del Internet, lo que significaría menor tiempo en constituirse como una empresa legítima y reconocida por el Estado, y por lo tanto acreedora a todas las licencias, ventajas, y derechos que le confiere la titularidad de dicha empresa. Siendo además que incluso el Estado utiliza para ciertos actos el manejo del Internet y al registro ante aquellas; así tenemos el Consucode, los bancos de proyectos del sistema nacional de inversión pública, entre otros sistemas virtuales que se utilizan para registrar ciertos datos y lograr un control a nivel nacional sin el requerimiento de la presencia física o de demorosos sistemas de comunicación como las cartas a través de transportes terrestres o aéreas; cambiando esta forma la transferencia de la información a tiempos reales. A diferencia de los sistemas industriales en donde formar empresas, abrir mercados nuevos, significaban demorosos trámites y mucho esfuerzo; puesto que se necesitarían demasiados años para hacer "estudios de mercado, desplegar y construir activos físicos, lograr inventarios específicos, y generar la capacidad necesaria de producción y venta", por lo tanto se genera una sociedad en la cual las personas pueden utilizar el

Internet para este mercado, "los canales virtuales pueden utilizarse para buscar fuentes de productos y servicios para promocionar, vender y dar soporte a los mismos... Y todo ello en forma más rápida y barata e investigar si la expansión es una buena idea".

13.- LA EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA

En economía se ha desarrollado, teóricamente, una técnica, “La competencia”, que es un elemento genuino de un sistema de mercado libre.

La empresa es un fenómeno que requiere necesariamente de la libre competencia, que permitirá mantener activa la capacidad productiva de la empresa, y su diverificación y actualización constante. La libre empresa permite libertad económica, como explicara Teodoro Ribera Neumann, “La libertad económica facilita, además, que los éxitos individuales sean debidamente recompensados y las fallas sancionadas. Ello le otorga a la libertad económica relevancia desde el punto de vista de la producción y distribución de los bienes pero también un fundamento ético y social: Para que existan oportunidades de ser más, debe igualmente garantizarse la libertad de asumir el riesgo de la ganancia o pérdida.” (Escribe Teodoro Ribera Neumann “Reflexiones a la libertad de empresa en la Constitución de 1980”). Así, la propuesta en desarrollar la libertad de empresa, está en insertar específicamente dos puntos: derecho y deber. La libertad supone que el individuo asume el beneficio, riesgo, y costo de su libertad; así que si gana, gozará de sus beneficios, pero si pierde tendrá que asumir esta pérdida y sus efectos. A diferencia del actual modelo, donde los errores de los demás son asumidos por todos, como es el caso de las instituciones públicas. Tal vez por ello, se ha desarrollado actualmente con mucha importancia, desde la economía y el derecho, teóricamente, como técnica: “La competencia”, que vendría a ser “un elemento genuino de un sistema de mercado libre”.

Así, "las ideas de la libre competencia son un marco que, como la democracia en política, generan un sistema de apertura a todos, evitando la discriminación de unos frente a otros, y absolviendo los tipos de abuso del poder de posiciones estratégicas de unos frente a otros. Es un sistema de regulación de la libertad con que debe llevarse a cabo toda demanda y oferta dentro del mercado, permitiendo que todos los actores que intervienen en este tipo de relaciones cuenten, teóricamente, con los mismos principios y derechos para ejercer sus pretensiones. Por eso, incluso en un supuesto de estatización de las industrias (que hoy no es el caso); "Simons dijo que "aun queda una alternativa real de socializacion, que es el establecer y preservar la competencia como agente regulador".[275] ¿Pero como debía lograrse esto? El pensó que las leyes antimonopolio debían emplearse para conseguir una reestructuración drástica de la economía norteamericana.[276]. Es decir, una que al lado de preservar lo público, a través de lo social, debería estar también la regulación de todo sistema privado que tuviera objetivos de monopolización, por lo que debería adoptarse estrategias y leyes antimonopolio. Esto permitiría una constante redistribución de las oportunidades de riqueza.

Expliquemos. Toda empresa tiende a buscar un monopolio; a estos se les ha denominado actualmente nichos; sin embargo el principio es el mismo: buscar un producto que sea de su exclusividad de distribución. Esto genera no solo anulación de la competencia, sino capacidad para manejar los sistemas de precios a libre albedrío del agente, pudiendo luego especular con este sistema y asegurar la ganancia; consecuentemente el demandante, el consumidor final esta sujeto a las disposiciones totalitarias de dicho agente. Por ello, el Estado no permite el monopolio, puesto que genera un sistema de precios inmanejable para el consumidor, y anula la competencia, que es un factor que genera la actualización, mejoramiento de los productos ofertados, y también de los precios ofertados, lo que mueve todo el sistema del mercado generando el equilibrio necesario para que los precios no suban en exceso y tampoco bajen en exceso. La libre competencia

[275] Ibid. P 12
[276] THEMIS, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Catolica del Peru. Pp. 8

permite ser un medio de regular los precios en el mercado, y de los sistemas de producción y distribución, compulsando los intereses privados con los intereses públicos.

No necesariamente es posible regular todas las alternativas que muestra una libertad de empresa en nuestra sociedad, porque escapan a la propia regulación social; sin embargo, la influencia y el direccionamiento de la vida misma, y de las condicioines económicas de vida han persuadido a algunos autores que "Debemos anhelar una situación en la cual el tamaño de las unidades de propiedad en cada industria este limitada al tamaño mínimo para la producción eficiente pero altamente especializada de una planta operativa.[277]. ¿Reducción de la capacidad de productividad, o protección contra cualquier exceso innecesario de expansión económica empresarial?, por estas y otras dudas se puede reseñar que Simons aclara que lo que tuvo en mente en una nota a pie de pagina: escibiendo: "Será necesario revisar las nociones comúnmente aceptadas respecto del tamaño máximo de una empresa compatible con la competencia efectiva. La regla general y el objetivo ultimo debe ser el de fijar un tamaño máximo de empresa en cada industria.[278]. Y estos han intentado ser regulados por la norma. Pero, ¿pueden ser regulados los tamaños de las empresas? Realmente sólo se puede regular aquello que afecta de alguna manera a la sociedad, pues si no se estaría atentando contra la libertad en general, contra la libertad de empresa en particular. No obstante la teorización de la regulación del tamaño de las unidades de propiedad de la industria resguarda otros factores, los de la eficacia o efectividad necesaria para la producción, puesto que cualquier exceso, en este supuesto, provocaría ineficia, despilfarro, desgaste, gasto. Sin embargo no todo es probabilisticamente demostrable por el derecho, por eso autores de importancia han intentado usar el análisis económico para demostrar que el análisis legal no siempre es coherente.[279]

[277] Ibídem Pp. 8.
[278] Ibídem Pp. 8, 9.
[279] Ibid. P. 183.

No se puede olvidar que cuando se habla de competencia, este responde a factores económicos, por ello es necesario analizar el funcionamiento del sistema económico, puesto que "la ley es uno de los principales factores determinantes del desarrollo de la economía".[280]

La libertad de empresa permite descubrir cuáles podrían ser los problemas que se dan dentro del mercado, en la práctica del mercado; así las empresas y el gobierno puede manejar, o intentar ello, "el problema de los efectos perjudiciales", al mercado y a la propia sociedad.[281]: Sin embargo si el Estado debe regular aquellos aspectos necesarios para que se anulen o minimicen los efectos perjudiciales del uso del mercado, esta regulación debe ser sólo la necesaria, reducida; y esto se puede hacer a través de crear, o en el caso del mercado, garantizar un sistema de clasificaciones, de niveles en el proceso de oferta demanda.[282]. Todo dentro de la realidad pues esta puede entrar en una contradicción con sus visiones[283]. Claro está entonces la importancia de descubrir los factores que producen el movimiento social, económico, y jurídico, que puede ser explicado por el estudio de la ciencia, o de la naturaleza. Debiendo precisar que el Derecho no es un fenómeno natural, sino artificial, no es, en este sentido ciencia, descripción de una realidad existente, preexistente, constante y eterna, sino que es un sistema de regulación de conductas, pues así, "el Derecho no tiene un objeto natural: es un sistema de regulación de conductas, solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre", y puesto que "Los conceptos jurídicos (..) son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe".[284]

[280] THEMIS, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Catolica del Peru. 14.
[281] Ibídem Pp. 15.
[282] Ibídem Pp. 16.
[283] Ibídem Pp. 18.
[284] COHEN, Felix. "El Método Funcional en el Derecho". Op. Cit. Pp. 46-48.

Es claro, que la economía es un factor central en el análisis de las relaciones sociales, por ello, en las palabras de Gary Becker[285] el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.[286]; puesto que de acuerdo a ello, "El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos).[287]. Así, las conductas estarían talvez determinadas por los beneficios, por eso, se podría decir que "Si ello es asi, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Solo indica tendencias.[288]. Esto nos permitirá desarrollar modelos de predicción "sumamente sofisticados", que pudieran conseguir predecir ciertas conductas con "asombrosos resultados en la practica".[289]. Sin embargo, no todas las conductas se pueden predecir por el estudio general del fenómeno, sino recordemos que "la inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero si de todos en general".[290]; y es que es ya una fórmula que "cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación.[291].

Es necesario para lograr entender la libre competencia estudiar todos los factores que configuran el sistema económico, como la teoría de la *mano invisible*, por ejemplo, en donde Adam Smith, acuñando esta palabra, indicaba que "mientras los individuos y las empresas están interesadas exclusivamente en su propio interés, a través de la competencia siempre se verán llevados —como si existiría

[285] Ibídem BECKER, Gary. "El enfoque económico del comportamiento humano" En: Información Comercial Española. Nº 557, enero 1980.
[286] Ibídem THEMIS, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp.20.
[287] Ibídem Pp.20.
[288] Ibídem Pp.21.
[289] Ibídem Pp.21.
[290] Ibídem Pp.21.
[291] Ibídem Pp.21.

una “mano invisible” —a promover el interés publico.[292]. Este sistema de regulación permite que “invisblemente” se logre regular el mercado a través del interés particular; es decir, es una especie de externalidad, que no tiene que ver con el interés particular, sino que se desprende del interés personal. Y uno de los factores que permiten el desarrollo de este sistema es la competencia, que “ocasiona que los precios se reduzcan hasta el costo de producción, incluyendo las ganancias normales.[293]; fenómeno que permite una especie de “tendencia a la igualdad entre precios y costos explicados” que sería la competencia que es eficiente en criterio de los economistas.[294]

Pero existe competencia no sólo cuando se trata de lograr un beneficio económico, o interés económico; puede existir competencia por lograr ciertos valores; así, “la competencia es esencial en todo aspecto de la vida, independientemente de la motivación y la organización de los productos, o si hay algún intercambio de dinero de por medio”[295]. Por eso es que se explica que “el grado de competencia es mas importante para el bienestar que la motivación y la estructura organizacional de los competidores. En otras palabras, la “mano invisible” opera no solo cuando los productores son empresas que buscan ganancias, sino también cuando son organizaciones sin fines de lucro tales como hospitales, instituciones de caridad, cooperativas o incluso empresas gubernamentales como el servicio postal.[296]

La mano invisible funciona independientemente de las intenciones de los agentes de comercialización, y parece que los “fuerza, comúnmente en contra de sus propios instintos y deseos y en contraposición a su propio desinterés, a poner mayor atención en satisfacer las necesidades de sus consumidores».[297]. Sin embargo, no todos creen en ello, y algunos “prefieren el puño visible del gobierno

[292] Ibídem Pp.55.
[293] Ibídem Pp.56.
[294] Ibídem Pp.56.
[295] Ibídem Pp.56.
[296] Ibídem Pp.56.
[297] Ibídem Pp.56.

a la mano invisible de la competencia porque creen que esta disminuye, en lugar de aumentar, el bienestar general[298].

El Estado tiene una importante función en la distribución de la actividad empresarial, así maneja mercados que podrían denominarse cautivos, como la educación; no obstante puede suceder que "Este sistema de mercados cautivos permiten que sindicatos de maestros y funcionarios del gobierno dirijan las escuelas publicas y las manejen de acuerdo a sus propios intereses y no con los de los alumnos.[299]

La libre competencia, hay que aclarar, no es factor natural del mercado, sino es un producto de la sociedad, es recogida por el mercado y por el Estado que tiene la necesidad de regularla para controlar la transferencia o transacciones comerciales; así, "El Derecho de la libre competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de proporción. así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado. Este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impiden distorsiones por conductas y que en esos casos el Estado debe intervenir como arbitro con reglas claras y transparentes.[300]. Un poco más clarificado se puede decir que, "como señala Jose Antonio Olaechea, el "Derecho de la libre Competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del trafico económico que incluye tres disciplinas a saber: las normas sobre Competencia desleal, Defensa del Consumidor, Libre competencia.[301]. No debe olvidarse que el derecho regula conductas "que tienen su sustrato en un modelo económico", ya sea este el liberal, el socialista, etc.

---

[298] Ibídem Pp.56.
[299] Ibídem Pp.58.
[300] FLINT, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002. Pp. 23.
[301] Ibídem. Pp. 23.

Existen así las teorías de la competencia perfecta o imperfecta, como simbología matemática, no siendo estas más que eso, teorías, que pueden o no funcionar, pero que si se realizan sólo son temporales. Se cree que cuando existe competencia perfecta el mercado se encuentra en un estado de equilibrio, eso es medido por los sistemas de precios que reflejan "la relación de sustitución existente entre los distintos bienes y servicios.[302]. El modelo de competencia perfecta significa que existe entre otros elementos, plena información, además de compartida, y por último "simetría en los grados de poder de negociación"[303]. La realidad demuestra evidentemente que esto no es tan factible, pues no puede medirse los niveles de negociación como si fueran matemáticas, porque entran en la relación de negociación elementos subjetivos, que influyen directamente en el tipo de negociación o acuerdo entre las partes negociantes.

¿Cómo actúa el Estado para lograr la competencia perfecta en una sociedad determinada? Los doctrinarios dicen que es a través de "normar la estructura del mercado, y de sancionar las conductas que contravienen las reglas de la competencia, o que atenten contra la función protectora del mercado[304]. Pero la actividad normativa del Estado respecto a la defensa de la libre competencia va más allá, en la protección normativa del consumidor[305]. El Estado moderno combate también las economías mercantilistas o de influencias, en donde el éxito de la transacción no estaba en la competitividad sino en la conexión con el Estado, "que en virtud de esta relación podía elevar aranceles o prohibir importaciones con la finalidad de aislar mercados a favor de grupos de poder y distorsionar las reglas del mercado.[306]. La intervención del Estado también es necesaria porque, de acuerdo a la historia, reseñado por los doctrinarios, no se puede permitir que las fuerzas de la oferta y la demanda operen libremente, porque sus fuerzas no siempre son equivalentes; el Estado interviene, en estos supuestos, para lograr el

[302] Ibídem Pp. 23.
[303] Ibídem Pp. 24.
[304] Ibídem Pp. 24.
[305] Ibídem Pp. 26.
[306] Ibídem Pp. 26.

equilibrio. La libertad de emprsa no puede existir si no existe libertad para elegir, de aquellols agentes económicos que participan activamente en las transacciones comerciales en el mercado, y si no existen reglas claras sobre el tipo de actividad económica. Así, "La libre competencia se basa fundamentalmente en la libertad de elección…[307].

Para comprobar que existe libre competencia se puede definir si se encuentran los siguientes elementos:

- Libre información en los mercados
- Definición precisa sobre los derechos de cada quien respecto de los bienes y servicios que se transan en el mercado;
- Las garantías de ejecutabilidad de los pactos, y;
- El resarcimiento por daños que se ocasionen a terceros.[308]

El hecho que exista competencia, y que esta se determine por el consumidor, obliga a las empresas a mantenerse alertas, actualizados "por captar las referencias del consumidor"; y hace que las empresas se mantengan "en un proceso dinámico de inversión y revisión de estrategias que es la mejor garantía para lograr niveles de competitividad globales.[309]

Cuando no se pueden determinar los aspectos enunciados anteriormente, se puede decir que existe un mercado imperfecto, por lo que puede el Estado intervenir, específicamente en los siguientes casos:

- Altos costos de transacción;
- Posiciones monopólicas o practicas restrictivas de la libre competencia, cuando los agentes económicos no cuentan con información suficiente para tomar sus decisiones o

[307] Ibídem Pp. 28.
[308] Ibídem Pp. 29.
[309] Ibídem Pp. 29.

- cuando existen externalidades en el consumo y producción de los bienes...[310]

El Estado sólo debe intervenir para lograr un mercado que puede efectivizar en su movimiento los principios de la libre competencia. El Estado no puede intervenir por otros factores, ni menos puede competir con las empresas en forma desleal. Cabe agregar además que el protegido en la defensa de la competencia, es en todas las legislaciones el consumidor final. Este consumidor último puede ser estimulado y el Esttado puede estimular o no el consumo, así, "Es aquí pues en el rol de los impuestos donde el Estado puede alentar y desalentar el consumo y sobre todo redistribuir la riqueza. El rol del Estado moderno es crear conciencia tributaria, aumentar la masa de contribuyentes y apoyar a los pobres.[311]

El Estado debe también facilitar y vigilar que exista efectivamente libre competencia, debe garantizar que no existan factores que la limiten, o cualquier posición dominante o monopólica.[312]. Así también debe proteger la iniciativa privada porque si hablamos de "la libertad de empresa, (…) esta es una forma de ejercer la iniciativa privada.[313]. Además, la libertad de empresa sólo se garantiza y proteje si se ejercita de acuerdo con las exigencias de la economía general, de acuerdo con las exigencias sociales.[314]. Las libertades de empresa, comercio e industria están sujetas a ciertos límites: su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad publica.[315]

PROPUESTA:

1.- Módulos para desarrollar la competencia

[310] Ibídem Pp. 29.
311 IbídemPp. 70.
[312] Ibídem Pp. 73.
[313] Ibídem Pp. 73.
[314] IbídemPp. 75.
[315] IbídemPp. 77.

14.- PROTECCIÓN A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

La libertad empresarial implica un tácito y expreso reconocimiento, garantía y hasta fomento de las actividades empresariales, es decir, de todas aquellos sistemas de interacción empresarial, que tienen su contexto dentro de todas las fases de dicha actividad, a ser, relaciones de aprovisionamiento de recursos, consumo, producción, distribución, y aquellas que se encuentran dentro de estas, dentro del libre juego de la oferta y la demanda, y legitimadas dentro de cierto orden jurídico. La actividad empresarial es el reconocimiento de la libertad empresarial, que tiene su margen sólo en la voluntad de empresario y de los límites por razones jurídicamente fundados en la organización social.

El ejercicio de la libertad empresarial, recogido dentro de los derechos de la persona a la libertad, es también susceptible de ser bloqueado, violentado, anulado y extinguido por diversas fuerzas racionales o de otra naturaleza, que en el ejercicio de la actividad humana se puedan presentar; fenómenos que evidentemente desnaturalizarían el marco general de la libertad empresarial como un instrumento del ser humano de potenciar y desarrollar su capacidad productiva, su voluntad productiva. Frente a estos fenómenos, la sociedad ha desarrollado diversos tipos de acción, o reacción, tanto legales como ilegales, para ser precisos. Esto es porque el empresario necesita asegurar, proteger y viabilizar siempre el ejercicio de su libertad empresarial. Al respecto Rodrigo Uría escribe, en un capítulo sobre la razón y fin de la protección de la actividad empresarial: “El concepto de empresario lleva ínsita la idea de continuidad en el ejercicio de la empresa. Esta se ejercita para servir un fin duradero, para continuar mientras rinda utilidad económica. Por eso el empresario necesita disponer de medios legales de defensa contra posibles ataques al libre ejercicio de su actividad, a sus instrumentos de actuación y a sus posibilidades comerciales.” (Rodrigo Uría. Derecho Mercantil. Décimo cuarta edición. Marcial Poxs Librero Editor. Madrid, MCMLXXXVII. Pág. 55).

Las normas que versan sobre la protección de la actividad empresarial, de la libertad de empresa, según refiere Rodrigo Uría son:

a) "Las que regulan los llamados derechos de propiedad industrial, que protegen en general el ejercicio de la actividad empresarial y el uso exclusivo de la patente y de los signos distintivos de aquella;
b) Las que defienden la libre competencia entre los empresarios;
c) Las que condenan la competencia ilícita;
d) Las que, integrando la llamada propiedad comercial, proporcionan a los empresarios, entre otras ventajas, la necesaria estabilidad o permanencia en el uso y disfrute de los locales arrendados para asentar sus establecimientos y mejor desarrollar sus negocios."

a) Los Derechos de Propiedad Industrial

La propiedad es, según nuestro ordenamiento jurídico, aquella facultad o poder, para usar, disfrutar, disponer, enajenar, o reivindicar un bien jurídico patrimonial. La propiedad industrial estaría dentro del marco de la productividad, de la industria. Rodrigo Uría refiere que la propiedad industrial son "derechos de uso o explotación exclusiva, derechos absolutos o de exclusión (…), que solamente se adquieren por virtud de la inscripción en el Registro especial de esa propiedad." (Rodrigo Uría. Derecho Mercantil. Décimo cuarta edición. Marcial Poxs Librero Editor. Madrid, MCMLXXXVII. Pág. 57). Es, pues, un derecho nacido después de creado, inventado, un producto, una industria, como un sistema de protección del agente productivo, inventor, institución, etc., que ha generado el producto. No es inmediato, sino "limitado" a la formalización de su "registro". Derecho supeditado a la prueba como antecedente de tal; distinto de otros derechos presumiblemente innatos como la vida (el cual no se necesita registrar para ser derecho, ni para ejercitarlo); derecho de disponibilidad, enajenable o extinguible. Es un derecho que protege al creador, y le confiere por la inscripción de dicha creación, las exclusividades de su uso y disfrute. El Derecho de propiedad

industrial contiene normas de "carácter esencialmente tutelar o protector de la actividad empresarial", reafirmaría Rodrigo Uría.

El ordenamiento jurídico adhiere dentro de su cuerpo normativo todos aquellos instrumentos necesarios para garantizar este derecho; de tal forma que si es violentado, puede usarse las normas constitucionales, civiles o penales para lograr su efectividad, su indemnización, o penalización

El Derecho de propiedad industrial se extiende al derecho internacional, quien también lo tutela; así Rodrigo Uría escribe: "Por el Convenio de París de 20 de marzo de 1883 se constituyó la llamada Unión General para la Protección de la Propiedad Industrial, (…) Posteriormente se revisó ese Convenio en la reunión de Bruselas, de 14 de diciembre de 1900; en la de Washington, de 2 de junio de 1911; en la de la Haya, de 6 de noviembre de 1925; en la de Londres, de 2 de junio de 1934; en la de Lisboa, de 31 de octubre de 1958 y en la de Estocolmo, de 14 de julio de 1967" (Rodrigo Uría. Derecho Mercantil. Décimo cuarta edición. Marcial Poxs Librero Editor. Madrid, MCMLXXXVII. Pág. 59).

LA PATENTE DE INVENCIÓN:

De acuerdo con Indecopi, "una patente es un título que otorga el Estado –a un titular- para ejercer el derecho exclusivo de comercializar un invento o invención (material o inmaterial) durante un periodo de vigencia determinado y en un territorio específico." (http://www.indecopi.gob.pe/servicios-Patentes-que-es.jsp).

Mientras tanto Rodrigo Uría escribe que "La patente es el título expedido por el Estado (a través del Registro de la Propiedad Industrial) que confiere al concesionario, por período improrrogable de veinte años, el derecho exclusivo o poner en práctica una determinada invención, de procedimiento o de producto, utilizando al efecto el objeto de la misma.". La patente es aquella formalización,

legitimización, o constitución de un derecho exclusivo para “comercializar” un invento o producto.

La patente protege la invención, y puede lograrse, según Indecopi, a través de la Patente de invención, patente de modelo de utilidad y el secreto industrial. Por patente de invención, se entiende la “protección de un producto o un procedimiento”; por patente de modelo de utilidad entendemos, según Indecopi, “Un modelo de utilidad es una invención de menor categoría relacionada a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita una mejora o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.”; y así también “El secreto industrial protege al invento de la revelación, adquisición o uso del secreto de una manera contraria a las prácticas leales de comercio. Por supuesto, nada le impide a una tercera persona llegar por sus propios medios a descubrir el secreto y, en ese caso, explotarlo libremente. / Cabe señalar que el secreto industrial no otorga un derecho exclusivo –a diferencia de las patentes- sino más bien es un ‘monopolio de hecho’, en ese sentido la duración de la protección es ilimitada aunque incierta, pues el invento estará protegido mientras se mantenga en secreto.”.

---------- 0000 ----------

TITULO IV: POLÍTICA FISCAL

CAPITULO PRIMERO: EL ESTADO

Estando a que nuestra hipótesis consiste en que es el Estado quien no cumple, o limita, o violenta la libertad de empresa, por su inadecuada política fiscal, hemos de describir también qué es el Estado y sus elementos básicos más importantes, a fin de determinar si en efecto se produce una inadecuada política fiscal por parte del Estado y consiguiente violación a la libertad de empresa.

1.- NOCIONES GENERALES

La noción de Derecho ha venido ligada a la noción de Estado; este último parece requerir para justificarse y permanecer de la fuerza legitimadora del Derecho. Por eso puede haber un gobierno sin Derecho, pero no puede haber un Estado sin Derecho, al menos no un Estado moderno legítimo, y que pretenda "perdurar en el tiempo". Los Estados totalitarios no fueron propiamente Estados, porque no lograron permanecer en el tiempo, no lograron legitimar su poder de hecho y transformar este en poder de Derecho. Un Estado propiamente dicho, es entonces, aquel que tiene siempre como fundamento al Derecho, aquel que usa como fundamento al Derecho, pues sin el no podría ser. El Derecho es esa medida que controla, garantiza, legitima y da validez a toda institución u organismo que pretenda ser Estado.

Esta percepción que el Estado está íntimamente ligado al Derecho ha sido descrita por Francesco Carnelutti, quien describe que el Estado y el Derecho son como un arco, un grupo de ladrillos unidos por un armazón. Este armazón que permite dar consistencia al Estado sería el Derecho. Sin embargo dicho en esos términos, el Estado aún no queda explicado del todo, porque no se agota en una representación, sino que es representación de algo más, de una sociedad, y de un tipo de organización social.

Desde los teóricos que fundamentaban la necesidad de la existencia de un Estado con poder absoluto, por la imposibilidad de los hombres de poder controlar sus bajas pasiones (Hobbes) hasta los que pretenden creer en la liberación y por tal extinción del Estado, por ser un mal, no necesario, pero todos han hablado desde el Estado, desde la idea de la existencia del Estado, y ya nadie ha logrado evitar su existencia.

La idea del Estado es la idea de institución u organismo, pero no cualquier organismo, sino un organismo que concentra y monopoliza el poder, es la institución que organiza a la sociedad en un ente autónomo y dinámico. El Estado es un ente, y se define como la "capitalización abstracta del poder, concentrando y separado de las posibles instancias concretas de la jerarquía", escribiría Fernando Savater, en su libro denominado: Para la Anarquía[316].

Eso significa que cuando de Estado se habla -en esta concepción- se está uno refiriendo a un asunto económico, oscuro y político-jurídico. Decir capitalización, significa hablar de capital, un recurso que tiene valor no en sí, sino en su condición de recurso, como mecanismo que permite y posibilita la generación, es decir, puede generar capitalización que es también acumulación y concentración o reunión de un grupo de fuerzas o potencias (posibilidad de ser). Pero si se trata de capitalización, se está hablando de un factor económico (no de mercado), eso significa el gobierno y administración de la riqueza, de concentración pues de la riqueza, y esa riqueza no es precisamente el dinero, sino el poder. El Estado es entonces capitalización, concentración, almacenamiento, acumulación de la riqueza y de todos los mecanismos generales globales de hacer, obtener esta riqueza, a través del poder, por eso se constituye como un rival del mercado, un poder paralelo al mercado, porque si bien el mercado tiene o maneja fenómenos económicos, no es Estado; es decir, no responde a una centralización jerárquica de asignación de recursos, como imposición. El mercado es más bien democrático,

[316] Savater, Fernando. Para la Anarquía. Pp. 89.

porque permite que sean las partes, demandantes y ofertantes quienes decidan la asignación de recursos, o en donde colocar esta asignación de recursos. El Estado es, entonces, capitalización, concentración, acumulación, disposición y estructuración estratégica de la riqueza, y su almacenamiento origen y producción.

Tres elementos entran en la capitalización, por trabajo, producción y distribución. El Estado entonces, organiza las formas de trabajo, cómo se produce y cómo se distribuye.

Cuando se dice luego que existe una condición abstracta puede aludirse a dos fenómenos, la oscuridad o la abstracción, o dicho en otros términos, ese tener características comunes de un fenómeno y olvidar las diferencias, trabajar con estas características comunes como hipótesis de proposiciones organizativas. Puede decirse que hay algo oscuro al determinar el Estado, pero puede decirse también que es una operación mental que trabaja con hipótesis no conocidas, o conocidos por medio del razonamiento, porque organizar una sociedad implica conocer ciertos elementos que conciernen y le dan contenido a esa sociedad. Organizar una sociedad es un acto complejo, porque lo que se organiza son los valores y conductas; los patrones de organización tienen que tener en cuenta el carácter diferencial de cada ser humano, tomarlo como individuo, pero en un contexto global, y jerárquico; el individuo es un elemento, pero no un elemento a la manera de un objeto, sino como sujeto o persona, como representación, como ente ideal o eje de imputación de derechos y deberes; derecho y deberes, son el margen, el marco de operacionalización del Estado.

El Estado debe, pues, operacionalizar la organización de la sociedad, restringiendo su poder a estos derechos y deberes, capacidad que concentra, monopoliza, pues su pretensión es el destierro de cualquier otro poder, se propone luego como abstracto por la imposibilidad de aprehenderlo claramente, y esta imposibilidad se agranda cuando el número de integrantes aumenta, porque la organización se tiene que hacer más general, más abstracta, más compleja. Los sistemas de

representación de la voluntad social emergen, en concordancia con el orden establecido para alcanzarlos. Por último, el poder como elemento del Estado es la parte política, aquella distribución o posibilidad de gobierno y dirección de la sociedad, poder que para ser eficaz necesita ser legitimado, es decir que sus condiciones se sometan a un proceso de legitimización y validez, producto de cierto saber dominante, de cierta especulación discursiva de cierto poder, "capacidad de afectar y ser afectado".

Por otro lado puede decirse que el Estado es la "organización jurídica, u ordenamiento jurídico, o sociedad organizada, que contiene los elementos de la soberanía, pueblo y territorio.

Elementos del Estado:

1.- Soberanía
2.- Pueblo
3.- Territorio

2.- ESTADO Y DERECHO

Es importante hacer una breve disgresión sobre el Estado y el Derecho, para diferenciar una de la otra, y lograr un coherente panorama del fenómeno jurídico político de nuestra sociedad.

Edgar Bodenheimer parte de una pregunta singular, sobre la determinación de la "superioridad de una u otra institución", ¿qué entidad es superior? ¿El Estado, o el Derecho?, o "ambos constituyen dos aspectos distintos de la misma cosa". Teorías hay que intentan dar respuesta a estas interrogantes:

a. La Supremacía del Estado:

En esta teoría el Estado está por encima del Derecho; el Estado es el ente superior, y como tal la relación del Derecho frente al Estado es de subordinación. Según

Bodenheimer fue John Austin el autor principal de esta teoría, que describió al Derecho como un "mandato del soberano", y este soberano era el Estado. La existencia de este mandato supone también la existencia de una fuerza capaz de hacer cumplir el mandato. No hay mandato si no hay fuerza que la respalde, esta puede darse a través del reconocimiento del mandato y por lo tal posibilitar la obediencia voluntaria, o de la coacción, que es la forma extrema de hacer cumplir un mandato.

Austin explica –parafrasea Bodenheimer- que en toda sociedad existe un fenómeno peculiar: hay una persona o un grupo de personas que tienen el poder de recibir la "obediencia" de los demás. Cuando esta persona o grupo de personas no responde a otro ente superior, a otra persona o grupo de personas, se convierte en "el soberano". Al ser obedecido y poder hacer lo que le plazca, se convierte en "el creador único del Derecho".

Esta idea de soberano proviene, como vemos, de una concepción del poder absoluto. El soberano es quien tiene "poder absoluto" para hacer y crear Derecho. Hoy ya no puede decirse que es así. La soberanía ya no es poder absoluto para hacer Derecho, porque hay ciertos filtros y límites a este poder.

Sin embargo la idea primaria de poder soberano es total. El soberano dictaba las leyes, hacía el Derecho, pero este poder soberano, poder absoluto, como es de relación de subordinación con los demás, no lo obligaba a él, ¿cómo un soberano tendría que someterse a los designios de sus leyes, si era precisamente soberano, es decir, el ser superior a todos por excelencia?

La Soberanía, decíamos, implica la idea de subordinación, de sujeción del resto al soberano. No hay relación de igualdad, sino de jerarquización, de verticalidad, de subordinación. El resto no puede ser igual al soberano, porque no se puede mandar a un igual, sino a un inferior. Por eso, Bodenheimer, parafraseando a Ihering, a Hobbes y a Austin, escribe: "El poder soberano no está obligado por la

ley que el mismo establece. De estarlo no sería soberano; la esencia de la soberanía consiste en no ser susceptible de limitaciones jurídicas. 'El poder supremo limitado por el Derecho positivo es una palpable contradicción en los términos'"[317] Bodenheimer explica este razonamiento en su extremo. El soberano, por ser tal no está obligado por una sanción política o legal. La sanción política indica que el ser humano tiene una necesidad: lograr el acuerdo con los demás. Pues bien, el soberano no necesita lograr el acuerdo con los demás[318], por eso no está obligado políticamente. Y tampoco está obligado legalmente, es decir, que no legisla para si, sino para los demás. Si quien hace las leyes es el soberano, el mismo puede modificarlas. Porque el soberano "está libre de las restricciones de la ley" [319].

Bodenheimer explica que, dentro del marco constitucional, "un acto del soberano que viola la Constitución puede ser calificado de *inconstitucional*, pero como no es una infracción del Derecho en sentido estricto, no puede ser calificado de *anti-jurídico (ilegal)"* [320]. Porque el soberano es quien hace la ley, por lo que no está sujeto a las restricciones de legalidad. No queda claro, sin embargo, qué diferencia existe entre un acto inconstitucional y un acto ilegal. ¿Si algo es inconstitucional no es a la vez ilegal? Y si algo es ilegal ¿no es inconstitucional? Bodenheimer, en su intento de explicar esto parece aludir a un fenómeno peculiar. El soberano es el Derecho, por lo tanto la infracción no es al derecho porque el derecho es el soberano, lo que el soberano dice que es. Es decir que un acto inconstitucional no se va en contra del poder del soberano de legislar.

b. La Superioridad del Derecho

Esta teoría intenta definir al Derecho como superior al poder del Estado. Esta idea parece partir –dice Bodenheimer- desde las teorías jusnaturalistas, porque implicaban que existía un ser superior, el cosmos, la divinidad, anterior y superior

[317] Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. pp. 78.
[318] Fernando Savater explica que la política es "lograr el acuerdo con los demás", en su libro Política para Amador.
[319] Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. pp. 79.
[320] Ibídem pp. 79.

al Estado. Por lo tal existían "normas eternas de Derecho y Justicia", a diferencia del Estado que no era un ente eterno, sino en creación, en la edad antigua y en el medioevo. Hay en esta discusión dos teorías:

b.1. El Rechtsge fühl. El sentimiento jurídico

Lo que le da validez y fuerza obligatoria al Derecho es el sentimiento jurídico del pueblo, no la voluntad del soberano, sino este sentimiento jurídico. La soberanía del Derecho ha de imponerse, por el mero desarrollo de la sociedad. La soberanía del Estado pierde eficacia y poder, por ejemplo, en el Derecho internacional. "La humanidad en su continuo avance eliminará finalmente los últimos vestigios de soberanía estatal en la vida internacional, logrando con ello la victoria incondicional de la soberanía del Derecho." [321]

b.2. La solidaridad social

Existe una regla suprema que está por encima del Estado, y que responde a los postulados de la "solidaridad social", para lograr que los servicios públicos se puedan cumplir.

3.- ESTADO DE DERECHO

Esta idea de Estado de Derecho se presenta como opuesta a esas otras ideas de Estados despóticos, patrimoniales, dictatoriales, etc. No es entonces cualquier Estado, sino precisamente aquel que toma como fundamento al Derecho, pero no a ese Derecho autoimpuesto por el propio Estado sin participación de la voluntad de la sociedad. Es justamente, el Estado de Derecho, una especie de técnica que permite o incluye la voluntad de la sociedad como rectora y legitimadora del Estado, de la existencia de un Estado cualquiera. No podrá haber Estado de

[321] Ibídem pp. 80.

Derecho si no existe cierto principio de subordinación del Estado al Derecho, a ese Derecho que nace y recibe su fuerza de la voluntad social.

Este Estado de Derecho, como cuerpo textual, aparece -según narra Máximo Pacheco- publicada entre 1832 a 1834, en la obra Die Polizeiwissenschaft nacht den Grundsatzen des Rechtsstaates, de Roberto von Mohl.

El concepto que se da del Estado de Derecho es el siguiente: "El Estado de Derecho es el Estado que realiza una determinada concepción de la justicia a través de una técnica específica."[322]

4.- CARACTERES DEL ESTADO

Según Luis Legaz y Lacambra**:** a) Un ordenamiento jurídico como un todo jerárquicamente estructurado, al que corresponde una primacía de la norma general de la ley; b) Afirmación de los derechos humano fundamentales.

5.- CONCEPTO DE ESTADO

El Estado es un término tardío; nacido de la necesidad de designar aquel ente que entraba a gobernar, a dominar políticamente a una sociedad. Aparece como término derivado de la obra "El Príncipe" de Maquiavelo. Pero su inicio es sólo una afirmación de un nuevo tipo de organización social, no su conclusión. El Estado moderno es más tarde delimitado, afinado y pulido llegando a concluir un ente de poder, "poder hegemónico y fundamental". Su clasificación moderna, la constitución de la que se le hace presa (soberanía, territorio y pueblo) es sólo referencial, pero no concluyente. Porque si bien el Estado nace, como "organización social independiente", este ha sufrido siempre un proceso de poda. El Estado no es sólo un ente, una institución; es antes que todo "ordenamiento político jurídico": "…el Estado, entendido como ordenamiento político de una

[322] Pacheco, Máximo. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. pp. 627.

comunidad, nace de la disolución de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y de la formación de comunidades más amplias derivadas de la unión de muchos grupos familiares por razones de sobrevivencia interna (la sustentación) y externa (la defensa).”[323]

El Estado no nace por azar, ni porque una comunidad primitiva se haya desgastado; nace como un rompimiento, como una fuerza, una nueva fuerza que pretende, se pretende superior, y mejor que la anterior forma de organización. Es un acto de soberbia el nacimiento del Estado, pero sigue los mismos pasos de organización social anterior, se basa en “vínculos”, en el establecimiento y redescubrimiento de vínculos entre los seres humanos, que esta vez ya no serán los de “parentesco”, necesariamente, pero serán “vínculos” de todas formas, vínculos que unen, que obligan, que orientan, que organizan. El Estado es, pues, un vínculo que ata, por la fuerza o por la persuasión la voluntad de los seres humanos. Vínculo que se convierte en organismo, en ordenamiento, en aquello que ordena cierto tipo de relaciones sociales, cierta manera de relacionarse. El Estado es pues un ordenamiento político, porque se pretende organizador de las fuerzas de gobierno, de los órdenes de gobierno.

6.- *HISTORIA DEL ESTADO*

6.1.- La gestación del Estado Moderno

> “Un **estado** existe donde hay un aparato político**,** instituciones de gobierno, tales como una sala de justicia, un parlamento o congreso, más funcionarios públicos civiles, gobernando sobre un territorio dado, cuya autoridad se respalda por un sistema legal y por la capacidad de emplear la fuerza para implantar sus políticas”[324].

[323] Bobbio, Norberto. Estado, gobierno y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. pp. 97,98.
[324] Giddens, A. Sociología Po/ltica, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 331.

El resumen general del nacimiento del Estado moderno, nos lo explica sintéticamente Norberto Bobbio, quien escribe que: "...los grandes Estados … surgieron de la disolución de la sociedad medieval. Esta sociedad fue una sociedad pluralista, es decir, formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en la tradición del pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en sí misma un ordenamiento. El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica. Si por poder entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aun con el recurso de la fuerza (el llamado poder coactivo), la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más centralizado y, por lo tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado. La tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que hoy todavía existe, es una consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno."[325]

En la época medieval no existían los Estados en el sentido moderno. Había una diversidad de Estados pequeños, y el poder no lo constituían propiamente la autoridad del Estado. Con el Renacimiento el Estado sufre una mutación, se transforma el concepto de Estado, que cambia ese orden perfectamente estratificado de la sociedad feudal, que se basaba en una cosmovisión teológica, por la cual el orden natural se apegaba a la voluntad divina de Dios. Es decir,

[325] Bobbio, Norberto, Teoría general del Derecho, Editorial Temis, pp. 9.

"...durante la Edad media, no existían Estados en el sentido moderno. En el Renacimiento -y en estrecha relación con los progresos del poder de los reyes en algunos Estados- se va elaborando la doctrina del absolutismo, según la cual se destaca la independencia soberana de cada Estado respecto a los otros.", explica Villoro. La teología ya no era ese centro organizador que producía una línea relacionante entre todos los Estados, había más bien una independencia de estos respectos a sus propósitos inmediatos, más realistas, así la concepción política afirmaría la idea del nuevo Estado que es ahora "un conjunto de fuerzas políticas que hay que organizar no sólo con criterios metafísicos sino sobre todo de acuerdo con fórmulas prácticas de compromisos utilitarios."[326].

Con la modernidad nace el Estado central que viene a sustituir al antiguo tipo de administración social, administración disgregada en múltiples autoridades sin una clara y segura relación entre sí, y encajados dentro de un sistema nacional de gobierno donde cada autoridad es parte del mismo. Para el hombre de la modernidad la gran aspiración e intento es llegar a construir un sistema universal, por la cual organizar políticamente a toda la humanidad. El principio esbozado por el pensamiento moderno, en consecuencia, sería el de la igualdad (racionalmente posible), con lo que se suprimirían las particularidades premodernas, que existían configuradas en privilegios y jerarquías, las mismas, gracias al principio de la igualdad, deberían, impostergablemente, desaparecer.

Así mismo, en el orden jurídico, la imposición de las tendencias universalizantes suprimirían cualquier pluralismo de regímenes normativos, que pudieran existir en las diversas localidades, para formar, o intentar formar, sistemas jurídicos nacionales por medio de un Contrato Social, denominado Constitución, que establecería las bases del Estado Central, de los Códigos y leyes emitidas monopolíticamente por un Congreso Nacional. Con esto, el planteamiento evolutivo del pensamiento de la modernidad en el plano del Derecho pretende eliminar la casuística y la multiplicidad de fuentes normativas independientes, con

[326] Villoro Toranzo, Miguel, Lecciones de filosofía de/Derecho, Editorial Porrúa S.A., pp. 136.

el firme y racional propósito de imponer un sistema único, unificado, exclusivo y excluyente, enteramente basado en la perfecta *razón*. Con este planteamiento la costumbre queda al margen, olvidada o despreciada por su falta de racionalidad, así "El derecho elimina su diversidad de fuentes y de formas de aplicación, se despoja de todo localismo y se convierte en sistema. En adelante, el Derecho se define como un grupo de normas, instituciones y patrones de conducta emanadas de una autoridad central, que aspiran a una coherencia interna y cuya aplicación debe hacerse de manera consistente por una organización judicial centralizada a partir del Estado. Este sistema jurídico tiene vigencia general e insiste en conservar su autonomía respecto de las convicciones religiosas, costumbres e incluso de las intervenciones puramente políticas de la autoridad."[327].

En la sociedad se va formando una mentalidad moderna, que crecía bajo la corriente del pensamiento colectivista, según la cual el Estado sería la mejor forma de que el hombre pueda alcanzar una vida excelente, "Se llega a ver al Estado como la única institución que puede ofrecer bienestar a la persona. Se confía en la capacidad de la planificación central estatal para ofrecer el mejor modo de vida a los ciudadanos."[328]. Se pensaba que el Estado habría de funcionar perfectamente dotándolo de una teoría política adecuada, acertada, aportando beneficios a la sociedad sin más trámite, sin embargo, la historia ha mostrado que no fue así.[329].

Por otro lado, Norberto Bobbio hace una explicación más sustanciosa y desarrollada, en donde, iniciando su discurso parafrasea a Ernes Wolfgang Böckenförde, que describe el concepto de Estado como un ordenamiento político determinado históricamente, es decir como una forma de organización del poder históricamente determinada, dada en Europa: "...el concepto de e. [Estado] no es un concepto universal sino que sirve solamente para indicar y describir una forma de ordenamiento político que se dio en Europa a partir del siglo XIII y hasta fines

[327] Trazegnies Granda, Femado de, PostinodernidadyDerecho Ma editores, pp. 72.
[328] Escribe Luis Eguiguren Callirgos, en la Revista "Cuadernos de Debate Judicial", Reflexiones sobre Ética Judicial", Lima, Siglo XXI, 1999. p. 24.
[329] Ibid. 25.

del siglo XVIII o hasta los inicios del XIX, sobre la base de presupuestos y motivos específicos de la historia europea, y que desde aquel momento en adelante se ha extendido –liberándose en cierta medida de sus condiciones originarias concretas de nacimiento- al mundo civilizado todo."[330]. Este tipo de Estado moderno, naciente en Europa, va a tener características singulares que la diferencian de otras formas de organización del poder, también históricamente determinadas, y las cuales consisten en una "progresiva centralización del poder por una instancia cada vez más amplia, que termina por comprender el ámbito entero de las relaciones políticas"[331], además, esta centralización está determinada por la circunscripción territorial dentro del cual habría una obligación política general, y el poder o mando político habría de adquirir un tono impersonal.

Max Weber llamaría a este proceso de centralización del poder: "monopolio de la fuerza legítima"; explica que esa centralización del poder consiste en una "tendencia a la superación del policentrismo del poder a favor de una concentración del mismo en una instancia parcialmente unitaria y exclusiva."[332].

El nacimiento del Estado Moderno, habría surgido así, históricamente hablando de la tensión y superación de un sistema de organización del poder policéntrico, para pasar a una "monopolización de la organización del poder, registrado territorialmente y con carácter unitario, "La historia del nacimiento del e.m. [Estado Moderno] es la historia de esta tensión: del sistema policéntrico y complejo de las señorías de origen feudal se llega al estado territorial centralizado y unitario, a través de la así llamada racionalización de la gestión del poder –y por tanto, de la organización política- dictada por la evolución de las condiciones históricas materiales."[333].

"Hay en la formación del Estado Moderno ciertas incidencias que la hacen posible, o aceleran su configuración. La primera explica Bobbio, habría de ser el

[330] Bobbio, Norberto. Diccionario Político, México, 1981. p. 626.
[331] Ibid. p. 626.
[332] Ibid. p. 626.
[333] Ibid. p. 626.

concepto de universalidad del cristianismo, teóricamente concebida y experimentalmente practicada en la realidad, por efecto del orden papal, a través de la lucha por la investidura (1057-1122), que produce la ruptura irremediable de la antigua unidad política-religiosa imperante en la vida política anteriormente en occidente. Esta proclamación del universalismo cristiano habría de constarle a la iglesia el deterioro de su poder, puesto que al intentar consolidar fuertemente el predominio, la hegemonía, la preponderancia de lo espiritual sobre lo político, al independizar a la política de la iglesia, para darle exclusividad al poder espiritual el papa estaba reconociendo la autonomía, potencial, de la política. Este terreno fue aprovechado precisamente por el planteamiento político del poder, lo que significa que habiendo la política sido despojada de su subordinación al orden religioso, pudo estructurarse, moverse, reforzarse en el terreno de los intereses terrenales, temporales y ya no divinos, que surgieron de las nuevas relaciones económicas y sociales. Estas nuevas relaciones económicas y sociales habrían de aplastar a los ámbitos cerrados y circunscritos de los señoríos de origen feudal, que estaban basados en una economía natural, exclusivamente agrícola y de cambio, con una organización social estática y con concentración de las relaciones personales del señor con los individuos. Lo que había pasado efectivamente era un efecto contradictorio propiciado por el propio reino papal, que por intentar mayor poder y preponderancia sobre el campo político, había dejado suelto el mundo político para su configuración en relación a los fundamentos e intereses particulares, es decir que "La distinción entre lo espiritual y lo mundano, desde el principio introducida por los papas para fundar la supremacía de la iglesia, desplegó su fuerza hacia el predominio y la supremacía de la política.", explica Bobbio.

"Se gesta un nuevo planteamiento de la organización social política de la sociedad: en primer lugar el orden y el bienestar. Esta es una visión técnica del poder. Por este entendido hay necesidad de un orden externo, para garantizar la seguridad y tranquilidad de los súbditos, para lograr la integración y reunificación

del poder mismo en la persona del príncipe, usando el aparato administrativo en forma eficiente y funcional" [334].

"Han de establecerse las premisas necesarias que darán acogida a la nueva forma de organización del poder:" La unidad del mandato, la territorialidad del mismo, su ejercicio a través de un cuerpo calificado de ayudantes "técnicos", son otras exigencias de seguridad para aquellos estratos de población que, por una parte, no alcanzan más a desarrollar sus relaciones sociales y económicas en el interior de las antiguas estructuras organizativas y, por otra, especifican con claridad, en la persistencia del conflicto social, el mayor obstáculo a la propia afirmación. Desde su prehistoria el estado se presenta claramente como la red de enlace del conjunto de tales relaciones, unificadas en el momento político de la gestión del poder.(...)Única y unitaria estructura organizativa formal de la vida asociada, de verdadero y exacto aparato para la gestión del poder, operante según procedimientos cada vez mejor definidos, pero sobre todo en función de un objetivo concreto: la paz interna del país, la eliminación del conflicto social, la normalización de las relaciones de fuerza a través del ejercicio monopolista del poder por parte del monarca, capaz de establecer, en los casos controvertidos, de qué parte está el derecho, es decir, como ya se ha dicho, de "decidir en torno al caso de emergencia." [335]. Difícil explicarlo más claramente. Solo nos resta decir que la sociedad en formación necesitaba de una nueva estructura de organización del poder, que la política, como organización del poder, se estaría gestando precisamente en los intereses particulares, concentrando el poder, unificando a la sociedad, dándole márgenes territoriales y estructurado a través de organismos técnicos de administración, esto coincidía con las nuevas transformaciones sociales que requerían de un nuevo tipo de organización que diera cabida a sus intereses, opacados o negados por el sistema feudal. Según –sigue explicando Bobbio- con Bodin y Hobbes, medio siglo más tarde, la base mundana del poder unitario y centralizado, totalitario y absoluto está cumplida. "El estado como útil a la prevención y a la neutralización de los casos de conflicto y al logro de los

[334] Ibid. p. 626.
[335] Ibid. p. 626.

fines terrenos que las fuerzas predominantes de la estructura social reconocen como propias e imponen como generales al país entero.", explica Bobbio.

Se enarbola que el orden estatal ha de ser un proyecto nacional, por medio del cual se estaría pasando del estado de naturaleza al estado civil, a través del contrato social, en donde los hombres tomarían conciencia de su capacidad para controlar, organizar, utilizar los medios para la sobrevivencia.

Por último, "La unicidad del mando, su carácter de última decisión, su posibilidad de aplicación a través de un sólido aparato profesional de órganos ejecutivos y coactivos, todo esto no se cambia, como no cambia el objeto de fondo al que esto estaba dirigido: la instauración y el mantenimiento del orden. / Lo que cambia es que el individo se eleva a protagonista directo de la vida no sólo civil sino política, Son ahora los valores del individuo los que conformar el orden estatal: este último se presenta más bien, a través de la mediación, y por otro lado, ahora el príncipe queda presentado como déspota", escribe Nolberto Bobbio. Se gestiona una teoría de desarrollar una estructura horizontal, y no vertical**.**

* *

Marcial Rubio Correa, escribe, por su parte, que "La teoría política está de acuerdo en señalar que es parte del Estado todo el conjunto de organismos (ministerios, empresas públicas, etc) que administran el país; los organismos de dirección política tales como la Presidencia de la República, el Gabinete Ministerial, el Parlamento (cuando existe); y también son parte del Estado los organismos encargados de administrar justicia, tales como los jueces y cortes (llamados Poder judicial)[336]. Y además, sigue explicando- que la teoría política está de acuerdo en señalar que una de las funciones del Estado es "establecer las normas básicas del país a través de las leyes y gobernar efectivamente a todos los

[336] Rubio Correa, Marcial. Constitución, ¿Qué y para qué?, Editado por DESCO, pp. 33.

miembros de la sociedad"[337]. Y por último concluye que "toda la teoría política admite tres cosas antedichas:

- Que los organismos administrativos, políticos y judiciales del país son parte del Estado;
- Que una de las funciones del Estado es dar las leyes y gobernar efectivamente la sociedad; y,
- Que para mantener la tranquilidad pública y para hacer cumplir las leyes, el Estado puede utilizar la coacción, es decir, hacer uso legal de la fuerza, a diferencia de las instituciones y personas privadas que no pueden usarla legalmente por sí mismas. [338].

6.2.- Concepción histórica del Estado

> Siguiendo a Marcial Rubio Correa, vamos a describir el Estado, desde la perspectiva histórica. Porque cuando se habla de Estado hay una mezcla, una confusión, porque parece que el Estado lo es todo, sin embargo también existe el sentimiento de lejanía, de distancia del individuo con el Estado; es como si el Estado, que se fundamenta en nosotros, la sociedad, sea, sin embargo distinto y lejano de nosotros.

El Estado se ve como un aparato institucional, desde donde se decide la política a seguir en el país, de los métodos de organización y solución de los problemas fundamentales de la sociedad. Decisiones que el total de la sociedad tiene que asumir. Por eso es que importa saber qué es el Estado y cómo funciona, porque de sus actos y de los efectos de sus actos, la sociedad se organiza y recompone. Por que desde allí se direcciona la forma de distribución del poder, y de la ejecución de actos. Es importantísimo porque es factor, eje y centro del movimiento, de la organización, de la forma como se van a proceder en el presente y para el futuro en la sociedad. El Estado es siempre, luego, una institución política, una

[337] Ibid. p. 34.
[338] Ibid. p. 35.

institución para el gobierno, para gobernar a la sociedad. Desde allí se proponen e imponen los métodos a seguir en la organización social.

6.3.- EL ESTADO EN LA ANTIGÜEDAD

La idea del Estado, en la antigüedad, no estba aún constituida, al menos no con la idea moderna de Estado. Así, se tenía el poder por una especie de combinación de "talento personal y acumulación de fuerza social" -dice Rubio. Eso significaba que los gobernantes no estaban legitimados por el moderno proceso actual, como por ejemplo, el sometimiento a proceso electoral, a elecciones y voto, sino por otras razones. La descripción a la que nos lleva Rubio hace algunas apreciaciones determinantes de lo que representa un Estado Moderno

a) Límites geográficos.

Una idea que nace después, con el Estado moderno, es la jurisdicción, o poder sobre determinados marcos territoriales. La antigüedad aún no tenía las nociones y menos la teoría del poder absoluto, como hoy se la tiene, sobre el territorio y los habitantes que lo habitaban, porque no precisaban de elementos de dominación. La idea de Estado (poder y dominio sobre extensos territorios, incluso los no habitados) no estaba aún fundada. Existía gobierno, pero no Estado. "No existía la idea de un gran Gobierno que abarcara extensos territorios. Más bien, eran gobiernos de ciudades (las ciudades-estado), en las que las autoridades regían el centro poblado y una zona aledaña a él, dejando como "tierra de nadie" extensos territorios."[339].

No contaban con un "…gran aparato político que cubriera todas las regiones con la fuerza que hoy tiene cualquier Estado moderno…"[340]. La determinación del gobierno era limitada a un plano terrenal. Gobierno y propiedad eran las medidas. Sólo se gobernaba dentro de la propiedad, pero esta propiedad también era

[339] Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 8.
[340] Ibídem pp. 8.

limitada por razones muy diferentes a las actuales. Por ejemplo, actualmente el territorio es también un límite al poder de gobierno, pero a diferencia de la antigüedad, hoy se tiene poder y gobernabilidad incluso sobre territorios en donde no habita nadie, el nivel y el marco de operación del gobierno se extiende, se agranda hasta donde señalan las fronteras, y en casos específicos, más allá de las fronteras, donde se ubiquen las naves nacionales, o los territorios considerados como embajadas.

La posibilidad de determinar la extensión geográfica de nuestro mundo ha permitido que el ser humano logre demarcar y delimitar su poder de gobernabilidad dentro de un territorio más extenso, dejando, practicamente, a través de este conocimiento -geografía y cartografía- nada fuera de su poder y soberanía. En la Antigüedad esto no era posible, porque no se pensaba siquiera que pudiera o tuviera que gobernarse territorios desiertos. No se podría saber para qué un territorio desértico podría constituir dominio, o para qué dominarlo; por eso existían enormes zonas desérticas que no tenían dueño, y menos eran regidas por gobierno alguno. El territorio tiene que haber sido definido de otra manera a la actual, no debe haber habido las nociones de espacio aéreo, ni de subsuelo como parte del mismo territorio, no puede haber existido el concepto de territorio como "la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo encerrado dentro de sus fronteras", dice Rubio. El hombre no había llegado a creerse aún dueño de todo el mundo, y por tal no habríase hecho la distribución del mundo, sin dejar nada suelto, y nada como tierra de nadie. Asi mismo, en la antigüedad había un gobierno limitado por la extensión de las tierras, e inexistencia de aparato político.

6.4.- EL ESTADO EN EL MEDIOEVO

Según Rubio, el Medioevo se inicia en el siglo V después de Cristo, cuando cae el Impeio Romano Occidental. El sentido del medioevo es europeo, no universal. Pero hechos como La Colonia ligan nuestra historia a la de Europa.

En esta etapa (siglo V al XIII) no hay Estados, en el sentido moderno, ni gobiernos. Hay más bien, fraccionamiento del poder. Hay feudalismo, por la cual el Señor Feudal dueño y señor de los territorios, es también el legislador máximo en ellos. El Rey no es un señor con "supremacía y mando". Necesitan aliarse, es decir, no tienen el poder absoluto, sino fraccionado. El Rey o el Emperador son llamados "primo inter paris", "el más importante entre los iguales, pero en ningún caso el superior, o, como posteriormente se dirá, el soberano", escribiría Marcil Rubio Correa.

No hay una idea clara de lo que es el Derecho, "La Alta Edad media es más bien un conglomerado de fórmulas normativas, basadas, algunas veces en las costumbres, en la imposición de los señores para administrar justicia. La Iglesia influye, y crea su campo normativo, tan importantes que luego son usados como básicos para el Derecho, por ejemplo, los "bautismos, matrimonios, familia, bienes" que se resume en el Derecho Canónico. Quedan resabios del Derecho Romano. Sin embargo, dice Rubio Correa, nacen las nacionalidades ibéricas, las francesas, inglesas, escoseses, alemanes, italianos, húngaros, etc. Al final de la Edad Media todas estas agrupaciones sociales tienen ya cierta coherencia, son ya de alguna forma unas incipientes nacionalidades, pues se las puede distinguir del resto. Son pues –acota Rubio- las bases del Estado Nación actual.

En esta construcción de la organización política, del Estado, fueron tres los paradigmas seguidos: Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica.

6.5.- INGLATERRA

En el siglo XI el gobierno era ostentado por el monarca, el cual, empero su autoridad, solo dirigía e intervenía en cuestiones de los tributos, reclutamiento de personal para sus conquistas, dejando de lado los demás aspectos al propio pueblo, el mismo que se conducía por sus costumbres. Pilatos fue una muestra de

esto último al dejar que el pueblo determinara el destino de Jesus, según nos narra la Biblia y nos señala como ejemplo Marcial Rubio Correa.

En la vieja Inglaterra, "La Ley estaba sobre el Rey. Así los Reyes firmaban pactos de gobierno con sus súbditos, por cuestiones políticas. Para que el Rey ostentara el trono era necesario que asumiera ciertas reglas de gobierno. Fue así firmado, en el siglo XI, un pacto por Ethelred II. Fue el primer pacto conocido, luego se sucedieron otros, hasta que en 1215 fue firmada la Carta Magna, naciendo el principio de protección judicial de la libertad personal. En el periodo del siglo XIII al XVII Inglaterra, gracias a sus luchas, dio a luz al Parlamento con poderes legislativos y de control del monarca o del Poder Ejecutivo, que estaba integrado por el jefe de Estado y un gabinete de Ministros que ejercían el gobierno pero nominados democráticamente.
Un hombre, Guillermo el Conquistador, que gobierna Normandía, es quien, al final logra apoderarse de Gran Bretaña. Esto ocurre en el siglo XI. Este es el inicio de lo que hoy conocemos como Inglaterra. Resaltan tres particularidades de Inglaterra:

1.- Los Reyes de Inglaterra eran asiduos a firmar pactos de gobierno con sus súbditos. El más importante es la Carta Magna de 1215. Este era un límite al poder del Rey, lo que en términos últimos derivó en el Habeas Corpus.

Este hecho es fundamental, porque implica otro hecho, que tiene validez para la organización política del Estado. Quien tiene el poder, necesita para ejercerlo, de cierta autorización. Podría decirse que son los inicios, o el origen de lo que hoy se llama Estado de Derecho, es decir, las demarcaciones de las funciones específicas y los límites del ejercico del poder. La relación del soberano con el pueblo, es ya en otros términos, no de subordinación pura, arbitraria e ilimitada, sino organizada en referencia a todos los miembros de la comunidad o sociedad.

Rubio agrega que el "Rey se sometía a ciertas reglas de gobierno para asumir el trono", y parece que de esto se derivó la idea del "principio de protección judicial de la libertad personal" que luego sería el Habeas Corpus[341].

2.- Otro rasgo de esta época fueron las "asambleas representativas de los territorios". Estas pasaron por una transición de los notables a representantes del pueblo, dice Rubio. Este hecho histórico es un gran triunfo del pueblo. El dominio y supremacía del pueblo sobre el gobernante, o al menos, el ingreso del pueblo en la organización política del gobierno, del poder; que a través de su participación en las asambleas, lograba tomar decisiones que afectaran por último, a la propia experiencia social, a la organización social.

Rubio agrega que "Ingresando al siglo XVIII el Parlamento inglés tiene considerables poderes políticos en materia de aprobación de leyes y de tomar cuentas a los ministros por sus decisiones políticas mediante la censura"[342]. El pueblo logra ya intervenir en la creación de las leyes, y como verán estas son las que sirven para determinar las relaciones entre los individuos y entre los individuos y el Estado. "Aprobación de leyes" y "control del poder", son los nuevos instrumentos creados.

El "sistema inglés…, en sustancia, del siglo XIII al siglo XVIII Inglaterra construyó, …, la concepción actual del Parlamento (u órgano legislativo), con la potestad de dictar las leyes y de ejercitar el control político sobre el Poder Ejecutivo, todo ello en representación del pueblo" [343].

[341] El Habeas Corpus es conceptualizada de la siguiente forma: "La acción de hábeas corpus es la garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella (Const. Art. 200 inc. 1). Esta acción se ejerce con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de la libertad individual (Ley N 23506), art. 1.). (Guía procesal del Abogado Tomo 1, pp. 13.). "Es un medio procesal de defensa de la libertad individual y demás derechos constitucionales conexos, frene a los abusos que sobre la materia perpetran las autoridades, funcionarios o particulares." (Análisis sistemático de a Constitución peruana de1993. Tomo 1. pp. 352.).
[342] Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 12.
[343] Ibídem . pp. 12.

3.- Se origina también la "conformación de un Poder Ejecutivo conformado por un jefe de Estado (el monarca inglés), y un gabinete ministerial que asumió las atribuciones y responsabilidades del Gobierno."[344].

Hay aquí una clara diferenciación de las entidades del ejercicio del poder. Por un lado el Monarca, sin responsabilidades políticas, es decir sin responsabilidades de gobierno. El Monarca le da estabilidad a la sociedad organizada, y son más bien los ministros los que responden políticamente por la gestión política. Son los poderes políticos transferidos del Monarca a los ministros. Por lo cual si el monarca no era susceptible de responsabilidad política, no debería ser sometido tampoco a nominación democrática.

En el mismo contexto, sólo los que pueden ser censurados políticamente, como los ministros, deberían o podrían ser "nominados democráticamente", elegidos por votación. La idea de los ministros elegidos para dirigir la política de la sociedad tiene en esta etapa en su auge, y sienta las bases para la nueva organización de los Estados modernos. Recordemos que esta reseña es europea, se circunscribe en los Estados Europeos, y no americanos. El Primer ministro, es quien gobierna, es el que tiene potestad política, es decir, de organizar la distribución del poder. El poder Ejecutivo está conformado por el Monarca y por sus ministros.

En el Perú, la distribución del poder es diferente, la facultad de organizar al poder, no se subdivide en Monarca y Primer Ministro. En Perú lo que exise es una República Democrática, donde existe un presidente y un gabinete de ministros. Pero la idea de la responsabilidad puede ser parecida, por que el presidente no responde ni puede ser censurado políticamente, puesto que su función es otra, la de dar "estabilidad al gobierno y al sistema en su conjunto". El presidente no puede ser cambiado, entonces, por razones políticas, porque representa la "estabilidad" de un sistema de organización. Pero si los ministros, porque a ellos

[344] Ibídem . pp. 12.

se les imputa esta responsabilidad. La figura de la vacancia presidencial es otro concepto.

Así, “Bajo diversas modalidades, hoy los jefes de Estado son irresponsables políticamente (es el caso del Presidente de la República en el Perú qe no puede ser destituido por razones políticas), dando estabilidad al gobierno y al sistema en su conjunto, al tiempo que se permite el cambio y censura de ministros para lograr cambios de línea política dentro del mismo sistema, al menos desde el punto de vista teórico.” Dice Rubio.

¿Cuál es el límte de las razones políticas? La línea política se refiere a las formas de organizar a la sociedad, a qué estilo se va a usar. Pero ¿qué significa “irresponsables políticamente?

¿Las coordinaciones políticas son en alguna forma distantes de las legales? Se refiere a las razones que la fundamentan. Las razones legales están establecidas en la ley, y las razones políticas, en la utilidad pública, de gestión y administración del poder, de la necesidad de gestionar esta distribución del poder. Por eso, los hechos políticos responden a elementos diferentes a los legales. El presidente no responde por la línea política asumida, en tanto que estas no atenten directamente contra el bien común, o la seguridad jurídica, etc. No son las decisiones políticas, sino la mala gestión, o la gestión ilegal de estas decisiones políticas lo que acarrea responsabilidad. El presidente puede elegir, por ejemplo, seguir los lineamientos políticos del liberalismo, o del socialismo, pero quienes tienen que ejecutar, poner en marcha, controlar y direccionar esta línea política, son los ministros. La mala gestión -por que es la gestión política de la que se ocupan los ministros- si es responsabilidad de los ministros. Son responsables por no haber logrado implementar eficazmente una determinada línea política. Estabilidad y dinámica, concentrados en el Poder Ejecutivo, y este para lograr eso requiere de un presidente (que representa la estabilidad política) y de un gabinete de ministros (que representa el dinamismo).

Inglaterra ha aportado al mundo occidental -resume Rubio[345]-, una idea de Estado con elementos fundamentales como: 1.- El principio de protección y defensa de las libertades; 2.- La noción de Parlamento u órgano Legislativo; 3.- La organización del Poder Ejecuivo con un jefe de Estado sin responsabilidad política y con un gabinete ministerial que sí la tiene.

6.6.- FRANCIA

En Francia, cuyo régimen gubernamental estaba bajo la monarquía absoluta, surgen, tal vez como consecuencia de esto, dos grandes filósofos, críticos: Montesquieu con su "Del Espíritu de las Leyes" y Jean Jacques Rousseau con su "Emilio", "El Contrato Social" y otros. Montesquieu escudriño la historia Inglesa después de la revolución de 1688; allí encontró que el poder absoluto debería estar separado en tres poderes: 1) Legislativo, que emitía las leyes; 2) Ejecutivo, que dirigía; y 3) Judicial, encargado de administrar justicia. Mientras tanto Rousseau invocaba el pacto social entre gobernantes y el pueblo.

Francia tenía tres Asambleas o Estados: 1) El del Alto Clero; 2) El de la Nobleza y, 3) El del Tercer Estado (que era el pueblo).

Como siempre el pueblo nunca alcanzaba fuerza, por ser un solo estamento contra otros dos de la burguesía. Esta desventaja trae en si un problema que desfavorece a la mayoría de una población determinada. Manuel José Conde de Sieyes pensador político francés arguye que el Tercer Estado (el pueblo) debería tener el poder político y constituir de esta forma la Asamblea Nacional, lo cual se produce con la revolución, se instituye entonces la democracia representativa. En 1789 se constituyó la Asamblea Nacional de Francia.

Francia hace este aporte a la cultura occidental: a) La separación de poderes; b) La institucionalización de los derechos a través de textos legislativos y

[345] Ibídem . pp. 13.

constitucionales que fueron consecuencia del 6 de agosto de 1789 en donde se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en dicho texto nace también la concepción de Nación.

Francia nos deja también un conjunto de principios normativos expuesto en ese famosísimo Código Napoleónico, nacido del genio político de Napoleón Bonaparte, un hombre que tuvo la osadía de coronarse él mismo y con sus propias manos Emperador de los Franceses, en un tiempo en el que los emperadores sólo podían ser coronados por los Papas. Esto significaba la desligación del poder eclesiástico del poder político. Napoleón al coronarse estaba estableciendo la distancia y la soberanía del poder político.

Rubio concluye el aporte de Francia al Estado moderno[346]: 1.- El desarrollo teórico y práctico de la separación de los poderes (aunque la bebe de Inglaterra a través de Montesquieu; 2.- La institucionalización de los derechos vía textos legislativos y constitucionales; 3.- Los conceptos de nación y de representación que evolucionan hacia nuestra actual concepción de democracia representativa.

6.7.- ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA

Estados Unidos somete todas las leyes a la Constitución del Estado de cada Nación, y se establece un régimen presidencial por carecer de Monarquía propia. Este fue su aporte a la cultura occidental y por consiguiente a nuestra cultura.

En 1787 los representantes de trece Estados "dieron la Constitución de los Estados Unidos de Norteaméric (…) que hizo dos aportes fundamentales: el de la estructura del Estado Federal (que está compuesto por otros Estados en su base), y una forma de interrelacionar los Poderes del Estado distinta a la europea, que le ha dado en llamar el régimen presidencial. (…) los Estados Unidos de Norteamérica devinieron en la primera potencia mundial carente de monarquía propia y, en su

[346] Ibídem . pp. 18, 19.

afán de asumir formas republicanas, instituyeon la figura del Presidente de los Estados Unidos…."[347]. "…los Estados Unidos a través de su Corte Suprema, desarrollaron el principio de que el Poder Judicial podía revisar la constitucionalidad de las leyes emitidas por el Poder Legislativo…."[348]. Los aportes al Estado Moderno fueron, resume Rubio Correa: 1.- El federalismo; 2.- El Presidencialismo; 3.- El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

6.8.- LA HISTORIA DEL ESTADO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO

La construcción histórica del Estado moderno ha influido decididamente en la creación del Derecho. Rubio explica que la evolución del Estado "desde la Baja Edad Media hasta fines del siglo XVIII en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica" determinan ya una concepción más clara de lo que hoy viene a ser un Estado contemporáneo. Esto se desarrolla hasta principios del siglo XIX, y los aportes sintéticamente son -dice Rubio-:

1.- La idea de Democracia se asienta y consolida. Los que fundamentaron esta idea fueron principalmente Rousseau y Sieyes, "a través de la Revolución Francesa". La evolución fue hasta el tipo de Democracia Representativa.

2.- El reconocimiento de que ciertos principios deben ser garantizados a las personas, como el derecho a la libertad y la igualdad ante la ley. Se declaran a partir de este momento y se desarrollan en las Constituciones.

3.- Aparece y se consolida la idea de la separación de los poderes del Estado, en diversos órganos, el Legislativo, Ejecutivo y el Judcial. Esta viene a constituir ya "la forma predominante de organización del Estado" [349].

---

[347] Ibídem . pp. 18.
[348] Ibídem . pp. 18.
[349] Ibídem . pp. 19.

4.- El afianzamiento del concepto de *nación*. Los fundamentan su organización sobre la idea de nación, es decir, de pueblos "integrados cultural y económicamente".

Los rasgos anteriormente mencionados vendrían a constituir lo que se dio en denominar el *Estado Liberal***,** Pero este se forma no en forma total, sino secuencial e históricamente.

La transformación ha producido deliberados trastocamientos, reformas en la organización social. Los antiguos gobernantes del pueblo que eran por reyes y aristócratas en base a su riqueza y las teorías legitimadoras de su soberanía, habían de transformarse. Las teorías del mandato divino o del pacto divino, no quedaron inmunes al cambio. El poder de gobernar pasaría ahora a ser dispuesto por representación del pueblo, es decir los gobernantes ya no ejercerían su poder de gobernar "por derecho propio", sino por "encargo del pueblo", -dice Rubio.

Pero el Derecho seguía siendo más o menos el mismo que regía con el anterior régimen; seguía siendo "una amalgama" de "costumbres, normas legisladas, Derecho Canónico, resoluciones de tribunales y teorías provenientes del Derecho Romano". Este Derecho era ciertamente incompatible con los nuevos principios esbozados por la realidad histórica, y por las ideas liberales como la libertad, igualdad ante la ley y la democracia. Sin embargo se perfila y se va insertando nuevos principios de gobierno. El Estado ha de dictar normas que deben cumplirse obligatoriamente. Y el fundamento de estas normas estaba, ya no en la antigüedad de las mismas, ni en las costumbres, sino en el mismo hecho de "emanar" o ser "originarias" del poder Estado. Este acto es lo que les daba validez y legitimidad. En razón a ello, a la potestad del Estado de emitir derecho, de crear derecho, de monopolizar el derecho, se sistematiza este mismo, y se centraliza el poder en manos del Estado, a través de "sus mandatos".

El concepto de democracia representativa se gesta en la Revolución Francesa, pero la idea del voto universal se generaliza recién en el siglo XX. "…recién en el siglo XX podemos decir que se generalizan la idea del voto universal, del recambio periódico de los gobernantes…"[350].

Se produce una transformación de legitimazión del poder, de las teorías legitimadores de la soberanía, como la del Mandato divino (que eran los monarcas encargados de Dios para gobernar), como o del "Pacto de soberanía" (que el pueblo encarga al monarca el gobierno, para dar seguridades). Estas teorías sufren un cambio fundamental, porque los dos justificaban el poder absoluto de los monarcas. "Plantear el cambio de la soberanía de manos de estos gobernantes hacia los representantes elegidos por el pueblo, significaba todo un gran trastocamiento de la concepción del mismo poder: el gobernante ya no lo es por derecho propio sino por encargo del pueblo" [351].

Estas transformaciones sociales significaron que no era la antigüedad ni las costumbres, sino el poder del Estado quien debería regular o normar las conductas sociales. Con la concepción del Estado se sistematizaba el Derecho, es decir que todo tendía a depender de todos. Todo influía a todos. Cualquier conducta era interpedendiente. "El Estado controlaba el poder con sus mandatos".

Rubio agrega que estos fenómenos produjeron dos tipos de instrumentos legales: 1) Las Constituciones; 2) La Legislación.

1.- Las Constituciones

a) Determinaban los Derechos de las personas y

b) La organización del Estado.

---

[350] Ibídem . pp. 20.
[351] Ibídem . pp. 20.

Las Constituciones vienen a ser en un primer momento, "un instrumento legislativo", que logran o cumplen la finalidad de "constituir" a los Estados, "Originalmente, Constitución viene de constituir el Estado" [352].

Y esta Constitución plantea específicamente las nuevas funciones, derechos que tienen las personas, distintas al antiguo régimen, y las funciones de organización y control del Estado y sus órganos. La Constitución es pues una "forma de organizar al Estado". La evolución y las necesidades históricas hacen que sea oportuno darle a la Constitución un status jurídico. Si crea y determina los derechos de las personas en base a los nuevos principios liberales y frente a los del antiguo régimen; y si además organiza y distribuye el poder del Estado, la Constitución, no se basta ya como simple instrumento legal, es indispensable dotarlo de cierta supremacía, frente a las otras formas de legislación. Y se le da la supremacía, dentro del Derecho, como "Norma Suprema", de un ordenamiento jurídico.

En el siglo XIX el Derecho es pues "presidido" por la Constitución Política del Estado", y es en mérito a esto que puede surgir el "principio de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes", desarrollado por los Estados Unidos.

2.- La Legislación

Con Napoleón parece iniciarse la gran idea de sistematización, de codificación, a pesar de haber existido -en Roma, un Corpus Iuris Civilis-. Fue al finalizar el siglo XVIII cuando Napoleón aparece en escenario, toma el poder; y en 1804 promulga el Código Civil Francés o Código Napoleónico.

Este ha sido un hito en la historia, porque el Código representaba los grandes principios de la revolución francesa, los principios liberales, como el Derecho de las Personas, de la Familia, de las Sucesiones, de la Contratación, de la Propiedad

[352] Ibídem . pp. 24.

Privada. Había consolidado una nueva estructura social, la que la burguesía revolucionaria había anhelado.

Este Código, junto con los otros que publicó, fueron impuestos en todos los territorios conquistados, y logró producir grandes transformaciones referentes a "supresión de privilegios aristocráticos" y "diferencias de las personas frente a la ley". Además fue un modelo de copia, o imitación de otros países.

Perú dio un código en 1852. Alemania desarrolló la Escuela Pandectista, que desarrolló el Código Civil Alemán en 1896.

En esta evolución, en el siglo XIX el Derecho fue concebido y dado por los órganos del Estado, específicamente por el Poder Legislativo, en sus diversas nominaciones, como Parlamento, Congreso, Asamblea, Dieta, Cortes, etc., que eran elegidos mediante el sistema de democracia-representativa, "Por lo tal el Estado aparecía como un mero ejecutor de esta legislación. El Estado aparecía como Estado policía, es decir como aquel que vigilaba, controlaba y garantizara que la "libre iniciativa se desarrollara por las personas en igualdad de condiciones", el Estado no se concebía aún como promotor e interventor. El monarca, en los países europeos había sido recortado en sus decisiones políticas".

"Apareció entonces la preeminencia del Organo Legislativo en materia de producción de normas jurídicas y, en el transcurso de los años ocurrió que el Derecho empezó a identificarse con la Ley producida por el Estado. En consecuencia el Derecho pasó a ser el conjunto de normas aprobadas por el Estado mediante sus órganos o poderes."[353]. Este tipo de hecho era evidentemente necesario en aquella época, porque había que darle orden y un nuevo sentido a las regulaciones sociales, pues el Derecho ya no podía estar en manos de los Reyes, sino de la Legislación, es decir, de los representantes del pueblo.

[353] Ibídem . pp. 22.

La transformación social había de proseguir, y del Estado policía, que era una primera concepción liberal, después de la revolución, y que consistía en la no intervención del Estado; de un Estado sólo en una función vigilante. Pero fueron la Primera Guerra Mundial y la Revolución Mexicana -en América Latina-, las que promovieron otro tipo de organización social, y de función del Estado; ya no el de simple garante de la libre iniciativa en igualdad de condiciones de las personas, sino que el Estado debía ahora "promover el bienestar", ser un ente "promotor en la prestación de servicios".

Con la Gran Depresión de 1929 se desarrolla la idea del Estado Reformador y promotor de servicios. El poder Ejecutivo comenzó a desarrollar "obra pública, seguridad social, beneficios a los más desposeídos, etc. Eso produjo que el Estado tenía que crecer, tenía que instalar dependencias administrativas para lograr sus nuevos objetivos, para "promover y servir".

El Poder Ejecutivo necesitaba dictar normas, producir derecho masivamente, dictó reglamentos, decretos y resoluciones. Necesita luego dictar normas con rango de ley, por la capacidad de efectivización de estas, por eso apareció la "legislación delegada" por la cual el Poder Legislativo delega el dictado de normas con rango de ley en el Poder Ejecutivo -acota Rubio. Nace el "Estado Social de Derecho".

"Así llegamos a la concepción actual del Estado y del Derecho: un Poder Legislativo que tiene la atribución de dictar las leyes y que retienen su antigua atribución de controlar políticamente al Poder Ejecutivo mediante la investigación de sus actos y la eventual arma de censura ministerial; un Poder Ejecutivo enorme, con buena parte de la Administración Pública bajo su mando, y con creciente capacidad de dictar normas jurídicas mediante reglamentos, decretos y resoluciones cuando no mediante la legislación delegada; y un Poder Judicial que tiene también desde antiguo la atribución de resolver los conflictos en nombre del estado mediante resoluciones." [354].

[354] Ibídem . pp. 23.

Sin embargo en el siglo XIX surgió la idea de socializar el Estado, es decir de que el Estado se convirtiera en promotor del bienestar de la sociedad. Estas corrientes "abogaban por una estructuración del sistema social que socializará los medios de producción y los pusiera al servicio y en manos de los trabajadores." [355].

El mayor grado de expresión de estas corrientes puede haberse plasmado en la Revolución Rusa, en 1917. Sin embargo, como lo explica Rubio, no hubo estrictamente hablando una modificación estructural totalmente distinta, porque, a pesar de todo, "también existen un organo legislativo, un sistema judicial y un inmenso aparato político y administrativo en el Poder Ejecutivo. El Derecho es también similar en lo estructural, aún cuando obedece a principios y conceptos distintos"[356].

7.- EL CONCEPTO DE ESTADO

El Estado es una institución con historia, es la "construcción progresiva de una organización que maneje el poder en su máximo grado de expresión social." [357]. El Estado es "la forma superior y más poderosa de organizar el poder dentro de la sociedad."[358]. El Estado no organiza el poder, sino las relaciones de poder, por que la sociedad no está hecho de poder; el poder es un fenómeno, pero lo que hay en si son las relaciones intersubjetivas, las relaciones entre sujetos, cargadas de poder.

El poder es una "fuerza capaz de imponerse a los demás". El Estado legitimiza y organiza este ejercicio del poder, por sus efectos. No es el ejercicio del poder lo que se obstaculiza, sino su permanencia, su impunidad. Es el ejercicio del poder, porque poder es ejercicio -sino no existe- lo que organiza y coordina el Estado.

---

[355] Ibídem . pp. 24.
[356] Ibídem . pp. 24.
[357] Ibídem . pp. 31.
[358] Ibídem . pp. 31.

El ejercicio del poder sin limitaciones de su uso nos llevaría a una sociedad donde imperara la "ley del mas fuerte", explica Rubio. Por eso el Estado ha sido una "construcción progresiva", de ciertas instituciones para regular este ejercicio del poder, como la Constitución. "El Estado se organiza de acuerdo a una Constitución (es decir, a la fuerza colectiva, a la conciencia de la existencia de todos como fuerzas), y a sus leyes (que son la positivización de las fuerzas normativas, de la acción de regular los límites). El Derecho no es más que esa limitación al ejercicio del Poder, y el mayor concentrador del Poder es el Estado, porque su fundamento está en la fuerza social, en la comunidad toda. ¿Cómo oponerse a esas instituciones que él representa, como el bien común? Por eso "el Estado se organiza de acuerdo a una Constitución y sus leyes complementarias, en las que se establece los principios y derechos que regulan el uso de tal poder, y los organismos que lo detentan." [359].

El Estado se forma como una entidad impersonal, porque nadie, como individuo, podría ya ser el detentador del poder absoluto. El Estado se forma como impersonal, y al ser tal no está en manos de un individuo, sino que es más bien una entidad, una ficción, una institución, una organización, en el cual puede estar cualquier individuo, pero no como individuo, es decir, no para sí, sino para los demás. Por eso se cree que el Estado puede lograr ese dominio y organización del poder. Se cree que son los organismos y no los individuos los que detentan el poder. Y esos organismos están abiertos a todos. El Estado es, pues un organismo. ¿Quién es? Pues todos y nadie. No se lo puede definir ni describir exactamente, y por eso no se lo puede destruir; es una fuerza de organización, fuerza imperturbable e indestructible.

Rubio clasifica al Estado en dos grandes dimensiones, según "el punto de vista constitucional":

1.- Dimensión Política: Derechos constitucionales y principios que lo rigen.

[359] Ibídem . pp. 32.

2.- Dimensión Orgánica: Organismos que componen el Estado, conformación y atribuciones.

Parece que esta división responde a su contenido intelectual u orgánico. La dimensión política al tratar de los derechos constitucionales y sus principios es evidentemente una construcción intelectual. Los fundamentos que le dan cabida al Estado y nos hacen comprender sus funciones. Mientras que la otra dimensión, es la material, es la expresión o extensión de la idea del Estado. Es el aparato vuelto realidad.

8.- LOS ANTECEDENTES DEL ESTADO PERUANO. SISTEMA POLITICO Y TEXTO LEGAL CONTRADICTORIOS

En 1821 el "Perú nace como Estado independiente", y aprueba su primera Constitución en 1823". El Perú no es aún una nación; actualmente aún se discute sobre si es o no una nación, porque la *nación* significa que se esté "consolidado internamente", que haya cierta integración económica y cultural; y el Perú, por un lado es más bien "un pueblo plural", y tiene, si, algunos rasgos comunes con otros Estados latinoamericanos.

Saber si el Perú se construyó sobre la concepción de nación es importante para poder definirlo. En la Europa de la construcción de los Estados modernos, sí habíase desarrollado "sobre naciones crecientemente constituidas". El Estado es así un producto de la "maduración de las naciones", dice Rubio.

El liberalismo fue la teoría política que desarrollaron en esta época. Y las élites criollas bebieron de este liberalismo europeo, pero en forma distinta a la europea, porque en el Perú no había conciencia de la necesidad de sus postulados, y porque no había una sociedad nacional.

Por eso es que se presenta un primer problema en la configuración del Estado peruano. "La copia del modelo de Estado europeo y norteamericano, sin pasarlo por el tamiz de la crítica y la adaptación creativa a nuestras sociedades"[360]. Sin embargo cabe decir, que no es este el problema, porque la copia se debió a que no había otra forma de hacerlo, a que el momento político ameritaba algo rápido, y a que nuestras circunstancias no dejaban tiempo para la parsimonia y la meditación, porque el mundo se estaba haciendo, *la libertad se estaba haciendo***,** y no era cosa de ponerse a hacerla lentamente. Si bien este fue un error, ser sólo una copia, el error fundamental está en no corregir esto en el transcurso del tiempo posterior. El problema no es la copia, sino la mala copia, o la mala adaptación de ciertos principios.

El problema surgió cuando el texto normativo y la realidad se enfrentaban. Así existían derechos que nunca pudieron cumplirse, o que simplemente eran imposibles de cumplirse, y se intento "establecer una estructura política en base a la teoría de división de los poderes que no era aplicable a nuestra realidad. Se habló de democracia representativa en el contexto de un pueblo que no podía practicarla en la forma que se normaba" [361]. Resultado: sistema político y texto legal contradictorios.

Dos hechos relevantes: a) La construcción de la nación a partir del Estado; b) La consolidación del Estado.

9.- EL ESTADO EN SUS DIVERSOS CONTENIDOS

Marcial Rubio Correa explicando al Estado lo ha clasificado en dos modelos o contenidos, en su contenido político, y en su contenido orgánico, los cuales explicaremos sucintamente.

---

[360] Ibídem pp. 33.
[361] Ibídem pp. 33.

9.1.- EL ESTADO EN SU CONTENIDO POLITICO

En su contenido político existen dos grupos de principios, que están orientados a regular los límites y posibilidades del ejercicio del poder, así tenemos: 1) Los derechos constitucionales o derechos humanos, que la Constitución garantiza a las personas[362]; y, 2) Reglas generales de su estructuración y actuación.

9.2.- ESTADO EN SU CONTENTDO ORGÁNICO

En su contenido orgánico el Estado está dividido más bien por la función que cumplen en la gestión y administración de la actividad social, del gobierno. Así tenemos, siguiendo a Marcial Rubio Correa:

9.2.1.- Gobierno Central

El Gobierno Central viene a ser aquel constituido por los tres grandes Poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que no hacen más que organizar en sus tres funciones básicas, a la sociedad, en referencia a la división de poderes, como un limite al poder absoluto, y al abuso, en consecuencia de este poder absoluto. El Gobierno Central esta constituido como "órganos políticos y administrativos de nivel nacional"[363]. Esto indica que la administración es política; no es de pura gestión, sino eminentemente política, de gobierno y mandato.

9.2.2. Gobiernos Regionales y Locales

El Gobierno Regional

Los Gobiernos Regionales tienen como "atribución general la de ocuparse del desarrollo económico y social de su propio ámbito territorial."[364]. Estos gobiernos

[362] Ibídem pp. 35.
[363] Ibídem pp. 44.
[364] Ibídem pp. 53.

regionales tienen autonomía política, económica y administrativa. Según el art. 197 de la Constitución.

El Gobierno Local

Los Gobiernos locales están constituidos por los Municipios Provinciales y Distritales. Consta de un Alcalde y de Regidores.

34.2.3 Funciones y atribuciones:

• Planificación del desarrollo físico de sus territorios
• Prestación de servicios públicos esenciales.

Funciones concretas:

• Regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito,
• Prestar los servicios públicos de alumbrado y baja policía,
• Elaborar las normas sobre zonificación y urbanismo e implementar su cumplimiento,
• Ocuparse de desarrollar la cultura, recreación y actividades deportivas de los vecinos,
• Promover el turismo así como la conservación de monumentos arqueológicos e históricos
• Mantenimientos del cementerio
• Establecimiento de comedores populares al servicio de los vecinos.

Normas jurídicas municipales

• **Ordenanzas Municipales**: "Normas jurídicas que la Constitución trata con rango equivalente al de las leyes aunque subordinándolas a ellas.

• **Decretos de Alcaldía**: "Son equivalentes a los decretos que produce el Poder Ejecutivo en el ámbito nacional. Sometidos a las disposiciones nacionales, regionales, y a las ordenanzas de su Concejo".

10.- LA DIVISIÓN CLÁSICA DEL ESTADO EN PODERES:

Según Marcial Rubio Correa el significado de la palabra "Poderes", cuando hablamos del Estado, se estaría refiriendo a: 1. Los poderes del Estado como conjunto de funciones que realiza el Estado; 2. Los poderes del Estado como un conjunto de órganos que ejecutan dichas funciones.

11.- PODERES DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL

Desde esta perspectiva el Estado cumple una función específica, así tenemos que la división del Estado representa un área de su función. Tenemos:

a) Potestad legislativa: Emitir las leyes del Estado.
b) Potestad ejecutiva: conducir la "política y administración" del Estado.
c) Potestad jurisdiccional: "resolver conflictos", dar soluciones jurídicas.

12.- PODERES DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGÁNICO:

Desde esta perspectiva el Estado es visto como un órgano, como una parte de la institución política social, en el cual se desarrollan las demás actividades. El Estado es un órgano, y tiene sub órganos. Así tenemos:

a) Organo Legislativo: Congreso
b) Organo Ejecutivo: Poder Ejecutivo: presidente y ministros
c) Organo Judicial: Poder Judicial.

12.1.- PODER LEGISLATIVO

Es el órgano legislativo. Está constituido por el Congreso de la República, que es "un órgano integral, con funciones propias", según describe Marcial Rubio Correa, en su libro El Sistema Jurídico[365].

EL CONGRESO: Dentro de lo que es el Poder Legislativo, como órgano, tenemos al Congreso, que en el Perú es de Cámara Unica, y según el artículo 90 de la Constitución de 1993 se establece que el Poder Legislativo reside en el Congreso.

Atribuciones del Congreso:

Las atribuciones del Congreso son:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.
4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.
5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.
6. Ejercer el derecho de amnistía.
7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.
8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.
9. Autorizar al Presidente de la República para salir del país
10. Ejercer las demás atribuciones que le sefiale la Constitución y las que son propias de la función legislativa.

---

[365] Ibídem pp. 46.

12.2.- PODER EJECUTIVO

El Poder Ejecutivo es el órgano del Estado encargado de dirigir y ejecutar la marcha política del país. El Poder Ejecutivo está compuesto de la siguiente manera: 1) El Presidente de la República; 2) El Consejo de Ministros.

APORTE DEL PODER EJECUTIVO

— Aprobar reglamentos, decretos y resoluciones;
— Proponer proyectos de ley al congreso;
— Proponer modificaciones a la constitución;
— Promulgación de las leyes;
— Observar las leyes aprobadas por el Congreso;
— Interponer acción de inconstitucionalidad de las leyes;
— Recibir en delegación la potestad legislativa, para dictar Decretos Legislativos, con rango de ley.

12.3.- PODER JUDICIAL

Es el órgano encargado de administrar justicia en el país, y está estructurado en dos principios fundamentales:

• La potestad de administrar justicia emana del pueblo.
• Se ejerce por los tribunales y juzgados jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario.

Órganos de la Función Jurisdiccional

El Poder Judicial cuenta con órganos jerárquicamente establecidos, y autónomos en el ejercicio de sus funciones, los mismos son:

• La Corte Suprema de Justicia;

• Las Cortes Superiores;

• Los Juzgados Especializados o Mixtos, como los Juzgados Civiles, Penales, Laborales, Juzgados de Paz Letrado, Juzgados especiales;

• Los Juzgados de Paz Letrado;

• Los Juzgados de Paz.

12.1.4..- ORGANISMOS CONSTITUCIONALES CON FUNCIONES ESPECIFICAS

Al lado de esta división clásica del Estado tenemos también otros organismos constituciones que tienen funciones específicas, siendo necesarias para el manejo y gobierno de nuestra sociedad. Estos son "organismos de rango constitucional con funciones especificas en las que tienen autonomía formal de los Órganos del Gobierno Central"[366]. Y cuando se habla de autonomía se está aludiendo al hecho que estas instituciones no responden de sus decisiones ante órdenes superiores de ninguna clase. Además, Rubio aclara que la existencia de estos organismos puede revelarnos una nueva disposición de división de los poderes del Estado. La distribución del poder no estaría solamente en el Ejecutivo, Legislativo, Judicial. Así estos organismos constitucionales son:

1. El Tribunal Constitucional
2. El Jurado Nacional de Elecciones
3. La contraloría General de la República
4. El Banco Central de Reserva del Perú
5. La Superintendencia de Banca y Seguros
6. El Ministerio Público.
7. El Consejo Nacional de la Magistratura.
8. El Instituto Peruano de Seguridad Social

[366] Ibídem pp. 56.

13.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Anteriormente denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, puede ser definido como "el organismo constitucional encargado de tramitar diversos procedimientos que tienen por finalidad garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la constitucionalidad de las normas jurídicas con rango de ley."[367]. Asimismo en la Constitución Política del Estado se establece que "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente." (Art. 201. Const.).

El Tribunal Constitucional aparece en el Perú recién con la Constitución de 1979. Eso indica que es una nueva institución quien asume "el control de la constitucionalidad del sistema legal, y de los actos de autoridad"; función que cumplía anteriormente la Corte Suprema. Con lo que se ve que el poder se descentraliza aún más, escribe Marcial Rubio Corre en su libro: Quítate la venda para mirarme mejor.[368] El Tribunal Constitucional se constituye como un órgano de control de la Constitución: "Eso quiere decir que si muchos otros órganos del Estado pueden aplicar y aún interpretar la Constitución, lo que diga el Tribunal Constitucional respecto de ella es la palabra definitiva" [369]. Hay sin embargo excepciones, como las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones,

13.1.- COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Está constituido por siete miembros (elegidos por cinco años). Son elegidos por el Congreso, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. Tienen las mismas inmunidadades y prerrogativas de los congresistas y les alcanzan las mismas incompatibilidades. No pueden ser reelegidos inmediatamente. Así lo trascendental está en el nuevo esquema de elección. Si

[367] Ibídem pp. 58.
[368] Ibídem Rubio Correa. Marcial. Quítate la venda para mirarme mejor.
[369] Ibídem.

antes, con la Constitución del 79 los miembros del Tribunal eran elegidos por los tres poderes, el Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial, hoy, se ha desequilibrado esa elección, puesto que sólo el Congreso es quien elige.

13.2.- FACULTADES Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el articulo 202 de la Constitución Política del Estado son facultades y atribuciones del Tribunal constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas copus, amparo, habeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Facultados para interponer acción de Inconstitucionalidad

Según el art. 203 de la Constitución:

Artículo 203.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:
1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Presidente del Poder Judicial, con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.
4. El Defensor del Pueblo.
5. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
6. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial,

siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
7. Los Gobernadores Regionales con acuerdo del Consejo Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
8. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad**.**

Procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad

Según el Articulo 200, inc. 4 la acción de inconstitucionalidad "(•'•) procede contra las normas que tienen rango de ley; leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.". Esto nos lleva al hecho que "El efecto de que el Tribunal declare fundada la acción de inconstitucionalidad consiste en que la ley impugnada pierde validez: es el mismo efecto que si hubiera sido derogada. El Tribunal tiene la calidad de 'instancia única' en esta materia, lo que quiere decir que su sentencia en esta acción no puede ser revisada por nadie, ni siquiera por él mismo."

El Tribunal conoce en última y definitiva instancia, según el art. 202 de la Constitución, eso indica que "El Tribunal Constitucional recibe las resoluciones denegatorias que hayan sido impugnadas ante él, las estudia y juzga el caso emitiendo la última sentencia que puede darse. Esa sentencia pasa en calidad de cosa juzgada, lo que quiere decir que es inmodificable y debe ser cumplida. Esta atribución es ejercitada por el Tribunal sobre las acciones constitucionales que defienden los derechos humanos, lo que quiere decir que dicho Tribunal es la última voz que puede escucharse en materia de protección de derechos dentro del Perú."

El Tribunal Constitucional tiene "la atribución de resolver conflictos de atribuciones asignadas por la Constitución.", puede decidir quien tiene

competencia sobre la ejecución de una obra, por ejemplo, dice Rubio, cuando hay conflicto entre quien realiza la obra el Poder Ejecutivo o el Municipio.

Debe anotarse, por último, que "El Tribunal Constitucional es un órgano de gran importancia en el país porque, al ejercer el control de la Jurisdicción, vigila el uso del poder que tienen los demás órganos del Estado y, además, puede corregir los errores y abusos que ocurran en la realidad, bien por actuación del Estado, bien por la de los mismos particulares.". Siendo además que el Tribunal Constitucional cumple con las siguientes importantes funciones: 1) Ejerce el control de la Jurisdicción, 2) Vigila el uso del poder que tienen los demás órganos del Estado, 3) Puede corregir los errores y abusos que ocurran en la realidad.

14.- LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El concepto de la Controlaría General de la República puede ser el siguiente: "La Contraloría General de la República es un organismo autónomo y central dentro del Sistema Nacional de Control, cuya misión consiste en velar por el manejo legal y honrado de los recursos del Estado, conforme a Ley."[370].

Por su parte en el Art. 82 de la Constitución se expresa: "La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control."

15.- EL BANCO CENTRAL DE RESERVA Y SU CAPACIDAD NORMATIVA:

Marcial Rubio en su libro "El Sistema Jurídico", escribía: "Para el ejercicio de sus competencias el Banco realiza diversos actos, destacando la emisión de

[370] Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 61.

resoluciones que asumen carácter de normas jurídicas generales regulando el tipo de cambio del Sol con las divisas exteriores; dando disposiciones sobre asuntos cambiarios, tasas de interés, encajes bancarios, etc. En todo ello actúa como productor de normas legales, con independencia de otros organismos del Estado (aún cuando se considera que debe coordinar con los encargados del aparato económico y financiero, sobre todo con el Ministerio de Economía."[371]. Por lo visto esta institución también emite resoluciones, con carácter de normas jurídicas generales.

16.- LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS

El concepto de la Superintendencia de Banca y Seguros es descrita por Marcial Rubio en su libro «El Sistema Jurídico», el mismo que dice: "La Superintendencia de Banca y Seguros es un organismo previsto constitucionalmente que ejerce en representación del Estado el control de las empresas bancarias, financieras, de seguros y las demás que operan con fondos del público"[372]. Dentro de la Constitución actual, la Superintendencia de Banca y Seguros, realiza, en representación del Estado, el deber de fomentar y garantizar el ahorro, por eso el Articulo 87 de la Constitución Política establece que el Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley. Además esta entidad tiene "autonomía funcional".

---

[371] Ibídem pp. 62.
[372] Ibídem pp. 62, 63.

17.- EL MINISTERIO PÚBLICO

Rubio conceptualiza al Ministerio Público y escribe que "El Ministerio Público es un organismo de rango constitucional cuya función es defender a la sociedad y al pueblo, velando por la más amplia vigencia de las normas jurídicas dentro del Estado y el todo social."[373]. Mientras que en el articulo 158 de la Constitución Política del Estado se le atribuye 'autonomía. El Ministerio Público es presidido por el Fiscal de la Nación, que es elegido por Junta de Fiscales Supremos.

La organización del Ministerio Público estaba contemplada en el artículo 251 de la Constitución de 1979, donde explicaba cuáles eran sus órganos jerárquicamente organizados:

1. El Fiscal de la Nación
2. Los Fiscales ante la Corte Suprema
3. Los Fiscales ante las Cortes Superiores
4. Los Fiscales ante juzgados de Primera Instancia

Dentro de sus funciones, le corresponde al Ministerio Público, de acuerdo al art. 158 de la Constitución:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia,
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policia Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

[373] Ibídem pp. 63.

6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

CAPITULO SEGUNDO: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para entender la conformación del Estado se tiene que considerar necesariamente cómo está compuesta la Administración Pública, por eso, siguiendo a Marcial Rubio Correa, haremos una breve reseña de lo más importante en nuestro entender de la Administración Pública.

1.- CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La concepción de lo que constituye la Administración Pública la da Rubio en las siguientes líneas: "Los órganos del Gobierno Central, los Consejos Municipales, varios organismos constitucionales con funciones específicas, y (…) las regiones, tienen por debajo de sus jefes o sus organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, según los casos, organizados en distintas reparticiones, y que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado constituyendo la Administración Pública. [374].

La proporción existente de los Poderes del Estado es mayor en la que depende del Poder Ejecutivo, las Regiones y las Municipalidades.

Los administrativos del Poder Ejecutivo que formulan, ejecutan y supervisan la política general del Estado, tienen a su cargo los servicios públicos y ejercen la

[374] Ibídem pp. 66.

supervisión y control de los organismos públicos descentralizados y de las empresas estatales del sector o sectores que les competen.[375].

2.- LOS MINISTERIOS Y LOS MINISTROS DE ESTADO

Los Ministros son los que tienen "la dirección y gestión de los servicios públicos en los asuntos de su competencia" [376]. Además, el Ministro reune, según explica Rubio, dos calidades: 1. El Ministro como político, por ser cabeza del ministerio e integrante del Consejo de Ministros; 2. El Ministro como cabeza administrativa de su sector.

Debe anotarse también que "En el Derecho esta situación se refleja claramente porque, a veces, el Ministro produce normas generales bajo la forma de Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Supremas o Decretos Supremos, firmando al lado del Presidente y haciéndose responsable político de ellos." [377].

3.- LOS SISTEMAS

La concepción de los Sistemas, dentro de la Administración Pública, puede definirse de la siguiente manera: "Un sistema es la suma organizada de normas, órganos y procesos destinados a proveer a la Administración Pública de los insumos necesarios para cumplir eficientemente sus fines institucionales. En esta medida, y como ocurrre con los sectores, no es un organismo sino un concepto en el que se comprende a varios elementos, entre los que se cuentan distintos organismos públicos."[378]. Asimismo, "Los organismos centrales de los sistemas producen normas generales, que regulan diversos aspectos específicos del trabajo

[375] Ibídem pp. 70.
[376] Ibídem pp. 70.
[377] Ibídem pp. 70.
[378] Ibídem pp. 71.

y modo de operación de la Administración Pública, y también de la poblaciones"[379].

4.- LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

Dentro de la administración pública también se encuentran las Instituciones Públicas, que pueden ser definidas de la siguiente manera: "Las Instituciones Públicas son organismos especializados en el cumplimiento de determinadas funciones que les son asignadas por sus leyes de creación, y que están subordinadas, según cada caso, a los organismos rectores de los distintos sectores (ministerios), o a la Presidencia del Consejo de Ministros."[380]. Uno de las instituciones públicas seria el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, por ejemplo.

5.- LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

Otra parte de la Administración pública es la Administración Municipal, que trata precisamente de las municipalidades, conformada por el alcalde y su organización. Así existe un alcalde como jefe de la administración municipal, gerencias, direcciones generales. Además, "La Administración Municipal no aprueba normas generales (atribución que en este caso detentan el Concejo y el Alcalde (…)), pero si realiza numerosos procedimientos administrativos vinculados a los servicios, acciones y controles que competen a cada municipalidad.[381].

---

[379] Ibídem pp. 71.
[380] Ibídem pp. 71.
[381] Ibídem pp. 71.

6.- LAS EMPRESAS DEL ESTADO

El Estado, como entidad jurídica y social, contempla también el área empresarial. A ello hace acotación Rubio Correa, aludiendo a un Decreto Legislativo que establecía las cuatro formas del ámbito empresarial del Estado, las cuales son:

1.— Empresas de derecho público;
2.— Empresas estatales de derecho privado;
3.— Empresas estatales de economía mixta;
4.— Accionariado del Estado.

1.— Empresas de derecho público:

Las empresas de derecho público, son empresas del Estado, creadas por Ley, y pueden ser definidas, siguiendo a Rubio Correa, de la siguiente manera: "empresas creadas por ley que les asigna expresamente este status. Tienen la característica de actuar como organismos públicos, es decir, con poderes semejantes a los de la Administración Pública mencionada anteriormente. Esto es lo que se llama poder de imperio, o sea, capacidad de poder dictar normatividad general o de ejecutar actos administrativos especializados en su ramo, como arte de la política gubernativa nacional."[382].

2.— Empresas estatales de derecho privado

Las Empresas Estatales de Derecho Privado, pueden ser definidas como aquellas .personas jurídicas de derecho privado, cuyo capital pertenece totalmente al Estado.

Sólo pueden adoptar la forma de sociedades anónimas, y sus órganos de dirección están conformados por representantes de diversos sectores de la Administración

[382] Ibídem pp. 76.

Pública nombrados por los ministros del caso, salvo el presidente, cuyo nombramiento requiere refrendación del Presidente de la República."[383]

3.— Empresas estatales de economía mixta

Las empresas estatales de derecho privado "son personas jurídicas de derecho privado que sólo pueden adoptar la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado participa asociado con terceros en los capitales y en la dirección de la sociedad. En ellas el Estado tiene una participación accionaría mayoritaria que le garantiza el control del poder; o bien, tiene una participación accionaría menor, con un límite mínimo del 20% del capital social, pero goza de capacidad determinante de decisión, según lo que se establezca en los estatutos de la empresa." [384].

4.— Accionariado del Estado

El Accionario del Estado puede ser definido de la siguiente manera: "…constituido por una participación del Estado en empresas de derecho privado que no reúnen las calidades para ser empresas de economía mixta, es decir, en las que la participación estatal ni es mayoritaria ni tienen capacidad necesariamente determinante de acuerdo a los estatutos."[385].

7.- EL ESTADO VISTO DESDE DOS PUNTOS DE VISTA: EL SOCIOLÓGICO Y EL JURIDICO

Bobbio narra que con el libro "Doctrina general del Estado de Georg Jellinek se puso en tela de juicio la distinción entre doctrinas sociológicas y doctrinas jurídicas del Estado. Así "Esta distinción se volvió necesaria luego de la tecnificación del derecho público y de la consideración del Estado como persona

[383] Ibídem pp. 73.
[384] Ibídem pp. 73.
[385] Ibídem pp. 73.

jurídica que habla derivado de tal tecnificación. A su vez la tecnificación del derecho público era la consecuencia natural de la concepción del Estado como Estado de derecho, como Estado concebido principalmente como órgano de producción jurídica, y en su conjunto como ordenamiento jurídico. Esta reconstrucción del Estado como ordenamiento jurídico, por lo demás, no había hecho olvidar que el Estado también era, a través del derecho, una forma de organización social y que como tal no podía ser separada de las sociedades y de las relaciones sociales subyacentes."[386].

La división entre el concepto jurídico y el concepto sociológico ha dado luces a una nueva concepción del Estado, asi, "La distinción de Jellinek fue reconocida como una aportación importante, y fue acreditada por Max Weber, quien, partiendo precisamente de la Doctrina general del Estado, sostuvo la necesidad de distinguir el punto de vista jurídico del punto de vista sociológico. Jellinek había afirmado que la doctrina social del Estado 'tiene por contenido la existencia objetiva, histórica y natural del Estado', mientras que la doctrina jurídica se ocupa de las 'normas jurídicas que en aquella existencia real deben manifestarse' (...) y había basado la distinción en la contraposición, destinada a tener éxito, entre la esfera del ser y la esfera del deber ser. [387].

Bobbio explica que Weber distingue entre la validez ideal, de los juristas; y la validez empírica de las normas, de la que se ocupan los sociólogos. Weber quería ocuparse del Estado como sociólogo, no como jurista.

"Un grupo se convierte en Estado, cuando los grupos políticos, que a su vez se vuelven Estados (en el sentido de Estado Moderno) cuando están dotados de un aparato administrativo que logra con éxito apropiarse del monopolio de la fuerza en un determinado territorio" (Bobbio Estado, Gobierno y Sociedad. Pp. 74). No obstante esta definición de Estado, es con Kelsen que el Estado se resuelve en un "ordenamiento jurídico".

[386] Bobbio, Nolberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Pp. 72, 73.
[387] Ibídem Pp. 73.

8.- EL ORIGEN DEL NOMBRE DE ESTADO

Podemos señalar que "..la palabra 'Estado' se impuso por la difusión y el prestigio del Príncipe de Maquiavelo.(…) la obra comienza con las siguientes palabras: 'Todos los estados, todas las dominaciones que ejercieron y ejercen imperio sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados" [388].

Hay un proceso del paso del término status (de situación) al término Estado. Pero con Maquiavelo agarro fuerza aquello de "...máxima organización de un grupo de individuos sobre un territorio en virtud de un poder de mando: civitas y res publica, con lo que los escritores romanos designaban al conjunto de las instituciones políticas de Roma, precisamente de la civitas"[389]. La primera concepción del Estado es pues la de dominación "Todos los estados, todas las dominaciones según Maquiavelo.

Cabe mencionar que "No es que los romanos no conociesen y usaran el término regnum para señalar un ordenamiento diferente del de civitas, un ordenamiento regido por el poder de uno solo, pero a pesar de que fuese bastante clara la distinción entre el gobierno de uno solo y el gobierno de un cuerpo colectivo, jamás tuvieron una palabra que sirviese para designar el género[390].

Y por otro lado, "La única palabra de género conocida por los antiguos para señalar las diversas formas de gobierno era civitas, pero ya en Europa en tiempos de Maquiavelo, el término civitas"[391].

Así, "el éxito del término 'Estado' que pasó a través de cambios no del todo claros de un significado genérico de situación a un significado específico de posesión

---

[388] Ibídem Pp. 86.
[389] Ibídem Pp. 87.
[390] Ibídem Pp. 87.
[391] Ibídem Pp. 88.

permanente y exclusiva de un territorio y de situación de mando sobre sus habitantes" [392].

9.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO:

Todo Estado tiene elementos constitutivos, como son: 1. Un aparato administrativo, que presta los servicios públicos; 2. Monopolio legítimo de la fuerza.

Además, en la definición clásica del Estado, este ha sido identificado con tres elementos, desde que los juristas se adueñaron del problema del Estado, según explica Bobbio: Pueblo, Territorio y Soberanía. Parafraseando a Mortari dice Bobbio "El Estado es 'un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, a la que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él"[393].

"En la reducción rigurosa que Kelsen hace del Estado a ordenamiento jurídico el poder soberano se vuelve el poder de crear y aplicar el derecho (o sea normas vinculantes) en un territorio y hacia un pueblo, poder que recibe su validez de la norma fundamental y de la capacidad de hacerse valer recurriendo en última instancia a la fuerza, y en consecuencia por el hecho de ser no solamente legítimo sino también eficaz"[394].

"Con la terminología de Kelsen, el Estado en cuanto ordenamiento coacivo es una técnica de organización social: en cuanto tal, es decir, en cuanto técnica, o conjunto de medios para lograr un objetivo, puede ser empleado para los objetivos más diversos."[395].

---

[392] Ibídem Pp. 88.
[393] Ibídem Pp. 128.
[394] Ibídem Pp. 128.
[395] Ibídem Pp. 129.

36.2.1 El territorio

"El territorio se convierte en el límite de validez espacial del derecho del Estado, en el sentido de que las normas jurídicas - emanadas del poder soberano únicamente valen dentro de determinados confines."[396].

36.2.2 El pueblo

"El pueblo se vuelve el limite de validez personal del derecho del Estado, con cuanto las mismas normas jurídicas solamente valen, salvo casos excepcionales, para determinado sujetos que de tal manera constituyen los ciudadanos del Estado."[397].

Lo sustancial, según anota Bobbio, es que estas definiciones prescinden del fin del Estado.

Bobbio Reseña a Montesquieu en su "Espíritu de las Leyes", y cita: "Aunque todos lo Estados en general tengan el mismo fin, que es el de conservarse, cada uno tiende a desear un objetivo particular', en consecuencia presenta algunos ejemplos curiosos: 'El engrandecimiento era el fin de Roma; la guerra, el de lo espartanos; la religión el de las leyes hebreas; el comercio, de los marselleses, etc."[398].

Existen límites de validez espacial (territorio) y personal (pueblo). Y existe un poder capaz de tomar decisiones para organizar efectivamente a la sociedad.

---

[396] Ibídem Pp. 128.
[397] Ibídem Pp. 128.
[398] Ibídem Pp. 129.

10.- DE LOS FINES DEL ESTADO

Jellinek explicaba que existía la teoría "durante la primera mitad del siglo XIX en que se consideraba que el conocimiento del Estado dependía de la comprensión exacta que se tuviera acerca de sus fines"[399]. Eso indicaba que los fines definían al Estado. Y ¿cuáles eran esos fines? Cuando se logre conocer al Estado podrá organizárselo y describir cómo utilizarlo para cumplir específicamente esos fines, mientras tanto nos perderemos en divagaciones y el Estado no tendrá fines sociales, propios, sino que responderán a los fines de los individuos que lo ostentan o conducen. Por eso es menester aclarar la definición de los fines del Estado. ¿Cuáles son en esencia estos fines? Es de nuevo la pregunta. Necesitamos conocerlos para lograr conocerlo, y necesitamos conocerlo para lograr organizarlo, y necesitamos organizarlo para que sea eficaz, es decir para que responda a sus fines.

Parece que la respuesta es hoy bastante clara, porque el fin del Estado es la Sociedad, el bienestar de la Sociedad. Pero ¿este bienestar debe ser logrado, promovido sólo por el Estado? ¿No será que el Estado tiene ciertos límites en su finalidad de lograr servir a las necesidades de la sociedad? ¿Hasta qué límites existe el Estado para ser un servidor? O más bien ¿es este Estado quien se convierte en vez de un servidor en un servido, en un ente que usa de la sociedad para servirse de ella? Aquí el problema de los fines del Estado: qué fin tiene el Estado.

"La teología cristiana necesitaba ya, en virtud del problema escatológico, tratar el problema del fin último del Estado. Estas doctrinas teológicas tienen una significación permanente, porque han sido las primeras en concebir los fenómenos de la historia, no como un orden resultante de la sucesión de los hechos humanos, sino como el desarrollo de una actividad que se propone alcanzar un objetivo."[400]. La historia tiene un fin, y el Estado es producto de la historia, es decir de un fin

[399] Jellinek, Georg. Teoría General del Estado. Editorial Albatros. Pp. 170.
[400] Ibídem Pp. 171.

determinado. ¿Cuál es este fin determinado por la historia? La historia no es una simple secuencia sino un objetivo a alcanzar. No es un fenómeno a priori, sino aposteriori, no es retroactivo, sino irretroactivo, para el futuro. No es recolección de datos del pasado, sino proyección de hechos en el futuro, por los datos del pasado. Es esta proyección lo histórico, y no lo pasado. Por eso la actividad teológica es una proposición de alcanzar un objetivo, en este caso, es alcanzar la divinidad, la vida eterna, la confirmación con Dios. El objetivo final es Dios. La historia es Dios, para los teólogos: es decir, una meta.

"Frecuentemente la teoría orgánica dice que el Estado es en realidad sino otra expresión que niega igualmente los fines objetivos del mismo. Pero aún más enérgica que la doctrina orgánica es la concepción mecánico—materialista del mundo y de la historia en lo que toca a la negación absoluta de la finalidad del Estado."[401].

11.- EL FIN DEL ESTADO

El fin del Estado es una teoría reciente, que se propone como la difuminación de la capacidad del Estado para organizar la sociedad, siendo reemplazada por las empresas trasnacionales. Así el Estado en perpetua crisis no logra revalorarse. "Por crisis del Estado se entiende, de parte de los escritores conservadores, crisis del Estado democrático, que ya no logra hacer frente a las demandas que provienen de la sociedad civil provocadas por él mismo; de parte de los escritores socialistas o marxistas, crisis del Estado capitalita que ya no logra dominar el poder de los grandes grupos de interés en competencia entre si. Crisis del Estado quiere decir de una parte y de otra crisis de un determinado tipo de Estado, no terminación del Estado."[402].

[401] Ibídem Pp. 172.
[402] Bobbio, Nolberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Pp. 176, 177.

CAPÌTULO TERCERO: LA POLÍTICA FISCAL

GENERALIDADES

El Estado de acuerdo con la Constitución Política tiene el deber de estimular la creación de la riqueza y garantizar la libertad de empresa. Esto debe desarrollarlo a través del manejo de diversas "políticas públicas"; una de ellas es la «Política Fiscal», que pasaremos a desarrollar**.**

Según la doctrina la Política Fiscal nace a propuesta de Keynes, quien contradecía la *Ley de Say*, mediante la cual se pretendía formular que todo era manejado por el mercado, siendo que la oferta generaba su propia demanda. Keynes plantea que no es así, que la oferta no genera, necesariamente, su propia demanda, porque antes que oferta tiene que haber capacidad adquisitiva. Keynes propone la intervención del Estado como un medio necesario para lograr el "equilibrio económico", a diferencia de las anteriores teorías, como la de los clásicos o monetaristas que pensaban y dejaban al mercado encargarse del fenómeno y sus soluciones.

Así también esboza las teorías que el *pleno empleo* no era posible, al menos, no todo el tiempo, porque "la economía en el tiempo es fluctuante"; lo que significa que se encuentra en todo tiempo en "circulación y cambio". Keynes propone las teorías ejes del movimiento económico: 1) El Efecto Multiplicador, 2) La propensión marginal al consumo, 3) La oferta agregada.

La Política Fiscal nace, pues, con el ánimo de lograr cierto equilibrio económico en la sociedad, que tienda a provocar el desarrollo social completo, utilizando instrumentos de control de la balanza económica.

I.- ANTECEDENTES

La Política Fiscal es uno de los instrumentos que utiliza el Estado para lograr sus objetivos, como son los de estabilizar la economía nacional, la gestión y búsqueda del pleno empleo, entre otros. En este entendido, "Los Estados modernos a fin de cumplir sus objetivos, utilizan a la política económica, factor que al parecer, es uno de los elementos que justifican la "función reguladora y estabilizadora del Estado", la misma que cumple a través de la aplicación de medidas, o políticas impositivas, monetarias y cambiarias, entre otras formas. Claro que el Estado tiene que cumplir otros objetivos, pero nuestra investigación esta direccionada

hacia aquella actividad del Estado que tenga que ver con la economía, en general, y con la empresa en específico.

1.- FUNCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO

El Estado como institución monopolizadora de la organización social pública, cumple una determinante función económica, que pretende lograr las siguientes bases: a) Estabilidad económica del país; b) Desarrollo integral a través del desarrollo económico; c) Función impositiva y reguladora del Estado en la economía.

Estos tres ejes se desenvuelven dentro del esquema económico de una sociedad, pero no desde el ángulo privado, sino desde la intervención del Estado para mantener un orden económico y social equilibrado, estable y progresista.

2.- LA POLÍTICA ECONÓMICA

Las políticas económicas son aquellas que utiliza el Estado para direccionar la economía a fin de lograr el pleno empleo, y lo hace a través de dos instrumentos:

a) La política fiscal;

b) La política monetaria.

3.- PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA POLÍTICA ECONÓMICA

Se puede definir primariamente a los objetivos de la política económica dentro de los siguientes rubros:

3.1.- Desarrollo Económico.- Que tiene como objetivo lograr el desarrollo económico de la sociedad.

3.2.- Estabilidad Económica: La que se encarga sintéticamente de tres objetivos:

a) Mantenimiento del empleo

b) Estabilidad general de los precios

c) Equilibrio de la balanza de pagos internacionales

3.3.- Eficiencia Distributiva

Que tiene como objetivo lograr igualdad en las oportunidades de desarrollo, a través de la repartición o distribución de las unidades familiares.

4.- INSTRUMENTOS O POLÍTICAS DE ACCIÓN EN LA POLÍTICA ECONÓMICA DEL ESTADO

Para lograr sus objetivos la política económica tiene las siguientes acciones o instrumentos:

1.- La política monetaria;

2.- La política Fiscal;

3.- El gasto público.

4.1.- LA POLÍTICA MONETARIA

Se llama Política Monetaria a aquel instrumento mediante la cual el Estado controla la banca y el sistema monetario, con la finalidad de conseguir:

- Estabilidad del valor del dinero
- Evitar una balanza de pagos adversa
- Alcanzar el pleno empleo
- Buscar el estado de liquidez de toda la economía

4.2.- LA POLÍTICA FISCAL

La Política Fiscal vendría a ser aquel instrumento o método mediante la cual el Estado adquiere sus recursos o ingresos; dicho en otros términos: "La política fiscal es el conjunto de medidas e instrumentos que toma el Estado para recaudar los ingresos necesarios para la realización de la función del sector público."

Asi, las medidas tienen en cuenta:

- El gasto del Estado en inversiones públicas
- La obtención de ingresos a través de los impuestos a las actividades productivas, de producción y de circulación de mercancías, y también los impuestos sobre cualquier ingreso o ganancia.

4.3.- EL GASTO PÚBLICO

El Gasto Público es aquel que realiza el Estado en el cumplimiento de sus objetivos, como por ejemplo, brindar los servicios públicos, inversiones en salud, educación, justicia, seguridad, construcción de carreteras, etc.

II.- LA POLÍTICA FISCAL

1.- CONCEPTO DE POLÍTICA FISCAL

La Política Fiscal es aquella que se refiere al tesoro público, pues extrayendo el significado de la palabra "Fiscal", que viene de la palabra "fisco", el mismo significaría "tesoro del Estado", es decir, se trataría de aquel tesoro de la sociedad. La Polìtica Fiscal trataría de aquel gobierno del tesoro público.

Los doctrinarios entienden que la Política Fiscal es aquella política económica, denominada también Finanzas Públicas, que utiliza el "gasto público" y los "impuestos", como medios técnicos, o "variables de control", para lograr asegurar y mantener la estabilidad económica.

Por otro lado, los tratadistas han dicho también que la Política Fiscal es aquella utilizada por el Estado "respecto de sus decisiones sobre el gasto, impuestos y endeudamiento", que tiene como principal función lograr la estabilidad económica del país, e incentivar y facilitar la economía nacional, con el objeto de alcanzar niveles adecuados, o relevantes de desarrollo, crecimiento, inflación y empleo y desempleo.

Asimismo se dice de la Política Fiscal como "el conjunto de medidas que se refieren al gasto público, es decir, del Estado, así como del régimen tributario, es decir, de recaudación de tributos, además del endeudamiento interno y externo del Estado, así como de aquellas "operaciones y situación financiera de las entidades y organismos autónomos o paraestatales", mediante las cuales se logra definir la cantidad y la forma de distribución de la inversión del presupuesto y verificar el consumo público, que tienen su conclusión y determinación en el gasto nacional.

La Política Fiscal son aquellos instrumentos que utiliza el Estado para organizar económicamente a la sociedad a través del manejo de dos componentes: los ingresos públicos y los gastos públicos. Maneja por ello estos dos conceptos con el fin de lograr sus objetivos, dándole funcionalidad al aparato estatal y equilibrando el sistema económico de la sociedad. La principal función que se desarrolla a través de la Política Fiscal es la recaudación de ingresos necesarios para cumplir con los objetivos del Estado.

El eje central de la Política Fiscal es que "comprende la función impositiva y reguladora del Estado, en la economía". Esto sugiere que es la actuación directa del Estado en la economía de una determinada sociedad, puesto que regula aquellos actos utilizados para la recaudación de recursos (como la tributación), y el control del gasto público del Estado.

Según la doctrina, la Política Fiscal puede ser orientada hacia dos direcciones o explicada por dos corrientes: *La Teoría Keynesiana* o políticas de demanda, y *La*

Teoría de Friedman, o políticas de oferta. Las mismas que aunque utilizan diferentes métodos tienen en común el objetivo: "el equilibrio macroeconómico" que se pretende necesario para "lograr el crecimiento sostenido y el desarrollo de las naciones".

- Políticas de Demanda (Keynes).
- Políticas de Oferta (Friedman).

Por un lado, el "Keynesianismo, se concentra en medidas coyunturales, es decir, de políticas intervencionistas del Estado, a fin de generar un desplazamiento de la curva de la demanda agregada, con el fin de equilibrar la situación económica y lograr la situación de pleno empleo. Sin embargo por tratarse de medidas coyunturales, estas pueden y deben ser reducidas gradualmente, una vez alcanzado el fin deseado debe dejarse nuevamente en manos del mercado el destino económico, el Estado sólo debe intervenir cuando el mercado no logre por si solo equilibrar la situación, sin embargo una vez logrado el equilibrio, el Estado debe retirarse nuevamente a sus funciones de supervisión y dejar que las fuerzas naturales de oferta y demanda del mercado sigan su curso."

Por otro lado, "Las políticas de oferta por su parte arguyen que las políticas de demanda generan un efecto devastador a largo plazo como lo es la inflación y el endeudamiento, así como una nueva plaga económica: la estanflación, producto de la excesiva aplicación de políticas de demanda las cuales auspician un incremento en el gasto público del Estado con el fin de activar el crecimiento económico, aunque se incurra en déficit fiscales. La estanflación, reúne todas las características del estancamiento económico (desempleo, industria paralizada) junto con la ya referida inflación producto del aumento de los precios generados por los incrementos en la masa monetaria de creados en las políticas keynesianas. Las políticas de la oferta proponen un control estricto sobre la oferta monetaria, a fin de que este posea una tasa de crecimiento constante que;

> sin generar inflación logre los propósitos del crecimiento económico y desarrollo perseguido, para evitar el estancamiento de la economía.
>
> Las políticas de oferta se orientan a flexibilizar las reglas del juego dentro de la economía, evitando las presiones sobre los distintos componentes del sistema productivo, aspirando a constituirse en una acción coherente encaminada a propiciar el natural discurrir de las fuerzas que actúan en el mercado. En fin al contrario de las medidas coyunturales de las políticas de demanda, la política de oferta se traza a muy largo plazo, para lograr el equilibrio."

Otro concepto de Política Fiscal es el que expresa: "La política fiscal es "la política que sigue el sector público respecto de sus decisiones sobre gasto, impuestos y sobre el endeudamiento". Esta política tiene como objetivo facilitar e incentivar el buen desempeño de la economía nacional para lograr niveles aceptables o sobresalientes de crecimiento, inflación y desempleo, entre otras variables. Igualmente, busca evitar fluctuaciones en la economía."

Asimismo, se puede observar que las herramientas que tiene la política fiscal para lograr sus objetivos están íntimamente relacionadas con dos factores: los ingresos, y, los gastos del Estado. De tal forma que el Estado puede tener el control sobre la imposición y recaudación de tributos, así como de su cantidad, sujeto imponible, etc., gestando los mecanismos necesarios para el cumplimiento de este fin (ingresos). Asi también el Estado, desde el punto de vista de los egresos o gastos, tiene influencia directa sobre el nivel de los pagos, salarios, aumentos de remuneraciones, traslado, transferencia de dineros a entidades, etc. lo que generan su balance de gastos. Para nedir estos fenómenos se utiliza la Política Fiscal, que sería, en estos términos, aquel "conjunto de medidas relativas al régimen tributario, gasto publico, endeudamiento interno externo del Estado, y a las operaciones y situación financiera de las entidades y organismos autónomos o

paraestatales, por medio de los cuales se determina monto y distribución de la inversión y consumo públicos como componentes del gasto nacional".

2.- OBJETIVOS DE LA POLÍTICA FISCAL

La Política Fiscal es un método público mediante la cual se persiguen en general el equilibrio económico de la sociedad y objetivos determinados, a ser:

2.1.- Plena ocupación laboral.- Es un factor importante en el que tiene que trabajar el Estado, mediante la cual éste puede determinar si existe un aumento o disminución del empleo.

2.2.- Control de la demanda agregada.- Para lo cual se utiliza el impuesto y el gasto público, para medir y dirigir, de ser el caso, la demanda agregada, según refiere la doctrina.

2.3.- El control del déficit o del superávit.- Mediante el cual el Estado puede controlar la existencia de Déficit o del Superávit.

3.- FINALIDAD DE LA POLÍTICA FISCAL

De acuerdo con la doctrina la finalidad de la política fiscal es lograr:

a) La estabilidad del sistema económico de las naciones;
b) La ocupación plena.

4.- INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE POLÍTICA FISCAL

El Estado puede intervenir, a través de su política fiscal, en la economía, en algunos supuestos, como por ejemplo cuando "la economía se encuentra estancada", o cuando "el consumo es bajo y las empresas no pueden producir con

toda su capacidad". En este tipo de casos, el Estado, puede reducir los impuestos al público, a fin que tengan mayor opción a consumir, con la diferencia extraída del tributo reducido. El propósito de utilizar esta política fiscal del Estado es provocar el consumo. Por otro lado, también la doctrina indica que al ser el Estado "el consumidor más grande", esto puede provocar el incentivo de la producción de las empresas, en las áreas donde asigne el gasto de sus compras, etc.

5.- COMPONENTES DE LA POLÍTICA FISCAL

Un detalle importante para analizar de la Política Fiscal son sus componentes, que constituyen el fenómeno crucial de toda institución, sus ingresos y sus gastos. Así sus componentes desglosados son:

5.1.- El gasto público, y
5.2.- Los ingresos públicos.

5.1.- GASTO PUBLICO

El Estado a fin de cumplir con sus objetivos, como brindar los servicios públicos, tiene determinados gastos, que han sido debidamente clasificados; los mismos pueden servir también para promover la inversión pública. Según la doctrina se estipula que "cuando el Estado aumenta el gasto público se produce automáticamente un aumento en el nivel de la renta nacional. A la inversa, cuando disminuye el gasto público se produce una reducción en la renta nacional". Estos son factores o variables que son consideradas por la Política Fiscal.

El Gasto público es realizado por el Estado de acuerdo con ciertas condiciones y características, organizadas, programadas, etc., así "el gasto público se

“ejecuta” a través de los presupuestos, programas, planes, económicos”. El Gasto público puede considerarse de acuerdo a lo siguiente:

5.1.1.- Gasto Neto.- Que está constituido por “la totalidad de las erogaciones del sector público menos las amortizaciones de la deuda externa”.

5.1.2.- Gasto Primario.- Según la doctrina “Este tipo de gasto público “no toma en cuenta las erogaciones realizadas para pago de intereses y comisiones de deuda pública””.

5.1.3.- Gasto Programable.- Que es aquel gasto realizado por el Estado que “se relaciona con la estrategia para conservar la política fiscal, requerida para contribuir al logro de los objetivos de la política económica.” También puede definirse como aquellas erogaciones del Estado que se destinan a “cumplir y atender funciones y responsabilidades gubernamentales, así como a producir bienes y prestar servicios.”

5.1.4.- Gasto programable corriente

Son aquellas erogaciones que realiza el Estado con la finalidad de cubrir ciertos componentes, como son:

- Servicios personales;
- Pensiones;
- Otros gastos corrientes.

5.1.5.- Gasto programable de capital

Estos gastos realizados por el Estado están considerados por la forma de gasto, como pueden ser:

- Inversión física;
- Inversión financiera.

5.1.6.- Gasto corriente

El Gasto Corriente está constituido por todas aquellas erogaciones que realiza el Estado para cubrir a los poderes y órganos autónomos, de la administración pública, así también como las empresas que tenga el Estado.

El Gasto corriente es "el principal rubro del gasto programable", y se constituye por aquellas erogaciones del Estado para atender la operatividad de los poderes del Estado, los órganos autónomos, la administración pública (entidades que se encargan de servicios públicos como administrar justicia, legislar, gobernar, etc.) y las Empresas del Estado.

Respecto a las empresas del Estado, los gastos erogados son para el funcionamiento de las mismas, tanto del personal, como para la adquisición de los insumos de la empresa, etc. Es decir, para cubrir todas las etapas de la producción.

5.1.7.- Gasto de Capital

El gasto de capital, según la doctrina vendría a ser todas aquellas "erogaciones que contribuyen a ampliar la infraestructura social y productiva, así como a incrementar el patrimonio del sector público. Como gastos; gastos de Defensa Nacional, también se pueden mencionar la construcción de Hospitales, Escuelas, Universidades, Obras Civiles como carreteras, puentes, represas, tendidos eléctricos, oleoductos, plantas etc.; que contribuyan al aumento de la productividad para promover el crecimiento que requiere la economía."

6.- INSTRUMENTOS FISCALES DEL SECTOR PÚBLICO

De acuerdo con la doctrina el sector público tiene tres actividades principales:

1.- Estabilización y crecimiento.- La función del Estado es mantener el equilibrio económico, con el propósito de "mantener el balance macroeconómico", esto con la finalidad de "prevenir tanto grandes inclinaciones en el empleo y la actividad económica y severos ataques de inflación, así como asegurar una adecuada tasa de crecimiento económico".

2.- Distribución de los recursos.- Que se refiere a la igualdad de oportunidades de los miembros de una sociedad, así el Estado tiene, según la doctrina, dentro de sus funciones la "distribución de la renta entre los diversos grupos de la economía".

3.- Asignación de los recursos.- Que se refiere, según la doctrina, a "La función de asignación, que se relaciona con la eficiente asignación de recursos en toda la economía."

III.- MECANISMOS DE CONTROL DE LA POLÍTICA FISCAL

La Doctrina explica que existen como mecanismos de control de la Política Fiscal:

3.1.- Variación del Gasto Público
3. 2.- Variación de los Impuestos

3.1.- VARIACIÓN DEL GASTO PÚBLICO

Según esta teoría todo gasto público es una inversión pública. El gasto público es aquel que realiza el Estado para pagar los proyectos públicos, los bienes y servicios para el Estado.

El fundamento de este gasto público está en que se considera que, de acuerdo a esta política fiscal, el hecho de que haya màs obras en el país es benéfico para el mismo, y por tanto para la economía, puesto que promueve el trabajo, el desarrollo de las empresas, que generan empleo.

3.2.- VARIACIÓN DE LOS IMPUESTOS

Mediante esta teoría se considera que una forma de direccionar la economía en el país es a través de los tributos, es decir, de la grabación de la riqueza de las personas.

La fórmula que explica el movimiento económico es el siguiente:
Medidas de propensión marginal al consumo:

El gasto, es decir, el consumo, aumenta en proporción directa a las rentas, ingresos, que tengan los consumidores. Así es que es necesario, para verificar este movimiento económico (aumento del gasto de los consumidores), utilizar ciertos instrumentos de medida, denominadas "medidas de propensión marginal al consumo", a través de la cual se puede saber el porcentaje de la renta gastada por los consumidores.

Así también existe el instrumento o medida de "propensión marginal al ahorro".

En síntesis existen:

- Propensión marginal al consumo: (cuánto de la renta gasta a través del consumo la persona);
- Propensión marginal al ahorro: (cuánto de la renta ahorra el consumidor).

IV.- TEORÍAS DE LA POLÍTICA FISCAL

4.1.- Efecto multiplicador
4.2.- Propensión marginal al consumo
4. 3.- Oferta agregada keynesiana

4.1.- EL EFECTO MULTIPLICADOR

Son los dos componentes o elementos que se utilizan para explicar este fenómeno del "Efecto Multiplicador:

- El movimiento de dinero
- El valor agregado que genera el movimiento de dinero

El movimiento del dinero supone un acto determinado: "la circulación de riqueza". Lo importante de este movimiento son los efectos que causan en las personas, y las condiciones que les dan a esas personas dentro de un sistema económico. El dinero en si significa riqueza; es una representación de riqueza, capital; que en pequeñas o grandes cantidades genera conductas y situaciones productivas, como la creación de mas dinero, o riqueza.

El dinero en si no es lo determinante, sino sus efectos, las condiciones y potestades que le da a quien la posee. Así, cuando el dinero se mueve, "circula", produce ciertos efectos, genera nuevos tipos de agentes, que denominaremos: demandantes y ofertantes; establece un diagnóstico de cierto estado de la persona, de la sociedad, etc. El movimiento del dinero genera efectos económicos, que a su vez tienen que estar revestidos del ordenamiento jurídico, a fin de salvaguardar los derechos de los seres humanos. Así, la circulación del dinero produce en si un efecto multiplicador, porque genera nuevos fenómenos y hechos económicos.

De igual forma, el movimiento del dinero genera valor agregado y, por tal productividad, aumenta el producto nacional, de tal forma que "El efecto multiplicador funciona gracias al movimiento del dinero, y al valor agregado que supone este movimiento, pues de ir el dinero de mano en mano, surte un efecto de acumulación o agregado de su valor, o dicho en otros términos, en la teoría de Keynes: ".. el dinero, al pasar de mano en mano, va generando incrementos en la producción (producto nacional)".

La propensión marginal al consumo es aquel acto de consumir, y por lo tanto, de gastar cierto capital para lograr este consumo. La fórmula asigna un porcentaje de gasto del consumidor, y explica que si esa misma persona recibe un aumento en sus ingresos tienda a gastar mas. Sucede pues que consume mucho más, y ahorra menos. En un ejemplo se explica el siguiente caso (ejemplo extraído del Internet):

> "Supongamos que la propensión marginal al consumo (PMgC) es del 0.8, o sea, que todos gastan el 80% de lo que ganan (ahorran poco).
>
> 1. Yo compro algo a alguien por 100 euros. Eso hace aumentar el producto nacional en 100 euros.
> 2. El vendedor, 100 euros más rico, es también un consumidor, y gastará el 80% de esos 100 euros comprando otra cosa. O sea, gasta 80 euros. El PIB sube 80 euros más.
> 3. Quien acaba de recibir los 80 euros, gasta un 80% de ello, o sea, 64 euros. El PIB sube 64 euros.
> 4. Quien recibe los 64, gasta el 80%; el PIB sube 51.2 más
> 5. El siguiente hace subir el PIB 40.96
> 6. Etcétera: 32.77, 26.21, 20.97, 16.78,...
>
> ¿Cuánto ha aumentado el producto nacional, en total? Pues 100 + 80 + 64 + 51.2 + 40.96 +... Esta serie equivale a 100/(1-0.8), que son 500 euros. Por

tanto, una inversión de 100 euros ha hecho aumentar el producto nacional en 500.

Por eso bajar los impuestos (aumentando la renta disponible) aumenta el producto nacional. El subirlos, lo reduce, y puede ser la acción apropiada si se quiere salir de un superávit (por ejemplo si hay mucha inflación).”

Otro concepto del Efecto Multiplicador es el siguiente:

El Efecto Multiplicador es el “Conjunto de incrementos que se producen en la renta nacional de un sistema económico, a consecuencia de un incremento externo en el consumo, la inversión o el gasto público. / El "efecto multiplicador" en el caso del efectivo (monedas, billetes, aunque podría incluirse lo que se compra a través de plásticos como tarjetas de crédito y débito) está relacionado con el flujo del mismo en una economía.

Mecanismo

“Por ejemplo, supongamos que una persona, a la que llamaremos Juan, tiene 10 pesos y gasta 8. Digamos que esos 8 los recibe el panadero por venderle pan a Juan. El panadero también es un consumidor y en una siguiente ocasión gasta en comprar carne al carnicero. Aunque Juan no es el único cliente del panadero vamos a poner atención al dinero que Juan puso en circulación, es decir, vamos a intentar seguir su viaje.”

“El panadero toma dinero que Juan le dio para pagar al carnicero, en esta ocasión 6 pesos (sigamos ahora a esos 6 pesos) que recibe el carnicero. Éste también es consumidor y no pasa mucho para que compre, digamos, leche con algún tendero, por la cual paga 4 pesos (obviamente los precios no son reales). El tendero a su vez los recibe y digamos que a la siguiente vez utiliza 2 pesos para comprar fruta en el mercado.”

“También podemos pensar que los precios en realidad eran más altos y que el dinero que realmente se pagó fue una suma de lo que Juan y otros compradores dieron a cada uno de los protagonistas pero, como en un

principio se dijo, sólo estábamos poniendo atención al viaje de los pesos que Juan pagó en su momento. Las proporciones también son ficticias y a propósito se han dejado como se presentan para facilitar la explicación."

"¿Qué podemos notar de estos eventos?

1. Si Juan no pone en circulación su dinero, el panadero, el carnicero, el tendero y el vendedor de fruta hubieran visto restringidas sus ventas y por lo tanto sus compras.
2. Nótese que en este modelo se está hablando de una economía local en la que las transacciones se ven beneficiadas (y quienes en ellas participan) localmente.
3. Juan tenía 10 y gastó 8. Si se suman todos los pagos que se hicieron: 8+6+4+2=20,, se puede ver que en la economía local de nuestro experimento mental hubo un flujo de efectivo que duplicó aún más la cantidad inicial. En otras palabras, para poder llevar a cabo todas las transacciones y con ello beneficiar las compras que cada persona hizo, se necesitaría de una cantidad superior a la que cada uno de ellos posee. Todavía más: aunque hemos puesto a Juan como el iniciador de esta cadena, al mismo tiempo el panadero, el carnicero, el tendero y el vendedor de fruta seguramente estaban realizando otras compras, por lo que el efecto multiplicador que cada uno de ellos originaría se sumaría al de Juan, es decir, la cantidad de flujo de efectivo es todavía más grande. De allí el nombre de este efecto económico."

Sin embargo cabe algunas dudas respecto a este sistema. Cuando alguien vende un producto, y por tanto aumenta su riqueza, ¿cómo aumenta el producto nacional? Esto solo puede funcionar si el producto no es perecible, porque no se entiende que por un lado una persona aumenta su riqueza (el vendedor), y por otro lado no siempre aumenta su riqueza, porque el producto adquirido puede ser perecible, o de consumo final, y por lo tanto no retorna su valor, y en este caso

disminuye el producto nacional, o la concepción de que aumenta el producto nacional.

Sin embargo, lo que se describe con la teoría del efecto multiplicador, y con las fórmulas de la propensión marginal al consumo y propensión marginal al ahorro, es lograr "medir" el movimiento de la economía; siendo que este movimiento genera, siempre, rentabilidad. Contrario sensu, el no movimiento del dinero, genera devaluación.

Supongamos que una persona es propensa al ahorro, es decir, de todo lo que gana conserva un porcentaje y el resto lo gasta. ¿Qué es lo que pasa ahora con lo ahorrado? Existen varias posibilidades; una que ahorre su dinero en un Banco, lo que produce evidentemente un ciclo de efectos más; hasta que ahorre en su casa, etc. En un mundo como el actual, toda inercia del dinero puede ser realmente peligroso, pues se podría devaluar, no el dinero, sino su capacidad adquisitiva, por diferentes motivos. El ahorro, no debe, pues, consistir en no mover el dinero, sino en acumularlo en rotación, esto se puede hacer a través del banco, o en ahorrarlo a través de la inversión segura. Lo que produce el aumento de la riqueza no es el ahorro inerte, sin movimiento, pues toda falta de movimiento, de circulación de la riqueza puede producir riesgos de devaluación. Así la propensión marginal al consumo no es un si positiva, debe inventarse otro concepto, y si lo existe mejor, que denominaremos: "Propensión marginal a la inversión".

4.2.- PROPENSIÓN MARGINAL AL CONSUMO

> La propensión marginal al consumo es un método mediante el cual se puede medir en "cuanto se incrementa el consumo de una persona cuando se incrementa su renta disponible (los ingresos de los que dispone después de pagar impuestos)".

- Formulación matemática

“La formulación matemática de la propensión marginal explica cuánto varía el consumo cuando varía el ingreso; siendo la fórmula la siguiente:

En el análisis de consumo keynesiano, se formula la siguiente expresión de consumo:

$$C = C_0 + cY_D$$

C = Consumo

C_0 = Consumo autónomo o fijo.

c = Propensión marginal a consumir

Y_D = Ingreso disponible $Y(1 - t)$

$(1 - c) = b$ = Propensión marginal a ahorrar.”

“La teoría explica que:

Si la propensión a consumir, es decir, a gastar en el consumo, es igual a 1, entonces, resulta que la persona esta gastando completamente todo ingreso que tuviere.
Si, por el contrario, la formula arrojara un resultado de 0, entonces, esto significaría que la persona estaría ahorrando todos los ingresos que tuviera.
Si la formula arroja un monto inferior a 1, entonces existe propensión al ahorro.”

PROPUESTA: LA PROPENSIÒN MARGINAL A LA INVERSIÓN

Esta teoría consistiría en medir la propensión que tiene la persona a invertir. Es decir, medir si la persona tiene sólo hábitos de consumo, hábitos de ahorro, o hábitos de inversión.

La fórmula propone que el hábito de invertir genera un aumento en el producto nacional, porque produce el movimiento y circulación del dinero, y alrededor de ella causa efectos económicos tendientes al aumento de la riqueza. Es en si un factor productivo.

PROPUESTA:

Crear Núcleos que desarrollen la propensión marginal a la inversión. Para ello se deben seguir los siguientes pasos:

1.- Diagnóstico del porcentaje de propensión marginal a la inversión. Es decir, de lo que ganan, de los ingresos que tienen las personas, cuánto lo destinan a la inversión y no al consumo final. Cuanto de su riqueza es "invertida", es decir, colocada para que tenga el efecto de revertir y aumentar la riqueza. Por medio de esto se podrá saber uno de los factores fundamentales de si las personas "invierten" su dinero, o sólo lo "consumen".

2.- Diagnóstico sobre si el sistema educativo enseña, promueve, la "propensión marginal a la inversión", como curso obligatorio. Pues este es un factor fundamental para el desarrollo de una sociedad, y por lo tanto con la categoría de "interés general".

3.- Crear Núcleos de propensión marginal a la Inversión.

PROPUESTA:

Utilizar en la administración pública los sistemas de cliente interno y cliente externo, con lo que se evacuaría la nomenclatura de trabajador, por lo de inversionista, o mejor denominar en vez de trabajadores al concepto de "inversionistas", porque el Estado esta invirtiendo en ellos para aumentar la productividad. Este concepto, bastante forzado, sólo pretende interiorizar los conceptos de inversión.

Conclusión: El mayor efecto multiplicador, a nuestro parecer sería la propensión marginal a la inversión.

4.3.- OFERTA AGREGADA KEYNESIANA

La Oferta agregada keynesiana consiste a que cuando los consumidores están dispuestos a pagar a mayor nivel de precio, las empresas tienden a producir más para la satisfacción de la demanda, y viceversa. Asimismo implica que las empresas contraten más personal, para aumentar su producción, sin subir los precios de los salarios, por haber mayor oferta de trabajadores que ofertan su mano de obra.

V.- TIPOS DE POLÍTICA FISCAL

Dentro de los tipos de Política Fiscal tenemos: a) Política fiscal restrictiva, y b) Política fiscal expansiva.s

1.- POLÍTICA FISCAL RESTRICTIVA

La Política Fiscal Restrictiva es una serie de decisiones, métodos e instrumentos utilizados en la economía del país, a fin de "limitar o frenar la demanda agregada". Esta es una preocupación porque no se produzca aquella situación en que no exista correspondencia entre el valor del dinero y la sustentabilidad de este dinero, es decir, no tiene sustento en la realidad. Los fundamentos de este tipo de política fiscal se encuentran en, por ejemplo, una posible excesiva inflación. Es decir, que exista en circulación màs dinero del que se encuentra debidamente sustentado por la producción, generando devaluación.

La política fiscal restrictiva se aplica cuando la economía se encuentra en una compleja e intensa expansión. Cabe agregar que, según explica la doctrina, la política fiscal puede provocar superávit.

Las medidas aplicadas con este método, política fiscal restrictiva pueden ser:

- Reducción del gasto público;
- Suba de impuestos.

La idea de imponer este sistema o política fiscal es lograr el menor gasto de las personas y de las empresas, a través de provocar menores posibilidades de gasto. En una sociedad donde no hay posibilidad de gasto no funcionaría, o no sería necesaria este tipo de política fiscal.

En una sociedad como la nuestra la suba de impuestos no responde, además, a una política fiscal restrictiva, para producir disminuir gasto, por exceso de economía, sino todo lo contrario; la suba de impuestos es para generar ingresos, rentabilidad al Estado, provocando la limitación y restricción en el gasto, con efectos no reguladores de la expansión económica, sino limitadoras de la capacidad de demanda, y también de la libertad de empresa.

En nuestra sociedad utilizar una política fiscal restrictiva sería contraproducente, porque en una sociedad en vías de desarrollo, y con necesidad de aumentar la capacidad de producción, generación de inversión, utilizar esta política puede producir todo lo contrario.

Conclusión:

En nuestra sociedad estamos utilizando una política fiscal restrictiva que consiste en la aplicación de demasiados impuestos a la actividad productiva, lo que es contraproducente y contraviene el deber del Estado de garantizar la libertad de empresa.

Por el contrario, una política fiscal "contraccionista" se presenta cuando se toman decisiones para tener un gasto gubernamental reducido, o aumentar los impuestos, o una combinación de ambas.

Aún con las ventajas que puedan traer las distintas herramientas que componen una política, el Estado debe ser muy cuidadoso de no excederse en las medidas que desea tomar porque estas medidas pueden afectar las finanzas públicas y aumentar el déficit fiscal a niveles peligrosos que afectarían la estabilidad económica del país. El medio por el cual el Estado obtiene los recursos necesarios para desarrollar sus políticas (deuda interna o externa o a través de impuestos) y mantener en niveles aceptables su déficit fiscal, afecta también otras variables como las tasas de interés y la tasa de cambio, las cuales también deben ser tenidas en cuenta en el momento de definir una política fiscal.

2.- POLÍTICA FISCAL EXPANSIVA

La Política Fiscal Expansiva consiste en aquellos métodos para "estimular la demanda agregada", estos métodos consisten en:

- Aumento del gasto público;
- Bajar los impuestos.

Se utiliza con el fin de lograr el aumento de las rentas que pueden ser disponibles, es decir, de estimulación del uso de las rentas, del gasto, del consumo, de la inversión en las empresas, y son fórmulas para, por ejemplo, el tratamiento de la recesión. Puede, sin embargo, traer un efecto negativo, que es el de provocar la inflación o el déficit.

El aumento del gasto público supondrá la estimulación de las inversiones y, por lo tanto, la contratación de un mayor número en la ejecución de las inversiones o

gasto público. Esto tiene un efecto en la estructura económica del Estado. El Estado gasta en mayor proporción.

Bajar los impuestos implica entre otros aspectos, el fomento de la actividad económica privada, y por otro lado, la disminución de los ingresos del Estado. ¿Cómo puede aumentar el Estado sus gastos, si disminuye, al bajar los impuestos, los ingresos del Estado?

Una política fiscal expansiva tendría éxito si el Estado logra mayores ingresos sin necesidad de recurrir a los impuestos.

"La política fiscal "expansionista" se presenta cuando se toman medidas que generen aumento en el gasto del gobierno, o reducción de los impuestos, o una combinación de ambas."

VI.- CRÍTICAS A LA POLÍTICA FISCAL

Si bien la política fiscal se propuso como un sistema, o un método para lograr los objetivos del Estado, en referencia al pleno empleo, a la regulación de la economía de la nación, al crecimiento y desarrollo económico de la sociedad, a través de las diferentes técnicas o tipos de política fiscal como la restrictiva o la expansiva, esta no tuvo una aceptación total, surgiendo más bien algunas críticas respecto a esta teoría, como las siguientes:

6.1.- LA ESTAFLACIÓN

> Que consistía en haber mucha inflación, es decir, circulación de dinero, capacidad de gasto, expansión de la economía, y a la misma vez existir mucho desempleo.

6.2.- EL EFECTO EXPULSIÓN:

Que se presenta cuando el Estado utiliza una política fiscal expansiva, con lo que se "aumentan los gastos públicos", o se bajan los impuestos". Por lo tanto, al no tener mayores ingresos de los tributos, y estar realizando muchos gastos públicos, el Estado necesita agenciarse de capital que pueda sustentar este tipo de política, encontrándose en la necesidad de adoptar medidas de generación de ingresos diferentes al de los impuestos, en el mercado privado; así realiza los siguientes actos: Vende títulos de deuda pública. Esta medida, la venta de los títulos de deuda pública, por parte del Estado en el mercado privado puede generar otro fenómeno, como por ejemplo el hecho de que, según la doctrina, al vender tantos títulos, el precio baja, hay mayor demanda por la rentabilidad. Lo que deviene automáticamente en la inversión en el Estado, en comprarle títulos de deuda pública al Estado, y no en ingresar en el mercado privado. Es decir, no se produce la gestación, promoción y desarrollo de la actividad privada, del mercado. Por lo que no sube, necesariamente, "la demanda de inversión", que era el objetivo de la política fiscal expansiva.

6.3.- PROVOCA DÉFICIT FISCAL

Puede ocurrir, por otro lado, que cuando se aplica una política fiscal mediante la cual se venden títulos de deuda pública, el caso de que los extranjeros compren dichos títulos, lo que provoca que la moneda nacional subirá de valor; y al suceder esto subirán los precios de los bienes nacionales, por consecuencia la compra de productos para el exterior aumentará, siendo automática consecuencia que las exportaciones se reducirán por que el producto nacional ha aumentando de valor.

6.4.- RETRASOS

La política fiscal tiene que tener como un factor determinante en su aplicación al "ciclo económico", es decir, a aquel fenómeno de circulación de dinero, y condición de esta circulación, asimismo de cómo se encuentra el entorno económico. Reconocer cual es el estado económico de una sociedad es pues uno de los primeros puntos a realizar antes de determinar qué tipo de política fiscal aplicar.

6.5.- INCONSTANCIA DE LA PROPENSIÓN AL CONSUMO

El problema con las fórmulas para determinar el porcentaje de gasto, o el porcentaje de ahorro, es inconstante, porque depende de muchas variables, como el tipo de persona, las condiciones económicas actuales, o las prioridades sociales, así como el cambio de prioridades de las personas. Es decir, los porcentajes, o propensiones marginales al consumo o al ahorro son variables.

---------- 0000 ----------

TÍTULO III: ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS, VARIABLES, INDICADORES

TITULO V: CONTRASTACION DE HIPÓTESIS ANÁLISIS DE VARIABLES, INDICADORES

I.- GENERALIDADES:

En este acápite desarrollaremos las hipótesis a fin de verificar o negar las mismas. Para ello es necesario desglosar las hipótesis en sus variables e indicadores que procesadas u operacionalizadas nos darán un resultado estadístico, que utilizaremos para llegar a las conclusiones finales de nuestra investigación.

Nuestro problema es la inadecuada política fiscal como factor que atenta contra la libertad de empresa; por lo que es necesario probar la exactitud y veracidad de dicha afirmación. Para ello utilizaremos el esquema planteado en el plan de tesis, específicamente la hipótesis.

II.- HIPÓTESIS A DESARROLLAR

La formulación de nuestra hipótesis puede presentarse de la siguiente manera:

Hipótesis:

"La inadecuada Política Fiscal vulnera la Libertad de Empresa"

NOTA:

- Por Política Fiscal entendemos todas aquellas normas, actividades o hechos que se aplican a la actividad empresarial.
- Por Libertad de Empresa entendemos aquella capacidad para realizar actividad empresarial.

III.- VARIABLES DE OPERACIONALIZACION:

Variable Independiente: Política Fiscal
Variable Dependiente: Libertad de Empresa

IV.- INDICADORES:

De las variables operacionalizadas se puede extraer los siguientes indicadores:

A.- INDICADORES DE LA VARIABLE "POLÍTICA FISCAL":
De donde se desprendes los siguientes indicadores:

1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas
3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas
4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las universidades
5.- Encuesta a profesionales
6.- Encuesta en Zofra Tacna
7.- Encuesta a Mercadillos

B.- INDICADORES DE LA VARIABLE "LIBERTAD DE EMPRESA"
De donde se desprenden los siguientes indicadores:

1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas
3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas
4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las universidades
5.- Encuesta a profesionales
6.- Encuesta en Zofra Tacna
7.- Encuesta a Mercadillos

V.- CUADRO DE OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES:

Asimismo se ha desglosado cada Variables en sus indicadores, así tenemos:

HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
"La inadecuada Política fiscal vulnera la Libertad de Empresa"	**Política Fiscal** (Variable Independiente)	1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
		2.- Normas que afectan tributariamente a empresas
		3.- Normas que exoneran tributariamente a empresas
		4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades
		5.- Encuesta a profesionales
		6.- Encuesta en Zofra Tacna
		7.- Encuesta a Mercadillos
	Libertad de Empresa (Variable Dependiente)	1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
		2.- Normas que afectan tributariamente a empresas
		3.- Normas que exoneran tributariamente a empresas
		4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades
		5.- Encuesta a profesionales
		6.- Encuesta en Zofra Tacna
		7.- Encuesta a Mercadillos

DESARROLLO DE LOS INDICADORES

I.- ANTECEDENTES:

En este acápite desarrollaremos las hipótesis a fin de verificar o negar las mismas. Para ello es necesario desglosar las hipótesis en sus variables e indicadores que procesadas u operacionalizadas nos darán un resultado estadístico, que utilizaremos para llegar a las conclusiones finales de nuestra investigación y de cómo resolver el problema.

CAPÍTULO I: DESARROLLO DE LA VARIABLE "POLÍTICA FISCAL"

I.- DESARROLLO de los indicadores de la Variable "POLÍTICA FISCAL"

Los indicadores que surgen de la variable "Política Fiscal", son los siguientes:

1. N° de normas tributarias (por tipos) respecto a las empresas.
2. Normas tributarias (por tipo) que afectan a las empresas (totales).
3. Normas tributarias (por tipo) que exoneran a las empresas (totales).
4. Porcentaje estadístico de estudiantes en especialidades empresariales en las universidades
5. Porcentaje estadístico respecto a opinión de abogados, economistas y contadores sobre la política fiscal
6. Porcentaje de empresarios y trabajadores de ZofraTacna
7. Porcentaje de Empresarios y comerciantes de Mercadillos de Tacna

1.- INDICADOR N° 01.- Número de normas tributarias (por tipos) respecto a las empresas.

Para operacionalizar el indicador «Normas Legales», usaremos las dadas por el Congreso de la República del Perú, cuyo margen, como antecedente, serán desde 1904; pero con delimitación final del año 2005 y 2006, a fin de dar una visión general del problema. Esta legislación dada por el congreso, la hemos encontrado en el Archivo Digital del Congreso, el mismo que registra Leyes, Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia.

Para hacer la búsqueda hemos utilizado en el Internet la palabra "empresa", obteniendo los siguientes resultados de normas legales existentes:

1. Leyes.
2. Decretos Legislativos.
3. Decretos de Urgencia.

Para demostrar si existen o no existen normas tributarias respecto a las empresas, se ha escogido de la muestra normativa, tomada del archivo Digital del Congreso, aquellas normas que tengan el término "empresa", y clasificadas por tipo de norma, dentro de tres niveles, como son Leyes, Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia.

Es necesario recordar que las normas jurídicas tienen formalidad escrita, son de diverso rango, valor, jerarquizadas mediante principios; además la producción de las normas es de carácter general, creando "voluntad representada".

Las leyes son normas jurídicas que han sido aprobadas por el Congreso de la República, en uso de sus atribuciones legislativas, y mediante procedimiento específico establecido en la Constitución Política. Según el

jurista Guillermo Cabanillas, la ley es la "regla de conducta obligatoria dictada por el Poder Legislativo, o por el Ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones.

A este nivel se le denomina Ley o con Rango de Ley, que pueden ser los Decretos Leyes, los Decretos Legislativos.

Normas con Rango de Ley:

- Ley, dadas por el Congreso mediante procedimiento establecido en la Constitución.
- Decretos Leyes, dados por los Gobiernos De Facto.
- Decretos Legislativos, dado por el Poder Ejecutivo mediante delegación del Legislativo, "Legislación Delegada", es decir, el Poder Legislativo autoriza al Poder Ejecutivo a dar ciertas leyes denominadas por tales Decretos Legislativos.

A.- CUADRO DE RESULTADOS DEL INDICADOR N° 1 NORMAS LEGALES EMPRESARIALES

El cuadro siguiente muestra el número de Leyes existentes, que contienen el término "empresa", extraídas del Archivo Digital de la página del Congreso

AÑO DE NORMA	LEY	DEC. LEY	DEC. LEG.	DEC. URG.	OTROS
1912	1				
1918	2				
1922	3				
1928	1				
1929	1				
1930		1			

1931		5			
1932	3				
1933	1				2
1934	1				
1935	2				
1936	1				1
1938	2				
1939	3				
1943	1				
1944	2				
1945	2				
1946	5				
1948		2			
1949		1			
1950		2			
1951	1				
1952	2				
1955	3				
1957	2				
1958	1				
1959	1				
1961	1				
1962	3	1			
1963	1	3			
1964	3				
1966	4				
1967	3				
1968	1	3			
1969		14			
1970		14			

1971		26			
1972		22			
1973		24			
1974		18			
1975		13			
1976		22			
1977		20			
1978		19			
1979		20			
1980		14			
1982	5				
1983	3				
1984	4				
1985	6				
1986	1				
1987	1				
1988	2				
1989	3				
1990	4				
1991	1				
1992		54			
1993	6				
1994	5				
1995					1
1996	2				
1997	8				
1998	3				
1999	10				
2000	3				
2001	8				

2002	6				
2003	6				
2004	6				
2005	4				
2006	5				

B.- UTILIZACIÓN DEL FORMATO N° 1 PARA EL INDICADOR N° 1.- NORMAS LEGALES EMPRESARIALES

Para comprobar nuestro indicador, se ha utilizado el siguiente formato, a fin de establecer los datos estadísticos necesarios:

FORMATO N° 1

Cédula de Datos Estadísticos

VARIABLE:	POLÍTICA FISCAL
Indicador:	Normas Tributarias Empresariales
Documento:	Cédula de Datos Estadísticos
Fuente:	Archivo Digital de la Pág. Web. Del Congreso
Referencia:	Para la selección de las normas legales se ha ingresado al Archivo Digital del Congreso, ubicado en la dirección electrónica mencionada, haciendo la búsqueda de las normas legales por el término "empresa".
Criterio de Búsqueda:	Se ha hecho la búsqueda de las normas legales por el término "empresa".
Criterio de Selección:	Por tipo de norma (Leyes, Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia).
Período de Búsqueda:	La búsqueda se ha realizado en el periodo del año 1912 hasta 2006.
Tipo de normas:	Las normas legales con las cuales se ha trabajado son: Leyes, Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia.

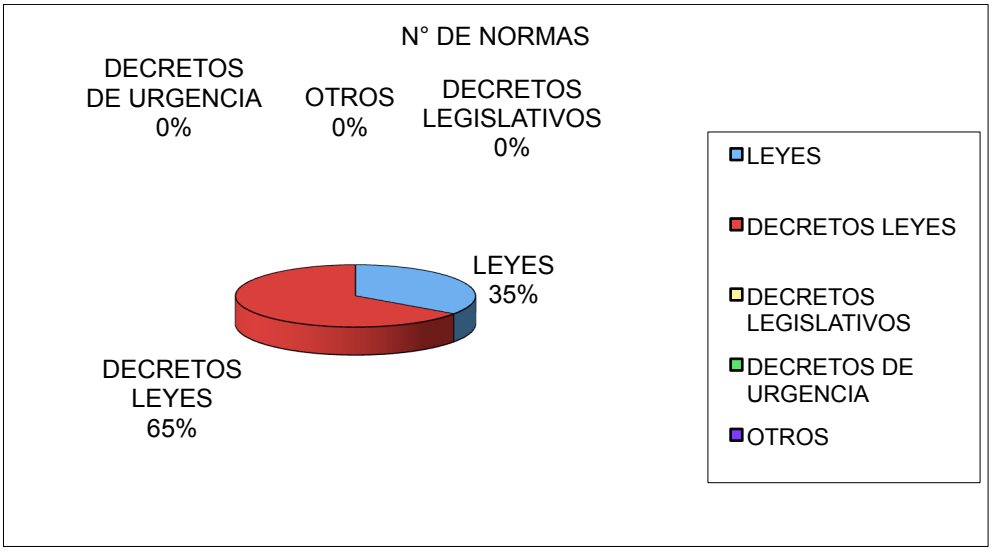
C.- CUADRO DE RESULTADOS DE NORMAS LEGALES EMPRESARIALES:

Utilizando el formato anterior, se han obtenido los siguientes resultados del cómputo y clasificación del número de cada tipo de norma legal:

TIPO DE NORMA	N° DE NORMAS	PORCENTAJE
LEYES	159	35%
DECRETOS LEYES	298	65%
DECRETOS LEGISLATIVOS	0	0%
DECRETOS DE URGENCIA	0	0%
OTROS	0	0%
TOTAL	457	100%

D.- RESULTADOS EXPUESTOS GRÁFICAMENTE:

Estando al cuadro de resultados, este puede graficarse de la siguiente forma:



E.- ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior puede concluirse lo siguiente:

- El cuadro arriba expuesto indica que el Congreso, es decir, aquel órgano elegido por la sociedad en votación secreta, y que representa al Poder Legislativo, ha dado un promedio de 159 normas respecto a la "empresa".
- Mientras que se han dado 298 Decretos Leyes. Esto supone que en materia de empresas, los Gobiernos De Facto han dado mas normas que los gobiernos Democráticos. O en otros términos que el Poder Ejecutivo ha emitido más normas que el Poder Legislativo.
- Respecto a Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia no han sido dados.
- Entre Leyes, Decretos Leyes dadas el año 2006, es decir 94 años, se han emitido sólo 491 normas que tengan el término "empresa".
- Que existe una proporción del 30% de diferencia entre los Decretos Leyes y las Leyes.

Lo importante del cuadro es que se verifica por año la fluctuación y preocupación de la normatividad respecto de la empresa, y esta a su vez indica la política asistencialista o liberal del país.

2.- INDICADOR N° 02.- NORMAS LEGALES QUE AFECTAN CON TRIBUTOS A LAS EMPRESAS

Utilizando las normas que hemos extraído del Archivo Digital de la Pág. Web del Congreso, vamos a realizar el análisis respectivo.

A.- USO DE FORMATO N° 2

Para operacionalizar el presente indicador: Normas que afectan tributariamente a las empresas se ha utilizado el siguiente formato:

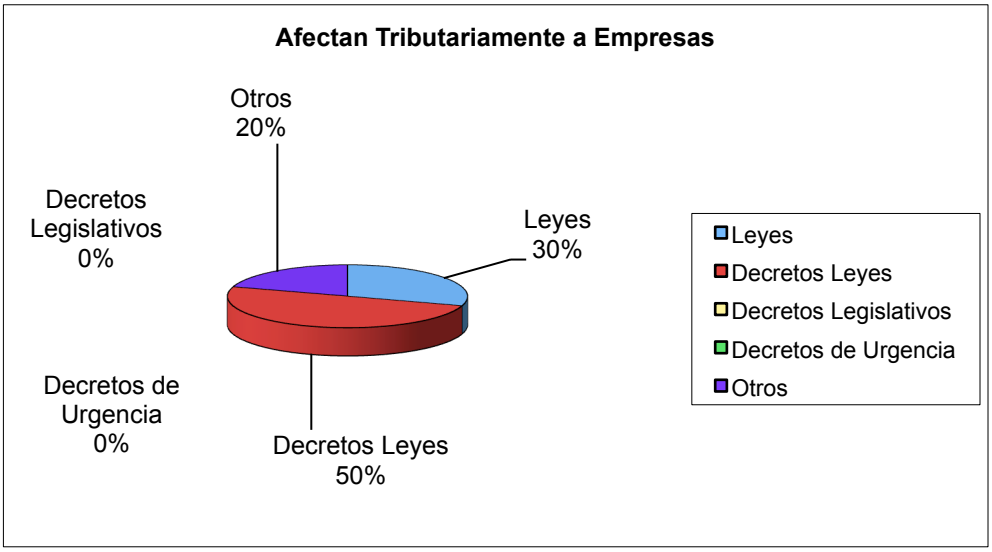
FORMATO N° 2	
VARIABLE:	POLÍTICA FISCAL
Indicador N° 2:	Normas Tributarias Empresariales
Documento:	Cédula de Datos Estadísticos
Fuente:	Archivo Digital de la Pág. Web. Del Congreso
Referencia:	Para la selección de las normas legales se ha ingresado al Archivo Digital del Congreso, ubicado en la dirección electrónica mencionada, haciendo la búsqueda de las normas legales por el término "empresa".
Criterio de Búsqueda:	Se ha hecho la búsqueda de las normas legales por el término "empresa".
Criterio de Selección:	Normas legales que afectan con tributos a las empresas. Por tipo de norma (Leyes, Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia)
Período de Búsqueda:	La búsqueda se ha realizado en el periodo del año 1912 hasta 2006
Tipo de normas:	Las normas legales con las cuales se ha trabajado son: Leyes, Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia

B.- CUADRO DE RESULTADOS:

Habiendo hecho el cómputo de las normas legales, por tipo, se ha obtenido el siguiente resultado:

TIPO DE NORMA	Afectan Tributariamente a Empresas	PORCENTAJE
Leyes	138	30%
Decretos Leyes	230	50%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	93	20%
TOTAL	461	100%

C.- CUADRO DE RESULTADOS GRÁFICOS:



D.- ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El Poder Legislativo ha emitido un 30% de Normas Tributarias que afectan a las empresas con tributos. Lo que demuestra la dirección o política fiscal asistencialista, porque no libera a la empresa y la deja desenvolverse en el mercado, sino que lo llena de tributos.
- El Poder Ejecutivo, a través de normas de Gobiernos de Facto han intervenido en mayor proporción que el Poder Legislativo, en materia de

legislación sobre empresas. Lo que demuestra que existen una mayor preocupación por la Política Fiscal, que supone también la necesidad e los Estados De Facto del control de la actividad empresarial.

Se puede concluir que:

1. El Poder Legislativo ha emitido un 30% de normas que afectan a las empresas.
2. El Poder Ejecutivo ha emitido un 50% de normas que afectan a las empresas.
3. Sale como resultado que un 80% de normas afectan a las empresas
4. Un 20% de normas no afectan tributariamente a las empresas.

3.- INDICADOR N° 03.- NORMAS LEGALES QUE EXONENERAN DE TRIBUTOS A LAS EMPRESAS

El presente indicador mostrará cuantas normas tributarias han sido dadas que exoneren a las empresas de pagar tributos.

A.- USO DEL FORMATO:

Para operacionalizar el presente indicador (normas que exoneran tributariamente a las empresas se ha utilizado el siguiente formato:

FORMATO

VAARIABLE:	POLÍTICA FISCAL
Indicador:	Normas Legales Empresariales
Documento:	Cédula de Datos Estadísticos
Fuente:	Archivo Digital de la Pág. Web. Del Congreso
Referencia:	Para la selección de las normas legales se ha ingresado al Archivo Digital del Congreso, ubicado en la dirección electrónica mencionada, haciendo la búsqueda de las normas legales por el término "empresa".
Criterio de Búsqueda:	Se ha hecho la búsqueda de las normas legales por el término

	"empresa".
Criterio de Selección:	Normas Legales que exoneran de tributos a las empresas
Período de Búsqueda:	La búsqueda se ha realizado en el periodo del año 1912 hasta 2006
Tipo de normas:	Las normas legales con las cuales se ha trabajado son: Leyes, Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia

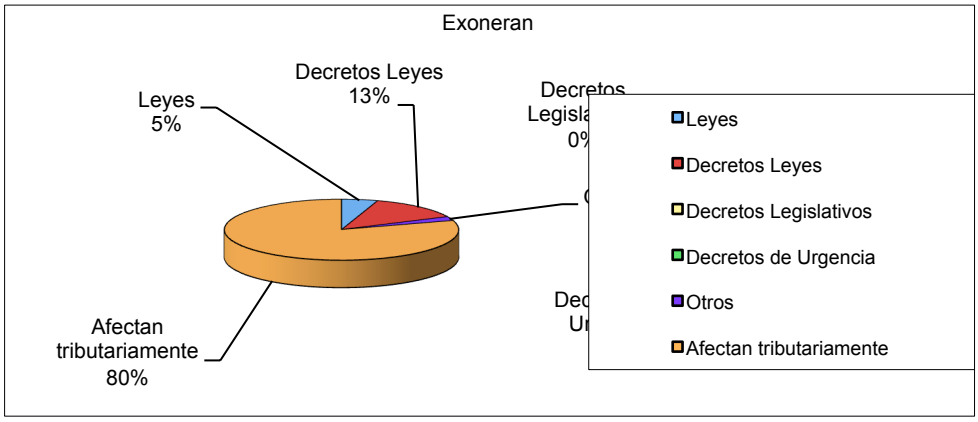
B.- CUADRO DE RESULTADOS:

Hecho el cómputo se ha obtenido el siguiente resultado:

TIPO DE NORMA	Exoneran	PORCENTAJE
Leyes	23	5%
Decretos Leyes	60	13%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	10	2%
Afectan tributariamente	368	80%
TOTAL	461	100%

De 461 tenemos que 83 normas exoneran tributariamente a las empresas; 10 se refieren a otros tipos de normas, y 368 afectan tributariamente a las empresas

C.- RESULTADOS EN GRÁFICA:



D.- ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El Poder Legislativo ha emitido el 23% de normas tribuarias que exoneran a las empresas con tributos.
- El Poder Ejecutivo, a través de normas de Gobierno de Facto, ha emitido 13% de normas que exoneran a las empresas de tributos, lo que indica que la preocupación por el gobierno, o la política fiscal de los gobierno de Facto es superior.
- Por lo que se puede concluir que el 36% de normas tributarias exoneran a las empresas.

4.- INDICADOR N° 04.- Encuesta de opinión a Estudiantes Universitarios en especialidades empresariales

El indicador en referencia se desarrolla en el Ítem: Encuestas de Opinión; en el siguiente Título:

> 4.- Encuestas de opinión realizada a los Estudiantes Universitarios en especialidades empresariales.

5.- INDICADOR N° 05.- Encuestas de opinión realizada a Profesionales afines a la materia empresa

El indicador en referencia se desarrolla en el Ítem: Encuestas de Opinión; en el siguiente Título:

> 5.- Encuestas de opinión realizada a los Profesionales en materias afines a la empresa

6.- INDICADOR N° 06.- Encuestas de opinión en ZofraTacna

El indicador en referencia se desarrolla en el Ítem: Encuestas de Opinión; en el siguiente Título:

6.- Encuestas de opinión realizadas a trabajadores y empresarios en ZofraTacna.

7.- INDICADOR N° 07.- Encuestas de opinión realizadas a empresarios de los mercadillos

El indicador en referencia se desarrolla en el Ítem: Encuestas de Opinión; en el siguiente Título:

7.- Encuestas de opinión realizadas a empresarios de los mercadillos

CAPITULO II: DESARROLLO DE LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA"

II.- DESARROLLO de los Indicadores de la Variable "LIBERTAD DE EMPRESA"

Los indicadores que surgen de la Variable "Libertad de Empresa" son lo siguientes:

1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)

2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas

3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas

4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las universidades

5.- Encuesta a profesionales

6.- Encuesta en Zofra Tacna

7.- Encuesta a Mercadillos

Representados en cuadro sería:

HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
"La inadecuada Política fiscal contraviene la Libertad de Empresa"	**Libertad de Empresa** (Variable Dependiente)	1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
		2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas
		3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas
		4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades
		5.- Encuesta a profesionales
		6.- Encuesta en Zofra Tacna
		7.- Encuesta a Mercadillos

1.- INDICADOR N° 01.- 1.- NÚMERO DE NORMAS EMPRESARIALES (por tipo)

Para operacionalizar el presente indicador se ha utilizado el Archivo Digital de la pág. Web del Congreso.

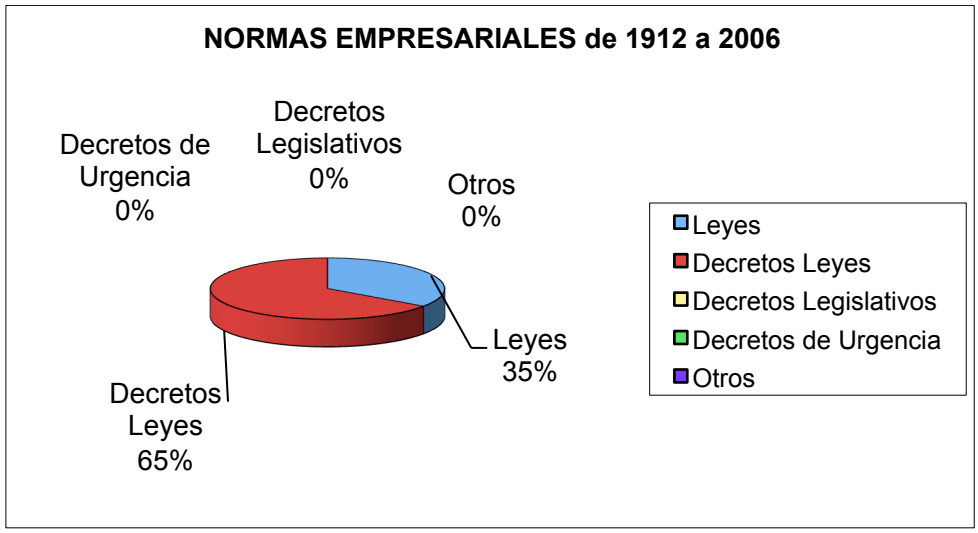
A.- CUADRO DE RESULTADOS DE NORMAS LEGALES EMPRESARIALES:

El cómputo y clasificación del número de cada tipo de norma legal, de fechas desde el año 1912 hasta el año 2006 es el siguiente:

Tipo de Norma:	N° de Normas	Porcentaje
Leyes	159	35%
Decretos Leyes	298	65%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	0	0%
Total	457	100%

B.- RESULTADOS EXPUESTOS GRAFICAMENTE:

Estando al cuadro de resultados este puede graficarse de la siguiente forma:



C.- ANÁLISIS: DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior puede concluirse lo siguiente:

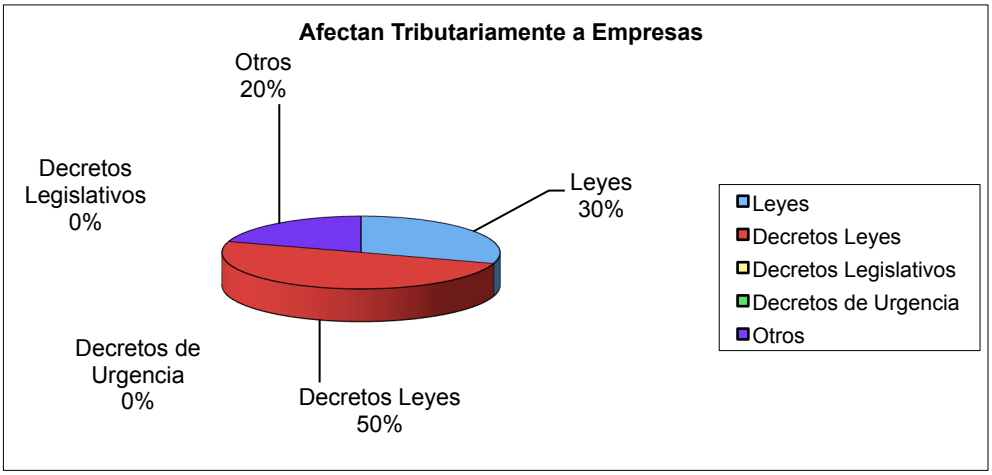
- Del año 1912 al año 2006 se han dado 461 normas con el término "Empresa", de los cuales 159 (35%) son Leyes, 298 (65%) son Decretos Leyes, y hacen un total de 461.

2.- INDICADOR N° 02.- NORMAS LEGALES QUE AFECTAN CON TRIBUTOS A LAS EMPRESAS

Utilizando las normas que hemos extraído del Archivo Digital de la Pág. Web del Congreso, vamos a realizar el análisis respectivo. Habiendo hecho el cómputo de las normas legales, por tipo, se ha obtenido el siguiente resultado:

TIPO DE NORMA	Afectan tributariamente a Empresas	PORCENTAJE
Leyes	138	30%
Decretos Leyes	230	50%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	93	20%
TOTAL	461	100%

CUADRO DE RESULTADOS GRÁFICOS:



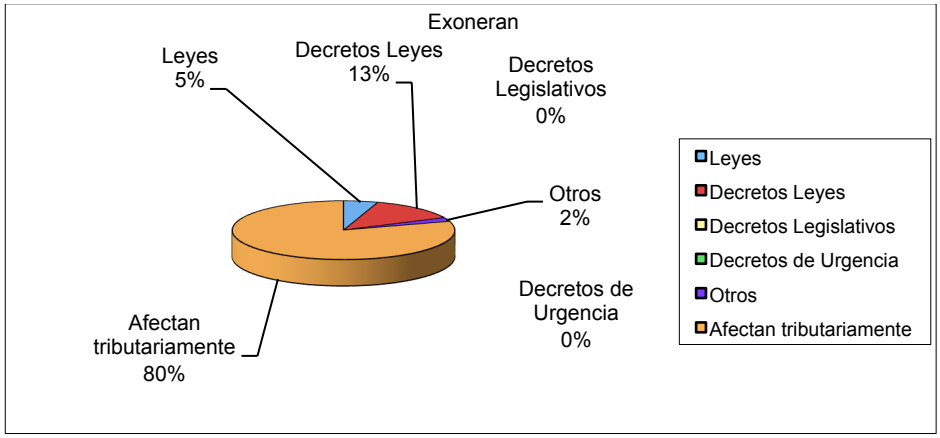
3.- INDICADOR N° 03.- NORMAS LEGALES QUE EXONERAN DE TRIBUTOS A LAS EMPRESAS

El presente indicador mostrará cuantas normas tributarias han sido dadas que exoneren a las empresas de pagar tributos. Hecho el cómputo se ha obtenido el siguiente resultado:

TIPO DE NORMA	Exoneran	PORCENTAJE
Leyes	23	5%
Decretos Leyes	60	13%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	10	2%
Afectan tributariamente	368	80%
TOTAL	461	100%

De 461 tenemos que 83 normas exoneran tributariamente a las empresas; 10 se refieren a otros tipos de normas, y 368 afectan tributariamente a las empresas

RESULTADOS EN GRÁFICA:



4.- INDICADOR N° 04.- Encuesta de opinión a Estudiantes Universitarios en especialidades empresariales

El indicador en referencia se desarrolla en el Ítem: Encuestas de Opinión; en el siguiente Título:

> 4.- Encuestas de opinión realizada a los Estudiantes Universitarios en especialidades empresariales.

5.- INDICADOR N° 05.- Encuestas de opinión realizada a Profesionales afines a la materia empresa

El indicador en referencia se desarrolla en el Ítem: Encuestas de Opinión; en el siguiente Título:

> 5.- Encuestas de opinión realizada a los Profesionales en materias afines a la empresa

6.- INDICADOR N° 06.- Encuestas de opinión en ZofraTacna

El indicador en referencia se desarrolla en el Ítem: Encuestas de Opinión; en el siguiente Título:

> 6.- Encuestas de opinión realizadas a trabajadores y empresarios en ZofraTacna.

7.- INDICADOR N° 07.- Encuestas de opinión realizadas a empresarios de los mercadillos

El indicador en referencia se desarrolla en el Ítem: Encuestas de Opinión; en el siguiente Título:

> 7.- Encuestas de opinión realizadas a empresarios de los mercadillos

ÍTEM: ENCUESTAS DE OPINIÓN

GENERALIDADES:

A fin de conocer la opinión sobre la Política Fiscal y la Libertad de Empresa de un grupo determinados de personas (nuestra muestra) determinadas por su condición afín a la empresa se ha realizado una encuesta, de acuerdo con los siguientes detalles.

Se ha utilizado la misma encuesta para el Indicador POLÍTICA FISCAL, y para el Indicador: LIBERTAD DE EMPRESA, por que el análisis a través de sus respuestas, determinará si existe una relación existente entre su elección, los motivos o razones de esta elección y las variables de nuestra hipótesis (Política Fiscal, Libertad de Empresa).

AGENTES DE LA ENCUESTA (muestra):

Los encuestados y el número de la muestra de encuestados son 400, separados de la siguiente manera:

1.- Estudiantes universitarios (Cien encuestados)
2.- Profesionales (Cien encuestados)
3.- Empresarios y trabajadores de ZofraTacna, (Cien encuestados) y
4.- Empresarios y comerciantes de los Mercadillos (Cien encuestados)

PREGUNTAS.- Las preguntas fueron las siguientes:

I.- De poner una empresa que tipo sería

II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el criterio o motivo de su decisión?

III.- ¿Cuál cree usted que sería su mayor obstáculo para ser empresario?

IV.- ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

V.- Cree que el Estado Limita la libertad de empresa?

VI.- ¿El Estado impone muy altos tributos a las empresas?

VII.- ¿Cree usted que el Estado tiene una buena (adecuada) o mala (inadecuada) Política Fiscal (sistema de recaudación).

VIII.- Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS

Aquí se ha realizado las encuestas que corresponden a los indicadores 4, 5, 6 y 7, por lo cual para no variar con el orden numérico les asignaremos las misma.

4.- ENCUESTAS DE OPINIÓN REALIZADAS A UNIVERSITARIOS EN ESPECIALIDADES EMPRESARIALES

Se han realizado ocho preguntas, que arrojan los resultados siguientes:

I.- PREGUNTA NRO.1: "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?"

La pregunta Nro. 01 de la Encuesta "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?" tiene por finalidad determinar el nivel de conocimiento de los tipos de empresa existentes, y la selección, en un supuesto de uno de ellos como proyecto personal. El cuadro de resultados de la encuesta en esta pregunta es:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	18	18
	Sociedad Anonima Cerrada	21	21
	Sociedad en Comandita	0	0
	Sociedad Colectiva	7	7
	Sociedad Civil	0	0
	Sociedad Comercial de Rltda	13	13
	Empresa Individual de Rltda	29	29
	Otra	7	7
	No respondieron	5	5
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 01:

De los resultados se puede concluir, respecto de la elección del tipo de empresa a constituir, la siguiente jerarquía:

Ubicación	Empresa	Porcentaje
Primer lugar	Empresa Individual de Responsabilidad Limitada	29 %
Segundo lugar	Sociedad Anónima de Cerrada	21 %
Tercer lugar	Sociedad Anónima Abierta	18 %
Cuarto lugar	Sociedad comercial de responsabilidad limitada	13 %
Quinto lugar	Sociedad Colectiva	07 %
Sexto lugar	Sociedad en Comandita	00 %

Los cuadros anteriores rebelan las tendencias, tipo de cultura, y de sociabilización de las personas encuestadas. Así, de cada cien personas, el 29% por diversos motivos, prefieren hacer empresa en forma individual, y limitando su responsabilidad al patrimonio de la empresa. Esto revela su capacidad para no confiar en asociarse con otros a fin de hacer empresa, y su disposición a asegurar o arriesgar lo menos posible su patrimonio personal.

Por otro lado, que el 21% de los encuestados hayan elegido la Sociedad Anónima Cerrada puede significar que la disposición hacia la magnitud de la empresa esta descubierta en esta elección, y es de carácter cerrado, es decir, selectivo, exclusivo.

La elección de un 18 % por la Sociedad Anónima abierta puede responder también a varios factores, pero lo que se evidencia, es la inclinación hacia empresas de gran envergadura o amplitud.

El hecho que el 13 % haya elegido la sociedad comercial de responsabilidad limitada, puede responder también a varios factores, pero lo esencial de este tipo

empresarial es que se protege el capital personal, y solo se trabaja con el capital de la empresa.

El hecho que hay un 00 % de elección de la Sociedad en Comandita, revela que no existe ni una cultura, ni conocimiento para este tipo de empresa.

Los encuestados que eligieron la **Sociedad Anónima Abierta** dieron las siguientes razones:

- Sociedad Anónima Abierta por la mayor cantidad de accionistas donde logras minimizar el riesgo.
- Sociedad Anónima abierta por mayor cantidad de socios para aumentar el capital de trabajo.
- Por participar de licitaciones con el Estado
- Porque me va a permitir afianzarme con otros socios en caso que mi empresa este llendo en pérdida.
- Por razones de capital, es decir el ingreso para empezar una empresa sería el mínimo.
- Para invertir de forma conjunta con los demás socios.
- Porque las obligaciones futuras son llevadas únicamente por la empresa. En caso de que se presenten situaciones inesperadas.
- Porque nos da beneficios como empresa. Y al tener socios nos permite crecer como organización.

Los encuestados que eligieron la **Sociedad Anónima Cerrada** dieron las siguientes razones:

- Sociedad Anónima Cerrada porque el número para tomarlo es poco, entonces empezaría por ser una empresa pequeña, con proyección al futuro.
- Porque ante problemas con el fisco no se responde con los haberes personales
- En torno a amistades.

- Pienso crear una empresa familiar
- Figuraría mi persona y de mi familia
- Mantener la privacidad y limitación de la empresa.
- Porque creo que es la mejor elección en este caso.
- Para proteger la identidad y seguridad de la empresa
- Para poner una nueva riesgo en el mercado, elideal sería S.A.C de acuerdo con la actividad que deseo poner y los socios a considerar.
- Porque asi tendría un buen desempeño con las personas que lo formaría
- Porque no se necesita socios

Los encuestados que eligieron la **Sociedad Colectiva** dieron las siguientes razones:

- Actuarìa con mayor capital, teniendo una inversión que genera mas rentabilidad Pienso que una sociedad puede aportar mejor a la sociedad en un trabajo en equipo

Los encuestados que eligieron la **Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada** dieron las siguientes razones:

- Empresa Comercial de Responsabilidad limitada por Beneficios tributarios, responsabilidad limitada
- empresa de responsabilidad limitada porque todos los socios son responsables
- Por la responsabilidad de cada uno de los miembros
- Por el número de socios
- El número de socio es el preciso y porque los recursos están divididos por cada miembro.
- Tengo una empresa de la que soy socio con esa denominación
- Por el capital me gustaría asociarme a otros en una empresa comercial y disminuir el riesgo
- Me gustaría comercializar productos terminados

- Porque al optar por esta sociedad mi patrimonio como persona individual (natural) esta protegido.

Los encuestados que eligieron la **Empresa Individual de Responsabilidad Limitada** dieron las siguientes razones:

-Porque si ocurre una emergencia económica no me pueden quitar todos mis bienes
-Para formar una empresa familiar
-Porque en caso de endeudamiento y la empresa quiebra solo arremetan contra los bienes de la empresa
-Ya que la mayoría de estas son MYPES que hay en Tacna y que es su sol socio y jefe de la empresa
-Porque puede cambiar el giro en cualquier momento, los bienes son divididos
-Para no chocar con mis propiedades
-Porque no me gustaría asociarme con nadie
-Es mas fácil
-Prefiero tomar sola mis decisiones.
-Elijo esa opción porque se iniciaría la empresa con poco patrimonio y para proteger el mio, diferente al de la empresa.
-Porque pieno que es necesario empezar de esta manera y luego constituir una sociedad
-Este tipo de empresa facilita todo el proceso burocrático.
-Por la responsabilidad limitada.
-Por los costos de formar sociedades anónimas y otros.
-Porque me gustaría tener una empresa propia donde yo sea “mi propio jefe” y por supuesto de rltda para que no influya con mi patrimonio
-Por recién empezar es algo propio y pequeño, y que mas adelante ira mejorando también será mejor porque asi separo bienes propios y de la empresa.
-Porque hasta el momento las sociedades no me han funcionado.

-Esta sociedad me ayudarìa a formarme como profesional aprendiendode mis las experiencias
-Por ser una empresa de responsabilidad limitada individual.
-Para que todas las decisiones sea de uno mismo, con posibilidades de emprender.
-Porque yo misma la puedo formar mi empresa sin depender de nadie.

Los encuestados que eligieron Otras razones dieron las siguientes razones:
- Asociación, porque se trabaja para ayudar a la sociedad sin fin de lucro
- Una empresa "Restaurant" en Tacna

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

La pregunta N° 02 de la Encuesta: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?". Esta pregunta tiene por finalidad determinar cuál es el motivo de elegir constituir tal o cual empresa, en el supuesto de constituirla. El cuadro de resultados sería el siguiente:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión	El capital	33	33
	La responsabilidad limitada	37	37
	La afectación de tributos	13	13
	Otros	9	9
		8	8
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 02:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El 37 % tiene como motivo de elección del tipo de empresa la responsabilidad limitada.
- El 33% elige como razón de su elección el capital
- El 13% elige la afectación de los tributos

III.= PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

La pregunta N° 03 de la Encuesta: "¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?". Esta pregunta tiene por finalidad determinar cuál es el mayor obstáculo que en opinión de los encuestados sería su mayor obstáculo para constituir o desarrollar las empresas. El cuadro de resultados sería el siguiente:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	27	27
	Los tributos a pagar	49	49
	Otros	20	20
	No respondieron	4	4
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 03:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El 49 % cree que el mayor obstáculo para desarrollar una empresa son los tributos a pagar.
- Un 27 % cree que el mayor obstáculo es el mercado.

- Un 20% dijeron que el mayor obstáculo son otros.
- Un 4% no respondieron a la pregunta

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

La pregunta N° 04 de la Encuesta: "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?". Esta pregunta tiene por finalidad determinar la opinión que los encuestados tienen sobre la función del Estado de la promoción de la empresa. El cuadro de resultados sería:

Pregunta	Alternativa	Elección	Porcentaje
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	34	34
	NO	62	62
	No respondieron	4	4
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- Un 60 % de encuestados respondieron que el Estado NO tiene una buena política de constitución de empresas.
- Un 34 % de encuestados respondieron que el Estado SI tiene una buena política de constitución de empresas.
- Un 4 % de encuestados no respondieron

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

La pregunta número V "¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa? Tiene por objeto observar el pensamiento del encuestado respecto a la función del Estado y la libertad de empresa. El resultado de la referida encuesta es:

Pregunta	Alternativa	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	61	61
	No	34	34
	No respondieron	5	5
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se desprende:

- Un 61 % de los encuestados cree el Estado SI limita la Libertad de empresa.
- Un 34 % de los encuestados cree que el Estado NO limita la libertad de empresa.
- Un 05 % de encuestados no respondieron.

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

La pregunta Nro. 06: "¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?", tiene por objeto conocer la opinión de los encuestados respecto al aspecto

cuantitativo de la imposición de tributos por parte del Estado. El resultado de dicha pregunta es:

Pregunta VI	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	74	74%
	No	19	19%
	No respondieron	7	7%
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguientes:

- Un 74 % de encuestados cree que el Estado SI impone muy altos tributos a las empresas.
- Un 19 % de encuestados cree que el Estado NO impone muy altos tributos a las empresas.
- Un 07 % de encuestados no respondieron a la pregunta.
-

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

La pregunta N° 07 de la Encuesta: "¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?". Esta pregunta tiene por finalidad determinar la opinión que los encuestados tiene sobre la función del Estado sobre si tiene una Política Fiscal buena o mala. El cuadro de resultados sería:

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	27	27%
	Mala	69	69%
	No respondieron	4	4%
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del gráfico anterior se desprende:

- Un 69 % de encuestados cree que el Estado tiene una MALA Política Fiscal.
- Un 27 % de encuestados cree que el Estado tiene una BUENA Política Fiscal.
- Un 04 % de encuestados no respondieron.

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

La pregunta Nro. VIII Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa, tiene por finalidad observar si el encuestado tiene una noción respecto solucionar el problema, es decir, a determinar de alguna forma qué tipo de cultura tiene.

5.- ENCUESTA DE OPINIÓN REALIZADAS A PROFESIONALES EN MATERIAS AFINES A A LAS EMPRESAS

Se hizo la misma encuesta a los Profesionales, con las siguientes preguntas:

I.- De poner una empresa que tipo sería

II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el criterio o motivo de su decisión?

III.- ¿Cuál cree usted que sería su mayor obstáculo para ser empresario?

IV.- ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

V.- Cree que el Estado Limita la libertad de empresa?

VI.- ¿El Estado impone muy altos tributos a las empresas?

VII.- ¿Cree usted que el Estado tiene una buena (adecuada) o mala (inadecuada) Política Fiscal (sistema de recaudación).

VIII.- Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa

FORMATO: Para operacionalizar el presente indicador se ha utilizado el siguiente formato:

FORMATO

VARIABLE	
Indicador:	Estadísticas
Documento:	Encuestas
Fuente:	Profesionales
Nro. De Muestra	100 encuestados
Tipo de encuestado	Profesionales
Referencia	Para la operacionalización del presente indicador se ha utilizado una encuesta realizada a los diversos profesionales.

I.- PREGUNTA NRO.1: "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?"

El cuadro de resultados de la encuesta a los Profesionales en esta pregunta es:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	17	17
	Sociedad Anonima Cerrada	16	16
	Sociedad en Comandita	0	0
	Sociedad Colectiva	13	13
	Sociedad Civil	0	0
	Sociedad Comercial de Rltda	15	15
	Empresa Individual de Rltda	24	24
	Otra	15	15
	No respondieron	0	0
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 01:

De los resultados se puede concluir, respecto de la elección del tipo de empresa a constituir, lo siguiente:

- 24 % de los encuestados prefieren constituir una Empresa Individual de Responsabilidad Ltda..
- 17 % de los encuestados elige constituir una Sociedad Anónima.
- 16% de los encuestados elige poner una Sociedad Anónima Cerrada.
- 15% de los encuestados eligen poner una Sociedad Comercial de Rltda.
- 13 % de los encuestados elige poner una Sociedad Colectiva.

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

El cuadro de resultados sería el siguiente:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?	El capital	26	26
	La responsabilidad limitada	29	29
	La afectación de tributos	23	23
	Otros	22	22
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 02:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- 29 % de los encuestados refiere que el motivo de haber elegido un tipo de empresa determinado es la Responsabilidad Limitada
- Un 26 % de encuestados elige como motivo de su elección el capital.
- Un 23 % de encuestados eligen como motivo de su elección la afectación de tributos.
- Un 22 % eligen otros motivos.

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

El cuadro de resultados sería el siguiente:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	31	31
	Los tributos a pagar	42	42
	Otros	27	27
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 03:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- Un 42 % de los encuestado refieren que el mayor obstáculo para desarrollar su empresa son los "tributos a pagar".
- Un 31 % de los encuestados refiere que el obstáculo es el Mercado.
- Un 27 % de los encuestados refiere que son otros motivos.

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

El cuadro de resultados sería:

Pregunta	Alternativa	Elección	Porcentaje
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	41	41
	NO	59	59
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- Un 59 % de los encuestados refiere que el Estado NO tiene una buena política de constitución de empresas.
- Un 41 % refiere que el Estado SI tiene una buena política de constitución de empresas.

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

El resultado de la referida encuesta es:

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	53	53
	No	46	46
	No respondieron	1	1
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

El resultado de los cuadros anteriores sería:

- Un 53 % de encuestados cree que el Estado SI limita la libertad de empresa.
- Un 46% de los encuestados refiere que el Estado NO limita la libertad de empresa.

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

El resultado de dicha pregunta es:

Pregunta VI	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	58	58
	No	42	42
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguientes:

- Un 58 % de los encuestados refiere que el Estado SI impone muy altos tributos a las empresas.
- Un 42 % de los encuestados refiere que el Estado NO impone muy altos tributos a las empresas.

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

El cuadro de resultados sería:

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	40	40
	Mala	60	60
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- Un 60 % de los encuestados refiere que cree que el Estado tiene una MALA Política Fiscal.

- Un 40% de los encuestados cree que el Estado tiene una BUENA Política Fiscal.

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

La pregunta Nro. VIII Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa, tiene por finalidad observar si el encuestado tiene una noción respecto solucionar el problema, es decir, a determinar de alguna forma qué tipo de cultura tiene.

6.- ENCUESTA DE OPINIÓN REALIZADAS A TRABAJADORES Y EMPLEADORES EN ZOFRATACNA

Se hizo la misma encuesta a los trabajadores y empresarios de ZofraTAcna, con las siguientes preguntas:

I.- De poner una empresa que tipo sería
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el criterio o motivo de su decisión?
III.- ¿Cuál cree usted que sería su mayor obstáculo para ser empresario?
IV.- ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?
V.- Cree que el Estado Limita la libertad de empresa?
VI.- ¿El Estado impone muy altos tributos a las empresas?
VII.- ¿Cree usted que el Estado tiene una buena (adecuada) o mala (inadecuada) Política Fiscal (sistema de recaudación).
VIII.- Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa

FORMATO: Para operacionalizar el presente indicador se ha utilizado el siguiente formato:

FORMATO	
VARIABLE	
Indicador:	Estadísticas
Documento:	Encuestas
Fuente:	Trabajadores y empresarios de ZofraTAcna
Nro. De Muestra	100 encuestados
Tipo de encuestado	Trabajadores y empresarios de ZofraTAcna
Referencia	Para la operacionalización del presente indicador se ha utilizado una encuesta realizada a los Trabajadores y empresarios de ZofraTAcna.

I.- PREGUNTA NRO.1: "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?"

El cuadro de resultados de la encuesta es:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	11	11
	Sociedad Anonima Cerrada	19	19
	Sociedad en Comandita	0	0
	Sociedad Colectiva	8	8
	Sociedad Civil	0	0
	Sociedad Comercial de Rltda	14	14
	Empresa Individual de Rltda	21	21
	Otra	22	22
	No respondieron	5	5
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 01:
De los resultados se puede concluir, respecto de la elección del tipo de empresa a constituir, lo siguiente:

- Un 22 % de los encuestados ha elegido poner una otro tipo de empresa de las enumeradas.
- Un 21 % de los encuestados elige poner una Empresa Individual de Rltda.
- Un 19 % de los encuestados elige poner una Sociedad Anónima Cerrrada.
- Un 14 % de los encuestados elige poner una Sociedad Comercial de Rltda.
- Un 11 % de los encuestados elige poner una Sociedad Anónima Abierta.
- Un 8 % de los encuestados elige poner una Sociedad Colectiva.
- La Sociedad en Comandita y la Sociedad Civil no fueron elegidas.

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

El cuadro de resultados sería el siguiente:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?	El capital	28	28
	La responsabilidad limitada	33	33
	La afectación de tributos	22	22
	Otros	17	17
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 02:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- Un 33 % de encuestados refirió que le motivo de su elección de tipo de empresa a constituir fue "La responsabilidad limitada".
- Un 28 % de encuestados refirió que el motivo era el capital
- Un 22 % de encuestados refirió que el motivo era la afectación de tributos.
- Un 07 % de encuestados refirió que eran otros los motivos de su elección.

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

El cuadro de resultados sería el siguiente:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	20	20
	Los tributos a pagar	60	60
	Otros	20	20
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 03:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El 60 % de encuestados piensan que el mayor obstáculo para desarrollar una empresa son los tributos a pagar.
- El 20 % de encuestados piensa que el obstáculo es el mercado.
- Un 20 % de encuestados refirió que son otros motivos.

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

El cuadro de resultados sería:

Pregunta	Alternativa	Elección	Porcentaje
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	31	31
	NO	67	67
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El 67 % de encuestados piensan que el Estado NO tiene una buena política fiscal.
- El 31 % de encuestados piensa que el Estado SI tiene una buena política fiscal.

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

El resultado de la referida encuesta es:

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	56	56
	No	44	44
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

El resultado de las encuestas es:

- El 56 % de encuestados piensa que el Estado SI limita la libertad de empresa.
- El 44 % de encuestados piensa que el Estado NO limita la libertad de empresa.

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

El resultado de dicha pregunta es:

Pregunta VI	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	76	76
	No	24	24
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguientes:

- El 76 % de encuestados piensa que el Estado SI impone muy altos tributos a las empresas.
- El 24 % de encuestados piensa que el Estado No impone muy altos tributos a las empresas.

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

El cuadro de resultados sería:

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	23	23
	Mala	77	77
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El 77 % de los encuestados cree que el Estado tiene una MALA Política Fiscal.
- El 23 % de los encuestado cree que el Estado tiene una BUENA Política Fiscal

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

La pregunta Nro. VIII Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa, tiene por finalidad observar si el encuestado tiene una noción respecto solucionar el problema, es decir, a determinar de alguna forma qué tipo de cultura tiene.

7.- ENCUESTAS DE OPINIÓN REALIZADA A EMPRESARIOS DE LOS MERCADILLOS

Se hizo la misma encuesta a los comerciantes y empresarios de los mercadillos, con las siguientes preguntas:

I.- De poner una empresa que tipo sería

II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el criterio o motivo de su decisión?

III.- ¿Cuál cree usted que sería su mayor obstáculo para ser empresario?

IV.- ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

V.- Cree que el Estado Limita la libertad de empresa?

VI.- ¿El Estado impone muy altos tributos a las empresas?

VII.- ¿Cree usted que el Estado tiene una buena (adecuada) o mala (inadecuada) Política Fiscal (sistema de recaudación).

VIII.- Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa

FORMATO: Para operacionalizar el presente indicador se ha utilizado el siguiente formato:

FORMATO	
VARIABLE	
Indicador:	Estadísticas
Documento:	Encuestas
Fuente:	Mercadillos
Nro. De Muestra	100 encuestados
Tipo de encuestado	Comerciantes y empresarios de Mercadillos
Referencia	Para la operacionalización del presente indicador se ha utilizado una encuesta realizada a los empresarios y comerciantes de los mercadillos.

I.- PREGUNTA NRO.1: "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?"

El cuadro de resultados de la encuesta es:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	8	8
	Sociedad Anonima Cerrada	12	12
	Sociedad en Comandita	0	0
	Sociedad Colectiva	12	12
	Sociedad Civil	8	8
	Sociedad Comercial de Rltda	12	12

	Empresa Individual de Rltda	33	33
	Otra	11	11
	No respondieron	4	4
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 01:

De los resultados se puede concluir, respecto de la elección del tipo de empresa a constituir, lo siguiente:

- Un 33 % de los encuestados elige poner una Empresa Individual de Rltda.
- Un 12 % de los encuestados elige poner una Sociedad Anónima Cerrrada.
- Un 12 % de los encuestados elige poner una Sociedad Comercial de Rltda.
- Un 12 % de los encuestados elige poner una Sociedad Colectiva
- Un 8 % de los encuestados elige poner una Sociedad Anónima Abierta.
- Un 08 % de los encuestados elige poner una Sociedad Civil
- La Sociedad en Comandita no fueron elegidas.

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

El cuadro de resultados sería el siguiente:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?	El capital	29	29
	La responsabilidad limitada	21	21
	La afectación de tributos	31	31
	Otros	17	17
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 02:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- Un 31 % de encuestados refirió que el motivo era la afectación de tributos.
- Un 29 % de encuestados refirió que el motivo era el capital
- Un 21 % de encuestados refirió que le motivo de su elección de tipo de empresa a constituir fue "La responsabilidad limitada".
- Un 17 % de encuestados refirió que eran otros los motivos de su elección.

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

El cuadro de resultados sería el siguiente:

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	28	28
	Los tributos a pagar	48	48
	Otros	22	22
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA PREGUNTA N° 03:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El 48 % de encuestados piensan que el mayor obstáculo para desarrollar una empresa son los tributos a pagar.
- El 28 % de encuestados piensa que el obstáculo es el mercado.
- Un 22 % de encuestados refirió que son otros motivos.

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

El cuadro de resultados sería:

Pregunta	Alternativa	Elección	Porcentaje
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	41	41
	NO	56	56
	No respondieron	3	3
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El 56 % de encuestados piensan que el Estado NO tiene una buena política fiscal.
- El 41 % de encuestados piensa que el Estado SI tiene una buena política fiscal.

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

El resultado de la referida encuesta es:

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	65	65
	No	33	33
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

El resultado de las encuestas es:

- El 65 % de encuestados piensa que el Estado SI limita la libertad de empresa.
- El 33 % de encuestados piensa que el Estado NO limita la libertad de empresa.

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

El resultado de dicha pregunta es:

Pregunta VI	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	68	68
	No	31	31
	No respondieron	1	1
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguientes:

- El 68 % de encuestados piensa que el Estado SI impone muy altos tributos a las empresas.
- El 31 % de encuestados piensa que el Estado No impone muy altos tributos a las empresas.

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

El cuadro de resultados sería:

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	45	45
	Mala	53	53
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

ANALISIS DE LOS RESULTADOS:

Del cuadro anterior se puede concluir lo siguiente:

- El 53 % de los encuestados cree que el Estado tiene una MALA Política Fiscal.
- El 45 % de los encuestado cree que el Estado tiene una BUENA Política Fiscal

CONCLUSIONES DE LAS ENCUESTAS DE OPINIÓN

4.- ENCUESTAS A UNIVERSITARIOS EN ESPECIALIDADES EMPRESARIALES

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	18	18
	Sociedad Anonima Cerrada	21	21
	Sociedad en Comandita	0	0
	Sociedad Colectiva	7	7
	Sociedad Civil	0	0
	Sociedad Comercial de Rltda	13	13
	Empresja Individual de Rltda	29	29
	Otra	7	7
	No respondieron	5	5
	TOTAL:	100	100%

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión	El capital	33	33
	La responsabilidad limitada	37	37
	La afectación de tributos	13	13
	Otros	9	9
		8	8
	TOTAL:	100	100%

III.= PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	27	27
	Los tributos a pagar	49	49
	Otros	20	20
	No respondieron	4	4
	TOTAL:	100	100%

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

Pregunta	Alternativa	Elección	Porcentaje
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	34	34
	NO	62	62
	No respondieron	4	4
	TOTAL:	100	100%

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

Pregunta	Alternativa	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	61	61
	No	34	34
	No respondieron	5	5
	TOTAL:	100	100%

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

Pregunta VI	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	74	74%
	No	19	19%
	No respondieron	7	7%
	TOTAL:	100	100%

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	27	27%
	Mala	69	69%
	No respondieron	4	4%
	TOTAL:	100	100%

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

5.- ENCUESTA DE OPINIÓN A PROFESIONALES AFINES A CARRERAS DE EMPRESAS

I.- PREGUNTA NRO.1: "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?"

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	17	17
	Sociedad Anonima Cerrada	16	16
	Sociedad en Comandita	0	0
	Sociedad Colectiva	13	13
	Sociedad Civil	0	0

	Sociedad Comercial de Rltda	15	15
	Empresa Individual de Rltda	24	24
	Otra	15	15
	No respondieron	0	0
	TOTAL:	100	100%

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?	El capital	26	26
	La responsabilidad limitada	29	29
	La afectación de tributos	23	23
	Otros	22	22
	TOTAL:	100	100%

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	31	31
	Los tributos a pagar	42	42
	Otros	27	27
	TOTAL:	100	100%

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

Pregunta	Alternativa	Elección	Porcentaje
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	41	41
	NO	59	59
	TOTAL:	100	100%

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	53	53
	No	46	46
	No respondieron	1	1
	TOTAL:	100	100%

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

Pregunta VI	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	58	58
	No	42	42
	TOTAL:	100	100%

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	40	40
	Mala	60	60
	TOTAL:	100	100%

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

No contestaron.

6.- ENCUESTA DE OPINIÓN A TRABAJADORES Y EMPLEADORES EN ZOFRATACNA

I.- PREGUNTA NRO.1: "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?"

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	11	11
	Sociedad Anonima Cerrada	19	19
	Sociedad en Comandita	0	0
	Sociedad Colectiva	8	8
	Sociedad Civil	0	0
	Sociedad Comercial de Rltda	14	14
	Empresa Individual de Rltda	21	21
	Otra	22	22
	No respondieron	5	5
	TOTAL:	100	100%

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?	El capital	28	28
	La responsabilidad limitada	33	33
	La afectación de tributos	22	22
	Otros	17	17
	TOTAL:	100	100%

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	20	20
	Los tributos a pagar	60	60
	Otros	20	20
	TOTAL:	100	100%

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

Pregunta	Alternativa	Elección	Porcentaje
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	31	31
	NO	67	67
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	56	56
	No	44	44
	TOTAL:	100	100%

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

Pregunta VI	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	76	76
	No	24	24
	TOTAL:	100	100%

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	23	23
	Mala	77	77
	TOTAL:	100	100%

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

7.- ENCUESTA DE OPINIÓN A EMPRESARIOS DE LOS MERCADILLOS

I.- PREGUNTA NRO.1: "¿De poner una empresa, ¿qué tipo sería?"

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	8	8
	Sociedad Anonima Cerrada	12	12
	Sociedad en Comandita	0	0
	Sociedad Colectiva	12	12
	Sociedad Civil	8	8
	Sociedad Comercial de Rltda	12	12
	Empresa Individual de Rltda	33	33
	Otra	11	11
	No respondieron	4	4
	TOTAL:	100	100%

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?	El capital	29	29
	La responsabilidad limitada	21	21
	La afectación de tributos	31	31
	Otros	17	17
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

Pregunta	Tipo de Empresa	N° Elegidas	PORCENTAJE
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	28	28
	Los tributos a pagar	48	48
	Otros	22	22
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

Pregunta	Alternativa	Elección	Porcentaje
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	41	41
	NO	56	56
	No respondieron	3	3
	TOTAL:	100	100%

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	65	65
	No	33	33
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

Pregunta VI	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	68	68
	No	31	31
	No respondieron	1	1
	TOTAL:	100	100%

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

Pregunta	Obstáculo	N° Elegidas	Porcentaje
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	45	45
	Mala	53	53
	No respondieron	2	2
	TOTAL:	100	100%

SÍNTESIS DE LAS ENCUESTAS DE OPINIÓN

A.- ENCUESTA A TODA LA MUESTRA: UNIVERSITARIOS, PROFESIONALES, ZOFRATACNA, Y MERCADILLOS

Pregunta	Tipo de Empresa	Universitarios	Profesionales	Zofra-Tacna	Mercadillos
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	18	17	11	8
	Sociedad Anónima Cerrada	21	16	19	12
	Sociedad en Comandita	0	0	0	0
	Sociedad Colectiva	7	13	8	12
	Sociedad Civil	0	0	0	8
	Sociedad Comercial de Rltda	13	15	14	12
	Empresa Individual de Rltda	29	24	21	33
	Otra	7	15	22	11
	No respondieron	5	0	5	4
	TOTAL:				

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

Pregunta	Tipo de Empresa	Universitarios	Profesionales	Zofra-Tacna	Mercadillos
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión	El capital	33	26	28	29
	La responsabilidad limitada	37	29	33	21
	La afectación de tributos	13	23	22	31
	Otros	9	22	17	17
		8	-	-	2
	TOTAL:				

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

Pregunta	Tipo de Empresa	Universitarios	Profesionales	Zofra-Tacna	Mercadillos
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	27	31	20	28
	Los tributos a pagar	49	42	60	48
	Otros	20	27	20	22
	No respondieron	4	-	-	2
	TOTAL:				

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

Pregunta	Alternativa	Universitarios	Profesionales	Zofra-Tacna	Mercadillos
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	34	41	31	41
	NO	62	59	57	56
	No respondieron	4	-	2	3
	TOTAL:				

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

Pregunta	Alternativa	Universitarios	Profesionales	Zofra-Tacna	Mercadillos
V.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	61	53	56	65
	No	34	46	44	33
	No respondieron	5	1	-	2
	TOTAL:				

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

Pregunta VI	Obstáculo	Universitarios	Profesionales	Zofra-Tacna	Mercadillos
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	74	58	76	68
	No	19	42	24	31
	No respondieron	7	-	-	1
	TOTAL:				

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

Pregunta	Obstáculo	Universitarios	Profesionales	Zofra-Tacna	Mercadillos
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	27	40	23	45
	Mala	69	60	77	53
	No respondieron	4	-	-	2
	TOTAL:				

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

Dieron respuestas alternativas o no respondieron.

CONCLUSIONES GENERALES DE LA OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

I.- CONCLUSIONES GENERALES DE LA VARIABLE: POLÍTICA FISCAL.- Los indicadores de la Variables Política Fiscal son:

1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)

2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas

3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas

4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades

5.- Encuesta a profesionales

6.- Encuesta en Zofra Tacna

7.- Encuesta a Mercadillos

1.- INDICADOR N° 01.- NÚMERO DE NORMAS TRIBUTARIAS (POR TIPOS) RESPECTO A LAS EMPRESAS.

TIPO DE NORMA	N° DE NORMAS	PORCENTAJE
LEYES	159	35%
DECRETOS LEYES	298	65%
DECRETOS LEGISLATIVOS	0	0%
DECRETOS DE URGENCIA	0	0%
OTROS	0	0%
TOTAL	457	100%

2.- INDICADOR N° 02.- NORMAS TRIBUTARIAS QUE AFECTAN CON TRIBUTOS A LAS EMPRESAS

TIPO DE NORMA	Afectan Tributariamente a Empresas	PORCENTAJE
Leyes	138	30%
Decretos Leyes	230	50%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	93	20%
TOTAL	461	100%

3.- INDICADOR N° 03.- NORMAS TRIBUTARIAS QUE EXONERAN DE TRIBUTOS A LAS EMPRESAS

TIPO DE NORMA	Exoneran	PORCENTAJE
Leyes	23	5%
Decretos Leyes	60	13%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	10	2%
Afectan tributariamente	368	80%
TOTAL	461	100%

4.- INDICADOR N° 04, 05, 06 Y 07.- ENCUESTAS DE OPINIÓN A UNIVERSITARIOS, PROFESIONALES, ZOFRATACNA, Y MERCADILLOS

		Indicador N° 4:	**ndicador N° 5:**	**ndicador N° 6:**	**ndicador N° 7:**
Pregunta	**Tipo de Empresa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	18	17	11	8
	Sociedad Anónima Cerrada	21	16	19	12
	Sociedad en Comandita	0	0	0	0
	Sociedad Colectiva	7	13	8	12
	Sociedad Civil	0	0	0	8
	Sociedad Comercial de Rltda	13	15	14	12
	Empresa Individual de Rltda	29	24	21	33
	Otra	7	15	22	11
	No respondieron	5	0	5	4
	TOTAL:				

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

		Indicador N° 4:	Indicador N° 5:	Indicador N° 6:	Indicador N° 7:
Pregunta	**Tipo de Empresa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillo**
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión	El capital	33	26	28	2
	La responsabilidad limitada	37	29	33	2
	La afectación de tributos	13	23	22	3
	Otros	9	22	17	1
		8	-	-	
	TOTAL:				

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

		Indicador N° 4:	Indicador N° 5:	Indicador N° 6:	Indicador N° 7:
Pregunta	**Tipo de Empresa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
III.- ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	El Mercado	27	31	20	28
	Los tributos a pagar	49	42	60	48
	Otros	20	27	20	22
	No respondieron	4	-	-	2
	TOTAL:				

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

		Indicador N° 4:	**Indicador N° 5:**	**Indicador N° 6:**	**Indicador N° 7:**
Pregunta	**Alternativa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	34	41	31	41
	NO	62	59	57	56
	No respondieron	4	-	2	3
	TOTAL:				

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

		Indicador N° 4:	**Indicador N° 5:**	**Indicador N° 6:**	**Indicador N° 7:**
Pregunta	**Alternativa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
V.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	61	53	56	65
	No	34	46	44	33
	No respondieron	5	1	-	2
	TOTAL:				

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

		Indicador N° 4:	**Indicador N° 5:**	**Indicador N° 6:**	**Indicador N° 7:**
Pregunta VI	**Obstáculo**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	74	58	76	68
	No	19	42	24	31
	No respondieron	7	-	-	1
	TOTAL:				

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

		Indicador N° 4:	**Indicador N° 5:**	**Indicador N° 6:**	**Indicador N° 7:**
Pregunta	**Obstáculo**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	27	40	23	45
	Mala	69	60	77	53
	No respondieron	4	-	-	2
	TOTAL:				

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

Dieron respuestas alternativas o no respondieron.

II.- CONCLUSIONES DE LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA"

Los indicadores de la Variable Libertad de Empresa son:

1.- Normas legales sobre empresas (por tipo)
2.- Normas legales que afectan tributariamente a empresas
3.- Normas legales que exoneran tributariamente a empresas
4.- Encuesta a estudiantes en especialidades empresariales en las Universidades
5.- Encuesta a profesionales
6.- Encuesta en Zofra Tacna
7.- Encuesta a Mercadillos

1.- INDICADOR N° 01.- 1.- NÚMERO DE NORMAS EMPRESARIALES (por tipo)

El cómputo y clasificación del número de cada tipo de norma legal, de fechas desde el año 1912 hasta el año 2006 es el siguiente:

Tipo de Norma:	**N° de Normas**	**Porcentaje**
Leyes	159	35%
Decretos Leyes	298	65%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	0	0%
Total	457	100%

2.- INDICADOR N° 02.- NORMAS LEGALES QUE AFECTAN CON TRIBUTOS A LAS EMPRESAS

Utilizando las normas que hemos extraído del Archivo Digital de la Pág. Web del Congreso, vamos a realizar el análisis respectivo. Habiendo hecho el cómputo de las normas legales, por tipo, se ha obtenido el siguiente resultado:

TIPO DE NORMA	Afectan Tributariamente a Empresas	PORCENTAJE
Leyes	138	30%
Decretos Leyes	230	50%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	93	20%
TOTAL	461	100%

3.- INDICADOR N° 03.- NORMAS LEGALES QUE EXONERAN DE TRIBUTOS A LAS EMPRESAS

El presente indicador mostrará cuantas normas tributarias han sido dadas que exoneren a las empresas de pagar tributos. Hecho el cómputo se ha obtenido el siguiente resultado:

TIPO DE NORMA	Exoneran	PORCENTAJE
Leyes	23	5%
Decretos Leyes	60	13%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	10	2%
Afectan tributariamente	368	80%
TOTAL	461	100%

4.- INDICADOR N° 04, 05, 06 Y 07.- ENCUESTAS DE OPINIÓN A UNIVERSITARIOS, PROFESIONALES, ZOFRATACNA, Y MERCADILLOS

		Indicador N° 4:	**ndicador N° 5:**	**ndicador N° 6:**	**ndicador N° 7:**
Pregunta	**Tipo de Empresa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
I. De poner una empresa, ¿qué tipo sería?	Sociedad Anónima Abierta	18	17	11	8
	Sociedad Anónima Cerrada	21	16	19	12
	Sociedad en Comandita	0	0	0	0
	Sociedad Colectiva	7	13	8	12
	Sociedad Civil	0	0	0	8
	Sociedad Comercial de Rltda	13	15	14	12
	Empresa Individual de Rltda	29	24	21	33
	Otra	7	15	22	11
	No respondieron	5	0	5	4
	TOTAL:				

II.- PREGUNTA N° 02: "De haber elegidos alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión?"

		Indicador N° 4:	Indicador N° 5:	Indicador N° 6:	Indicador N° 7:
Pregunta	**Tipo de Empresa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
II.- De haber elegido alguna de las anteriores empresas, ¿cuál sería el motivo (criterio) de su decisión	El capital	33	26	28	29
	La responsabilidad limitada	37	29	33	21
	La afectación de tributos	13	23	22	31
	Otros	9	22	17	17
		8	-	-	2
	TOTAL:				

III.- PREGUNTA N° 03: ¿Cuál cree que sería el mayor obstáculo para ser empresario?

		Indicador N° 4:	Indicador N° 5:	Indicador N° 6:	Indicador N° 7:
Pregunta	**Tipo de Empresa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
III.- ¿Cuál cree que	El Mercado	27	31	20	28

sería el mayor obstáculo para desarrollarse?	Los tributos a pagar	49	42	60	48
	Otros	20	27	20	22
	No respondieron	4	-	-	2
	TOTAL:				

IV.- PREGUNTA N° 04: ¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?

		Indicador N° 4:	**Indicador N° 5:**	**Indicador N° 6:**	**Indicador N° 7:**
Pregunta	**Alternativa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
IV.- "¿El Estado tiene una buena política de constitución de empresas?	SI	34	41	31	41
	NO	62	59	57	56
	No respondieron	4	-	2	3
	TOTAL:				

V.- PREGUNTA NÚMERO 05: ¿Cree que el Estado Limita la Libertad de empresa?

		Indicador N° 4:	**Indicador N° 5:**	**Indicador N° 6:**	**Indicador N° 7:**
Pregunta	**Alternativa**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
V.- ¿Cree que el Estado limita la libertad de empresa?	Si	61	53	56	65
	No	34	46	44	33
	No respondieron	5	1	-	2
	TOTAL:				

VI.- PREGUNTA NÚMERO 06: ¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?

		Indicador N° 4:	**Indicador N° 5:**	**Indicador N° 6:**	**Indicador N° 7:**
Pregunta VI	**Obstáculo**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
¿El Estado impone muy alto tributos a las empresas?	Si	74	58	76	68
	No	19	42	24	31
	No respondieron	7	-	-	1
	TOTAL:				

VII.- PREGUNTA N° 07: ¿Cree usted que el Estado tiene una buena o mala Política Fiscal?

		Indicador N° 4:	**Indicador N° 5:**	**Indicador N° 6:**	**Indicador N° 7:**
Pregunta	**Obstáculo**	**Universitarios**	**Profesionales**	**Zofra-Tacna**	**Mercadillos**
IV.- ¿Cree usted que el Estado tienen una buena o mala Política Fiscal?	Buena	27	40	23	45
	Mala	69	60	77	53
	No respondieron	4	-	-	2
	TOTAL:				

VIII.- PREGUNTA N° 08: Proponga alguna idea o solución para desarrollar la empresa.

Dieron respuestas alternativas o no respondieron.

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

Matriz

CONCLUSIONES OBJETIVAS Y FORMULADAS COMO PROPOSICIONES

CONCLUSIONES DE LA VARIABLE POLITICA FISCAL

1.- Indicador numero de normas tributarias (por tipos) respecto a las empresas:

Respecto a este indicador, se establece que del 100% de normas tributarias que tienen que ver con la empresa, el mayor porcentaje se ha dado a través de Decretos Leyes, es decir de normas dictadas por un gobierno dictador.

En segundo lugar se encuentran las leyes, es decir, dadas por el Congreso.

Siendo el porcentaje de normas sobre empresas se han dado en un porcentaje muy superior por Gobiernos Dictatoriales (Decretos Leyes), se muestra la evidente vulneración a la libertad de empresa.

2.- Indicador 2.- Normas tributarias que afectan con tributos a las empresas

De un promedio de 461 normas tributarias que afectan a las empresas tributariamente, unas 230 han sido dadas mediante Decretos Leyes (Gobiernos De Facto), y 138 por Gobiernos De Facto, lo que demuestra la intervención mayoritaria de los Gobiernos De Facto en la libertad de empresa.

3.- Indicador 3. Normas tributarias que exoneran de tributo a las empresas

De un promedio de 461 normas afectan tributariamente a las empresas, unas 368 normas afectan tributariamente a las empresas, es decir, a su libertad de empresa, constiyendo en porcentaje el 80 %.

Por lo que existe una baja aplicación de la política expansiva (exoneración de tributos), y una alta aplicación de la política restrictiva (aplicación de tributos).

4.- Indicador Nº 04.- Porcentaje estadístico de Estudiantes en especialidades empresariales en las universidades

De las encuestas realizadas a los estudiantes en las especialidades empresariales, se tiene que el mayor porcentaje de ellos opina que el Estado aplica una inadecuada política fiscal.

Esto se demuestra de acuerdo con las encuestas. Puesto que en la primera pregunta identifican qué tipo de empresas constituirían de ser el caso, y en la segunda pregunta explican que sus razones del tipo de elección de empresa a constituir ha sido la afectación de tributos, en un porcentaje mayoritaria. Asimismo en la tercera pregunta los encuestados opinan que el mayor problema para desarrollar sus empresas serían los tributos a pagar, en un porcentaje del 90%. Siendo además que en la pregunta Nº 4, los encuestados opinan en un 90%, que el Estado no incentiva ni promueve la creación y constitución de empresas. Asimismo, en la pregunta Nº 5 de la encuesta, opinan en un 90% que el Estado impone inadecuadamente tributos a las empresas. Y por último en la pregunta Nº 06, los encuestados opinan en un 90% que el Estado tiene una mala política fiscal.

CONCLUSIONES DE LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA"

1.- Indicador Nº 01.- Regulación en materia de libertad de empresa

De la operacionalización del presente indicador, se concluye que existe una regulación insuficiente sobre libertad de empresa.

2.- Indicador Nº 02.- Encuesta a empresarios de ZofraTacna sobre la Libertad de Empresa

En la encuesta realizada a empresarios de ZofraTacna sobre la Libertad de Empresa, el mayor porcentaje, opina que existe vulneración a la libertad de empresa.

- En la pregunta Nº 01 los encuestados opinan en un 90% que el Estado reduce la Libertad de empresa.
- En la pregunta Nº 02, los encuestados responden que no es justo las retenciones y percepciones (tributos) que hace a los vehículos el Estado.
- En la pregunta Nº 03, los encuestados en un 98% creen que los impuestos son muy elevados.
- En la pregunta Nº 04, el 70% de los encuestados creen que no se puede hacer empresa en el Perú.
- En la pregunta Nº 05, un 85% de los encuestados no cree que su empresa se mantendrá en el Perú.

3.- Indicador Nº 03.- Encuesta a empresarios del PARQUE INDUSTRIAL sobre la Libertad de empresa

En el indicador Nº 03, la encuesta a empresarios del Parque Industrial sobre la Libertad de empresa, por el porcentaje mayoritario respecto a la libertad de empresa, se concluye que existe vulneración a la libertad de empresa.

- En la pregunta Nº 01, de la encuesta el 99% de encuestados cree que el Estado si limita la liberta de empresa

- En la pregunta Nº 02, un 80 % cree que no es justo las retenciones y percepciones que se hace a los vehículos.
- En la pregunta Nº 03, un 99 % de encuestados cree que los impuestos son muy elevados.
- En la pregunta Nº 04, un 90% de los encuestados cree que no se puede hacer empresa en el Perú.
- En la pregunta Nº 05, un 70 % de los encuestados cree que no se mantendrá su empresa en el Perú.

4.- Indicador Nº 04.- Encuesta a Empresarios de MERCADILLOS sobre la Libertad de empresa

En el indicador Nº 04, encuesta a empresarios de mercadillos sobre la libertad de empresa, se concluye que un porcentaje mayoritariio opina que existe vulneración a la libertad de empresa

En la encuesta referida se tiene:

- En la pregunta Nº 01 de la encuesta, un 99% cree que el Estado limita la libertad de empresa
- En la pregunta Nº 02, un 55% de los encuestados cree que es justo que se hagan las retenciones y percepciones a los vehículos
- En la pregunta Nº 03, de la encuesta un 99 % cree que los impuestos son muy elevados.
- En la pregunta Nº 04, un 65% no cree que se puede hacer empresa en el Perú
- En la pregunta Nº 05, un 50% cree que se mantendrá sus empresas en el Perú.

5.- Indicador Nº 05.- Encuesta a universitarios sobre la libertad de empresa

En el presente indicador se concluye que un porcentaje mayoritario opina que existe vulneración a la libertad de empresa.

- En la pregunta Nº 01, el 70% de encuestados cree que el Estado limita la libertad de empresa.
- En la pregunta Nº 02, el 50 % de encuestados cree que las retenciones y percepciones a los vehículos son justas.
- En la pregunta Nº 03, el 70% de los encuestados cree los impuestos son muy elevados.
- En la pregunta Nº 04, el 60% de los encuestados cree que se puede hacer empresa en el Perú.
- En la pregunta Nº 05, el 60% de los encuestados piensa que se empresa se mantendrá en el Perú.

TÍTULO V: - SUGERENCIAS -

Se pueden llegar a las siguientes sugerencias:

1. Inclusión de la EMPRESA como institución autónoma en la Constitución
2. Generar o crear un MINISTERIO DE LA EMPRESA
3. Generar las GERENCIAS DE LA EMPRESA en los Gobiernos Regionales y Municipales
4. Simplificación empresarial (reunión de empresarios para esto)
5. Incubadoras de Empresas
6. Concursos para promover las empresas
7. Promoción de las Cadenas de Producción
8. Simplificación de transacciones empresariales (compra y venta – pago- por internet
9. Transferencias por Internet

10. Simplificación de Actividades comerciales
11. Exporta Fácil (se está realizando)
12. Análisis y Movimiento de las Retenciones y percepciones
13. Asignación presupuestaria preferencial para empresas (Recursos Ordinarios, Extraordinarios, Canon Minero)
14. Asignación de terrenos cómodos para empresas
15. Seguros contra el Estado y sus errores, obstáculos para hacer empresa
16. Trámite vía Internet (sin hacer colas)
17. Introducción de la política empresarial en la educación (primaria, secundaria, superior) obligatoria
18. Constitución de empresas por Internet
19. Creación del Fondo para la promoción de Empresas

TÍTULO VI: ANEXOS:

Se han incluido algunos anexos como:

1. Proyecto de Reforma Constitucional para incluir a la Empresa como un Derecho Fundamental y con un capítulo propio.
2. Proyecto de Ley de creación del Ministerio de la Empresa.
3. Proyecto de Ley de creación de las Gerencias Regionales y Municipales Empresariales.
4. Proyecto de creación de fondos autogestionarios para la promoción de empresa.
5. Proyecto de Promoción de Empresas, que consiste en un evento nacional para generar empresas y darles una partidad de asignación.
6. Proyecto para generar un plan y cronograma anual de Congresos virtuales para generar empresas y gestión de negocios internacionales.
7. Proyecto para realizar transacciones comerciales via internet, mediante convenios internacionales.
8. Proyecto para unificar y simplificar los gastos de comercialización empresarial internacional.

9. Proyecto para generar un fondo económico (que genere intereses) de los recursos por percepciones y retensiones.
10. Programa de Mesa de trabajo para simplificación empresarial, con todos los empresarios, asi mismo el resultado tendrá efecto en presentar un proyecto legislativo para asignación de recursos a las empresas que participen en dicho proyecto.
11. Proyecto de incubadoras de Empresas.
12. Proyecto de promoción de cadenas de producción.
13. Proyecto concurso empresarial.
14. Proyecto de simplificación de transacciones empresariales (compra y venta – pago- por internet).
15. Proyecto de transacciones por Internet.
16. Proyecto de asignación de terrenos preferial para empresas.
17. Proyecto de asignación preferencial, en porcentaje, de terrenos para empresas (canon).
18. Proyecto de promoción y conocimiento de procedimiento contra los errores del Estado con las empresas.
19. Proyecto de diseño curricular en educación primaria y secundaria sobre interiorización de mentalidad empresarial.
20. Proyecto de Creación de fondo para la promoción de empresas.
21. Proyecto de préstamos para iniciar actividad empresarial (idea recogida).
22. Dirección del Archivo Digital del Congreso.
23. Documento de Leyes.
24. Directorio de Empresas a nivel nacional.
25. Directorio de Empresas a nivel de Tacna, Cámara de Comercio de Tacna.
26. Creación de la Cámara de la Empresa.
27. Creación de sistemas de distribución nacional e internacional.
28. Creación de Sistemas de Distribución.
29. Filmación de las encuestas realizadas.
30. Filmación de las empresas existentes en Tacna.
31. Directorio de Empresas en Tacna.

32. Compilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Libertad de Empresa y Política Fiscal.
33. Compilación de normas sobre inversión pública.
34. Plano de Edificio Empresarial.
35. Mapa de Edificio Empresal.
36. Mapa de ubación de los edificios empresariales en todo el Perú.
37. Planos del Ministerio de la Empresa en tres dimensiones.
38. Juegos sobre constitución y operación de empresas.
39. Costos de proyectos.
40. Power Point con el Resumen de la Tesis.
41. Esquemas de tipos de empresas.
42. Esquemas de la Tesis.
43. Bibliografía.
44. Compendio de Normas Legales que tienen que ver con la empresa.
45. Cd de normas legales.
46. Sistema de control del la telefonía móvil.
47. Cuadro de promedios de sueldos y su influencia en la determinación de empresas.
48. Costos de Empresas:
    1) Costos de Implementación:
        i. a.- Licencias;
        ii. b.- Local (propio o alquilado);
        iii. c.- muebles;
    2) Costos de funcionamiento y operatividad de la empresa:
        i. a.- Alquiler de local;
        ii. b.- aprovisionamiento de productos;
    3) Costos Tributarios:
        i. a.- Pagos a Sunat;
        ii. b.- Pagos por recibos;
        iii. c.- Pagos por libros;
        iv. d.- pagos a personal;

v. e.- pagos a ministerio de trabajo;
vi. f.- pagos a la Municipalidad;
vii. g.- Pagos por rentas;

49. Insertar el curso de Derecho empresarial en todos los semestres de la educación primaria y secundaria.
50. insertar el derecho en todos los colegios primarios y secundarios
51. Cuadro de costos de estudios, primarios, secundarios y universitarios para ver cuando se invierte en educación y por cuanto tiempo.
52. Diseño del Sistema de sueldos por resultados y méritos académicos, profesionales y operativos.
53. Propuesta del Concepto de Derecho para la Academia de la Leguna Española, que integre los términos "sistema normativo", "conductas", "fines", "justicia", "paz", "pedagógica", "económica", "social", "política", y "formativa".
54. Propuesta de priorización del curso de derecho empresarial en todas las carreras profesionales, y en todos los semestres para promover la empresa; por razones de convertir al individuo en autosuficiente.
55. Propuesta de un curso de Derecho de la Inversión.
56. Diseño y propuesta de la Teoría de la propensión margial a la inversión.
57. Sistema de control del precio. Se debe controlar que no suba más de lo justo (se observa que existen empresas que doblan, triplican y cuatriplican los precios).
58. Propuesta de creación de un TRIBUNAL EMPRESARIAL.
59. Propuesta para la creación de un Amparo empresarial
60. Propuesta para el diseño y propuesta de la Teoría Empresarial del Derecho.
61. Teoría para que las empresas extranjeras aporten al Impuesto de promoción Empresarial IPM, que iría a un Fondo Empresarial, que iría a un Banco Empresarial.
62. Creación del Banco Empresarial.
63. Propuesta del diseño de Empresas Escolares.

64. Revisión del tiempo para obtención de las licencias, como las de sanidad, etc.
65. Creación de un sistema de distribución internacional a través de las embajadas en cada país del mundo.
66. Creación de un sistema de pagos por Internet, o en un solo acto.
67. Propuesta para la creación de un esquema de Aportes, o reestructuración de la Tesis.
68. Propuesta y diseño de la Teoría del Interés jurídico.
69. Propuesta de la Tesis, para que los aportes sean una parte central de la tesis.
70. Teoría del círculo económico
71. Teoría de la Monopolización de la empresa
72. Teoría de la competitividad
73. Teoría del interés que genera impulsos generadores de derecho.

TÍTULO: INDICADORES JURISPRUDENCIALES
Sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Fiscal y Poder Judicial
Variables: Libertad de Empresa y Política Fiscal
Operacionalización de los Indicadores jurisprudenciales

Con la finalidad de afianzar los datos sobre las conclusiones que resulten de nuestra investigación operacionalizaremos también unos indicadores jurisprudenciales, que consisten en las sentencias emitidas por diversas instituciones de la administración de justicia.

Indicadores específicos

Utilizaremos las sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Fiscal y del Poder Judicial, las que clasificaremos según cada variable, de la siguiente manera:

1.- Indicadores jurisprudenciales de la variable "Libertad de Empresa".-

Sentencias centradas en la variable «Libertad de Empresa», con diversos criterios de búsqueda, de acuerdo con el siguiente cuadro:

INDICADORES JURISPRUDENCIALES DE LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA"		
N	**Sentencia**	**Criterio de búsqueda**
1	Sentencias del Tribunal Constitucional	Libertad de Empresa
2	Sentencias del Tribunal Fiscal:	Libertad de empresa
3	Sentencias del Poder Judicial:	Libertad de empresa
4	Sentencias del Tribunal Constituional:	Competitividad
5	Sentencias del Tribunal Constitucional:	Libre Competencia

2.- Indicadores jurisprudenciales de la variable "Política Fiscal".-

Sentencias centradas en la variable «Política Fiscal», con diversos criterios de búsquedas, de acuerdo con el siguiente cuadro:

INDICADORES JURISPRUDENCIALES DE LA VARIABLE: "POLÍTICA FISCAL"		
N	**Sentencia**	**Criterio de búsqueda**
1	Sentencias del Tribunal Constitucional	Tributos a las empresas
2	Sentencias del Tribunal Constitucional:	Inversión Pública
3	Sentencias del Tribunal Constitucional:	Resoluciones de determinación
4	Sentencias del Tribunal Constitucional	Cobranza Coactiva

INDICADOR JURISPRUDENCIAL NRO. 01-TC-VLE-CLE
De la variable "Libertad de Empresa"
Sentencias del Tribunal Constitucional
con el criterio de búsqueda "Libertad de Empresa"

1.- Criterios del Indicador Jurisprudencial Nro. 01-TC- VLE-CLE:

Las sentencias han sido buscadas en la pág. Web institucional del Tribunal Constitucional, utilizando como criterio de búsqueda la palabra: «libertad de empresa», siendo el detalle el siguiente:

<u>Criterios jurisprudenciales Nro. 01-TC-VLE-CLE</u> **Sentencias del Tribunal Constitucional**	
Indicador:	Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable:	Libertad de Empresa
Nº de sentencias:	100
Criterio de búsqueda:	Libertad de Empresa
Periodo de sentencias:	2003 al 2013

Fallo: 1ra. Opción:	Fundada
Fallo: 2da. Opción:	Infundada
Fallo: 3ra. Opción	Procedente
Fallo: 4ta. Opción	Improcedente

2.- Cuadro general del Indicador Jurisprudencial Nº 01-TC-VLE-CLE:

El siguiente es el cuadro estadístico de fallos de las sentencias del Tribunal Constitucional cuyo criterio de búsqueda ha sido: "libertad de empresa":

Nº	Nº Exp.	Fallo:
1	0008-2003-AI/TC	FUNDADA
2	3283-2003-AA/TC	INFUNDADA EL AMPARO
3	034-2004-PI/TC	INFUNDADA
4	2329-2004-PA/TC	IMPROCEDENTE
5	2736-2004-PA/TC	INFUNDADA
6	3004-2004-AA/TC	FUNDADA
7	3315-2004-AA/TC	FUNDADA
8	3330-2004-AA/TC	IMPROCEDENTE
9	4099-2004-PA/TC	IMPROCEDENTE
10	4109-2004-AA/TC	IMPROCEDENTE
11	4170-2004-AA/TC	IMPROCEDENTE
12	4352-2004-AA/TC	INFUNDADA
13	0001-2005-PI/TC	INFUNDADA
14	1865-2005-PA/TC	IMPROCEDENTE
15	2802-2005-PA/TC	IMPROCEDENTE
16	3191-2005-PA/TC	IMPROCEDENTE
17	4408-2005-PA/TC	FUNDADA
18	4516-2005-PA/TC	IMPROCEDENTE

19	5093-2005-PA/TC	INFUNDADA
20	7320-2005-PA/TC	INFUNDADA
21	9299-2005-PA/TC	INFUNDADA
22	0003-2006-PI/TC	INFUNDADA
23	0832-2006-PA/TC	INFUNDADA
24	1018-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE
25	1209-2006-PA/TC	FUNDADA
26	1535-2006-PA/TC	INFUNDADA
27	1963-2006-PA/TC	INFUNDADA
28	4213-2006-PA	INFUNDADA
29	04370-2006-PA/TC	INFUNDADA
30	4637-2006-PA/TC	INFUNDADA
31	4972-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE
32	5005-2006-PA/TC	INFUNDADA
33	5221-2006-PA/TC	INFUNDADA
34	06135-2006-PA/TC	FUNDADA
35	06570-2006-PA/TC	INFUNDADA
36	07644-2006-PA/TC	INFUNDADA
37	00013-2007-PI/TC	Fundada
38	408-2007-PA/TC	INFUNDADA
39	01681-2007-PA/TC	INFUNDADA
40	03048-2007-PA/TC	INFUNDADA
41	3578-2007-PA/TC	INFUNDADA
42	03620-2007-PA	INFUNDADA
43	03925-2007-PA/TC	INFUNDADA
44	04466-2007-PA/TC	INFUNDADA
45	04611-2007-PA/TC	FUNDADA
46	4656-2007-PA/TC	FUNDADA
47	4739-2007-PHD/TC	INFUNDADA

48	00017-2008-PI/TC	FUNDADA
49	00026-2008-PI/TC	INFUNDADA
50	01735-2008-PA/TC	FUNDADA
51	01738-2008-PA/TC	INFUNDADA
52	03889-2008-PA/TC	INFUNDADA
53	00228-2009-PA/TC	FUNDADA
54	00573-2009-PA/TC	REVOCAR - FUNDADA
55	00607-2009-PA/TC	IMPROCEDENTE
56	03006-2009-PA/TC	INFUNDADA
57	03116-2009-PA/TC	FUNDADA
58	03816-2009-PA/TC	INFUNDADA
59	04363-2009-PA/TC	INFUNDADA
60	00015-2010-PI/TC	INFUNDADA
61	00032-2010-PI/TC	INFUNDADA
62	00239-2010-PA/TC	FUNDADA
63	01405-2010-PA/TC	INFUNDADA
64	01460-2010-PA/TC	INFUNDADA
65	02469-2010-PA/TC	INFUNDADA
66	02485-2010-PA/TC	IMPROCEDENTE
67	03494-2010-PA/TC	IMPROCEDENTE
68	03769-2010-PA/TC	INFUNDADA
69	04160-2010-PA/TC	IMPROCEDENTE
70	04173-2010-PA/TC	INFUNDADA
71	00302-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE
72	00316-2011-PA/TC	INFUNDADA
73	01091-2011-PA/TC	INFUNDADA
74	01273-2011-PHC/TC	IMPROCEDENTE
75	01772-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE
76	02111-2011-AA/TC	INFUNDADA

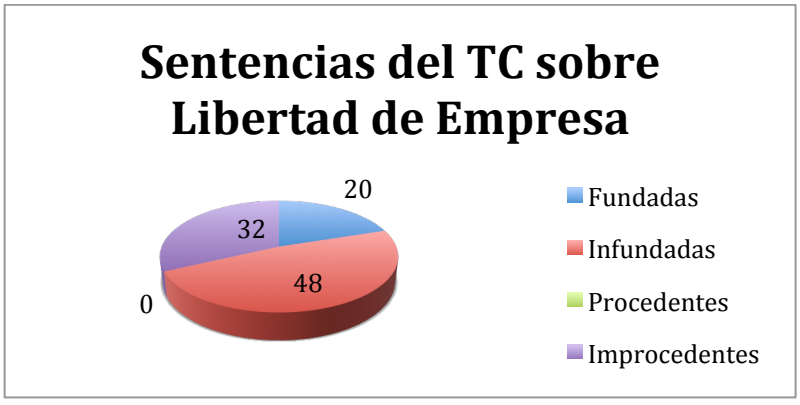
77	02458-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE
78	02788-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE
79	03075-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE
80	03479-2011-PA/TC	INFUNDADA
81	03636-2011-PA/TC	INFUNDADA
82	03828-2011-PA/TC	INFUNDADA
83	03970-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE
84	04058-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE
85	04217-2011-PA/TC	REVOCAR - FUNDADA
86	04243-2011-PA/TC	INFUNDADA
87	04592-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE
88	00210-2012-PA/TC	IMPROCEDENTE
89	01106-2012-PA/TC	REVOCAR - FUNDADA
90	02289-2012-PA/TC	FUNDADA
91	02417-2012-PA/TC	IMPROCEDENTE
92	02698-2012-AA/TC	FUNDADA
93	02871-2012-PA/TC	INFUNDADA
94	02879-2012-PA/TC	IMPROCEDENTE
95	3276-2012-PA-TC	IMPROCEDENTE
96	04161-2012-PA/TC	IMPROCEDENTE
97	04559-2012-PA/TC	IMPROCEDENTE
98	01177-2013-PA/TC	NULO - FUNDADO
99	01779-2013-PA/TC	IMPROCEDENTE
100	02655-2013-PA/TC	IMPROCEDENTE

3.- Cuadro jurisprudencial específico Nro. 01-TC-VLE-CLE:

Sentencias del TC sobre Libertad de empresa	Fallos:	Porcentaje %
Fundadas:	20	20
Infundadas:	48	48
Procedentes:	--	
Improcedentes:	32	32
TOTAL	100	100

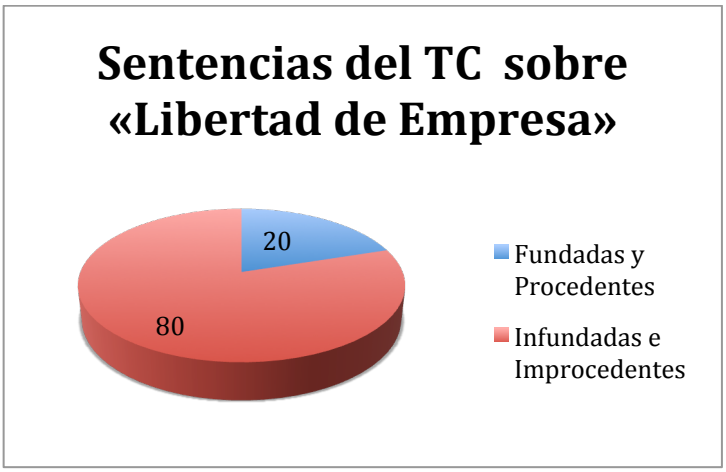
4.- Gráfico general del Indicador Jurisprudencial Nro. 01-TC-VLE-CLE

Tenemos los siguientes gráficos del Indicador jurisprudencial N° 01-TC-VLE-CLE:



5 Gráfico específico del Indicador jurisprudencial N° 01-TC-VLE-CLE:

Sentencias del TC sobre Libertad de Empresa	Fallos:	Porcentajes %
Fundadas y Procedentes	20	20
Infundadas e Improcedentes	80	80
TOTAL	100	100



6.- Conclusión del Indicador Jurisprudencial Nº 01-TC-VLE-CLE

1.- De la operacionalización del indicador jurisprudencial Nª 01-TC-VLE-CLE, Sentencias del Tribunal Constitucional, marco Variable Libertad de Empresa, criterio de búsqueda: Libertad de Empresa, se ha obtenido de cien sentencias, 20 fallos declarados entre fundados y procedentes; y 80 fallos declarados Infundadas e improcedentes, lo que demuestra que la libertad de empresa no ha sido atendido en un 80% de casos, según la muestra. En conclusión hay atentado contra la libertad de empresa.

INDICADOR JURISPRUDENCIAL NRO. 02-TF-VLE-CLE
DE LA VARIABLE "LIBERTAD DE EMPRESA:
Sentencias del Tribunal Fiscal con el criterio de búsqueda "Libertad de Empresa"

1.- Criterios del Indicador Jurisprudencial Nro. 02-TF- VLE-CLE:

Las sentencias han sido buscadas en la pág. Web institucional del Tribunal Fiscal, utilizando como criterio de búsqueda la palabra: «libertad de empresa», siendo el detalle el siguiente:

Criterios jurisprudenciales Nro. 02-TF-VLE-CLE **Sentencias del Tribunal Fiscal**	
Indicador:	Sentencias del Tribunal Fiscal
Variable:	Libertad de Empresa
Nº de sentencias:	165
Criterio de búsqueda:	Libertad de Empresa
Periodo de sentencias:	2007 al 2013
Fallo: 1ra. Opción:	Fundada
Fallo: 2da. Opción:	Infundada

2.- Cuadro general del Indicador Jurisprudencial Nº 02-TF-VLE-CLE:

N°	Exp	Asunto	Fallo	Decisión
1	2007_1_09401	Cierre de establecimiento	Revocar	F
2	2007_2_04746	Impuesto temporal a los activos netos	Confirmar	I
3	2007_2_07912	Anticipo adicional de	Revocar	F

		impuesto a la renta		
4	2007_3_04944	Impuesto general a las ventas y otros	Confirmar resoluciones de intendencia	I
5	2007_3_05106	Impuesto temporal a los activos netos	Confirmar las resoluciones de intendencia	I
6	2007_3_05312	Ampliación de resolución	Infundada	I
7	2007_3_06020	Impuesto temporal de los activos netos	Confirmar resoluciones de Intendencia	I
8	2007_4_06532	Impuesto temporal a los activos fijos	Confirmar resolución de intendencia	I
9	2007_4_08809	Impuesto a la Renta	Declarar Nulos de actos de notificación de Requerimientos	F
10	2007_4_08939	Franccionamiento	Confirmar la Resolución de Intendencia	I
11	2007_4_10476	Impuesto a la Renta	Confirmar la Resolución de Intendencia	I
12	2007_4_10978	Impuestos General a las Ventas	Confirmar la Resolución de la Oficina Zonal	I
13	2007_5_03725	Aclaración y/o Ampliación de Resolución	Infundada	I
14	2007_A_11068	Apelación	Confirmar la Resolución de Intendencia	I
15	2007_A_11069	Apelación	Confirmar Res de Intendencia	I
16	2007_A_11093	Apelación	Confirmar Res de Intendencia	I

17	2007_A_11094	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
18	2007_A_11098	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
19	2007_A_11099	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
20	2007_A_11219	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
21	2007_A_11225	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
22	2007_A_11228	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
23	2007_A_11233	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
24	2007_A_11318	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
25	2007_A_11393	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
26	2007_A_11394	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
27	2007_A_11399	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
28	2007_A_11400	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
29	2007_A_11553	Intendencia	Confirmar Res. de Intendencia	I
30	2007_A_11820	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
31	2007_A_11831	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I

32	2007_A_11832	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
33	2007_A_12387	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
34	2007_A_12390	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
35	2007_A_12394	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
36	2008_1_03329	Queja	Infundada	I
37	2008_1_09739	Fraccionamiento	Revocar Res. de Intendencia	F
38	2008_1_09755	Impuesto a la Renta	Nulo el Acto de Notificación de Res.	F
39	2008_1_11869	Impuesto a la Renta	Revocar Res. de Intendencia	F
40	2008_2_01497	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
41	2008_2_01854	Queja	Inhibirse	I
42	2008_2_05847	Cierre de establecimiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
43	2008_2_06975	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Determinación y de Multa	I
44	2008_2_10278	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
45	2008_2_13423	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
46	2008_3_01652	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
47	2008_3_03298	Fraccionamiento	Confirmar Res. de	I

		Tributario	Intendencia	
48	2008_3_04332	Multa	Revocar y Confirmar	I
49	2008_3_04343	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
50	2008_3_04598	Impuesto General a las Ventas	Revocar Res. de Intendencia	F
51	2008_3_05096	Ampliación y/o corrección de Res.	Fundada	F
52	2008_3_05819	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
53	2008_3_06063	Fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
54	2008_3_08642	Queja	Fundada e Improcedente	F
55	2008_4_00904	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
56	2008_4_05206	Impuesto temporal a los activos netos	Confirmar Res. de Intendencia	I
57	2008_4_05699	Impuesto Geranl a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
58	2008_4_06641	Cierre de establecimiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
59	2008_4_06936	Fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
60	2008_4_09590	Impuesto temporal a los activos netos	Nulo acto de Notificación de requerimiento	F
61	2008_5_14204	Multa	Revocar y Confirmar Res. Intend.	I
62	2008_A_00041	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I

63	2008_A_00043	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
64	2008_A_00044	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
65	2008_A_00046	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
66	2008_A_00634	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
67	2008_A_00752	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
68	2008_A_00753	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
69	2008_A_01043	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
70	2008_A_01049	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
71	2008_A_01050	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
72	2008_A_01051	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
73	2008_A_01211	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
74	2008_A_01239	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
75	2008_A_01241	Apelación	Revocar y Confirmar Res. de Intendencia	I
76	2008_A_01615	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia y Revocar	I
77	2008_A_01878	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I

78	2008_A_02331	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
79	2008_A_06510	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
80	2008_A_06882	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
81	2008_A_09528	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
82	2008_A_13862	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia y Revocar	I
83	2009_1_00730	Prescripción	Confirmar Res. de Intendencia	I
84	2009_1_01252	Impuesto a la Renta y otros	Confirmar Res. de Intendencia	I
85	2009_1_09278	Impuesto temporal a los activos netos	Confirmar Res. de Intendencia	I
86	2009_1_10446	Impuesto temporal a los activos netos	Confirmar Res. de Intendencia	I
87	2009_1_14029	Queja	Fundada	F
88	2009_2_00402	Queja	Dar trámite	F
89	2009_2_02268	Impuesto General a las Ventas	Revocar y Confirmar Res. de Intendencia	I
90	2009_2_10293	Impuesto a la Renta	Nulo acto de notificción de requerimieto	F
91	2009_3_01315	Multas	Revocar la Res de Intendencia	F
92	2009_3_01617	Fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
93	2009_3_02579	Queja	Fundada	F
94	2009_3_02738	Impuesto ala Renta	Confirmar Res. de	I

			Intendencia	
95	2009_3_03893	Fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
96	2009_3_05502	Fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
97	2009_3_07753	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
98	2009_3_09915	Multa	Revocar y Confirmar	I
99	2009_4_00805	Queja	Infundada e improcedente	I
100	2009_4_10139	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
101	2009_4_10494	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
102	2009_4_10501	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
103	2009_4_10841	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia - Declarar Nulo	I
104	2009_4_13329	Queja	Infundada	I
105	2009_5_09227	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
106	2009_5_09759	Impuesto temporal a los activos netos	Confirmar Res. de Intendencia	I
107	2009_7_05144	Impuesto a la Renta	Nula e insubsitente - Confirmar	I
108	2009_7_12183	Queja	Fundada	F
109	2010_1_05385	Queja	Remitir	F
110	2010_1_05851	Queja	Infundada	I
111	2010_1_08498	Queja	Infundada	I

112	2010_1_10748	Pérdida de Fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
113	2010_2_05649	Multa	Revocar y dejar sin efecto res.	F
114	2010_2_13479	Multa	Revocar y Dejar sin efecto	F
115	2010_2_16340	Queja	Infundada	I
116	2010_3_01200	Corrección, ampliación y aclaración de res.	Infundada	I
117	2010_3_02428	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
118	2010_4_00647	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
119	2010_4_01041	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
120	2010_4_02119	Queja	Fundada - Improcedente	F
121	2010_4_02776	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
122	2010_4_03023	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
123	2010_4_05409	Queja	Fundada - Infundada	F
124	2010_4_05749	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
125	2010_4_11654	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
126	2010_5_00221	Impuesto temporal a los activos netos	Confirmar Res. de Intendencia	I
127	2010_5_10782	Pérdida de fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I

128	2010_5_11027	Pérdida de fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
129	2010_5_12233	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
130	2010_5_12765	Multa	Revocar - Confirmar Res. de Intendencia	I
131	2010_5_16706	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
132	2010_8_16681	Impuesto a la Renta	Revocar y dejar sin efecto	F
133	2010_8_16750	Impuesto a la Renta	Revocar Res. Intend.	F
134	2010_9_08177	Pérdida de aplazamiento con fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
135	2010_10_13710	Cierrer de establecimiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
136	2010_A_02090	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
137	2011_3_21973	Impuesto a la Renta	Revocar - Confirmar	F
138	2011_4_18901	Devolución	Confirmar Res. de Intendencia	I
139	2011_5_02326	Multa	Revocar y Confirmar	F
140	2011_5_10758	Impuesto General a las Ventas	Confirmar Res. de Intendencia	I
141	2011_9_00289	Pérdida de fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
142	2011_9_02341	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
143	2011_9_05936	Cierre de establecimiento	Confirmar Res. de Intendencia	I

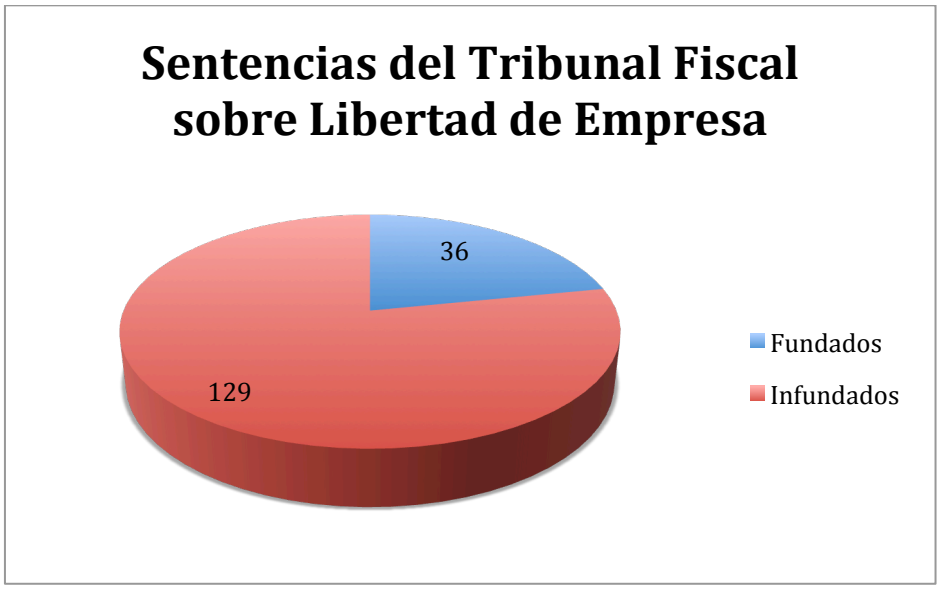
144	2011_10_06292	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
145	2011_10_21165	Multas	Confirmar Res. de Intendencia	I
146	2011_A_02560	Apelación	Confirmar Res. de Intendencia	I
147	2011_A_18125	Apelación	Revocar - Confirmar	F
148	2012_1_16226	Queja	Fundada	F
149	2012_2_02082	Multa	Revocar	F
150	2012_2_08267	Fraccionamiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
151	2012_2_17223	Impuesto a la Renta	Revocar y Confirmar	F
152	2012_4_21099	Multa	Nula e insubsistente	F
153	2012_7_08020	Queja	Infundada	I
154	2012_8_08874	Cierre de establecimiento	Confirmar Res. de Intendencia	I
155	2012_9_02529	Impuesto a la Renta	Confirmar Res. de Intendencia	I
156	2012_9_08469	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
157	2012_10_00392	Impuesto temporal a los activos netos	Nulo el concesorio	F
158	2012_10_00485	Impuesto a la Renta	Remitir los actuados	F
159	2012_10_03894	Multa	Revocar y Confirmar	F
160	2012_10_04684	Impuesto a la Renta	Revocar	F
161	2012_10_05258	Impuesto temporal a los activos netos	Nulo el acto de Notificación de Requerimiento	F
162	2012_10_11562	Impuesto General a las Ventas	Revocar	F

163	2013_4_04895	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
164	2013_4_06842	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I
165	2013_9_00673	Multa	Confirmar Res. de Intendencia	I

3.- Cuadro específico del indicador jurisprudencial N° 02-TF-VLE-CLE:

Sentencias TF	**Fallos**	**Porcentaje**
Fundados	36	21.81
Infundados	129	78.18
TOTAL	165	100

4.- Gráfico del indicador jurisprudencial N° 02-TF-VLE-CLE



5.- Conclusiones del indicador jurisprudencial 02-TF-VLE-CLE

De acuerdo con la operacionalización de las sentencias del Tribunal Fiscal, en una cantidad de cien (100), con el criterio de búsqueda: “libertad de empresa”, se han

obtenido “fundados” treinta y seis (36), e “infundados” 129, de un total de 165 sentencias, lo que conduce que un porcentaje de 78.18 % mayoritario no acoge las peticiones a favor de la libertad de empresa, por lo que se afirma la vulneración al derecho a la libertad de empresa.

INDICADOR JURISPRUDENCIAL NRO. 03-PJ-VLE-CLE
De la variable "Libertad de Empresa"
Sentencias del Poder Judicial
con el criterio de búsqueda "Libertad de Empresa"

1.- Criterios del Indicador Jurisprudencial Nro. 03-PJ- VLE-CLE:

Sentencias del Poder Judicial buscadas en su pág. Web oficial, en el marco de la variable "Libertad de Empresa,, con el criterio de búsqueda: "libertad de empresa", con los siguientes datos específicos:

Criterios jurisprudenciales Nro. 03-PJ-VLE-CLE **Sentencias del Poder Judicial**	
Indicador:	Sentencias del Poder Judicial
Variable:	Libertad de Empresa
Nº de sentencias:	472
Criterio de búsqueda:	Libertad de Empresa
Periodo de sentencias:	2011 al 2016
Fallo: 1ra. Opción:	Fundada
Fallo: 2da. Opción:	Infundada

2.- Cuadro general del Indicador Jurisprudencial Nº 03-PJ-VLE-CLE:

Nº	**Recurso**	**Fallo**
1	Casación-006505-2011	FUNDADO
2	Casación-005048-2012	INFUNDADOS Recs.
3	Apelación-000052-	CONFIRMARON Sentencia apelada

	2012	
4	Casación-010546-2013	Fundada la casación, Revocada la sentencia apelada y Revocaron la misma
5	Casación-015206-2013	Infundado Rec. Cas.
6	Casación-016793-2013	Infundado Rec. Cas.
7	Casación-003310-2013	INFUNDADO
8	Casación-017129-2013	Infundado Rec. Cas.
9	Casación-015439-2013	Infundado Rec. Cas.
10	Casación-016048-2013	Infundado Rec. Cas.
11	Casación-010796-2013	Infundado Rec de Casación
12	Casación-015413-2013	Infundado Rec. Cas.
13	Casación-006818-2013	NULA Sentencia de Vista
14	Casación-018037-2013	Infundado Rec. Cas.
15	Casación-015952-2013	Infundado Rec. Cas.
16	Casación-006200-2013	INFUNDADO
17	Casación-007630-2014	Fundado Rec. Cas.
18	Casación-010128-2014	Fundados Recs. Cas.
19	Casación-012583-2014	Fundado Rec. Cas.
20	Casación-016391-2014	Infundado Rec. Cas.
21	Casación-007812-2014	Fundado Rec. Cas.
22	Casación-011114-2014	Fundado en parte
23	Recurso de Nulidad-001669-2014	No haber nulidad
24	Casación-003585-2014	Fundado
25	Casación-014991-2014	Infundado Rec. Cas.
26	Casación-012575-2014	Fundados Rec. Cas.
27	Casación-012512-2014	Infundado Rec. Cas.
28	Casación-010839-2014	Fundado Rec. Cas.
29	Casación-012745-2014	Fundado Rec. Cas.
30	Recurso de Nulidad-	Haber nulidad

	003513-2014	
31	Casación-009549-2014	Fundado Rec. Cas.
32	Casación-012416-2014	Fundado Rec. Cas.
33	Casación-013025-2014	Fundado Rec. Cas.
34	Casación-008198-2014	Fundado Rec. Cas.
35	Casación-012443-2014	Fundados Recs. Cas.
36	Casación-008187-2014	Fundado Rec. Cas.
37	Casación-010238-2014	Infundado Rec. Cas.
38	Recurso de Nulidad-000922-2014	No haber nulidad en la sentencia
39	Recurso de Nulidad-001948-2014	No haber nulidad
40	Apelación-003458-2014	Confirmaron Sentencia
41	Recurso de Nulidad-001868-2014	Haber nulidad
42	Casación-012885-2014	Infundado Rec. Cas.
43	Casación-011237-2014	Fundado el Rec. Cas.
44	Casación-012397-2014	Fundado Rec. Cas.
45	Casación-003792-2014	Fundado Rec. Cas.
46	Casación-015825-2014	Fundado el Rec. Cas.
47	Recurso de Nulidad-003165-2014	No haber nulidad
48	Casación-015855-2014	Infundado Rec. Cas.
49	Casación-009423-2014	Infundado Rec. Cas.
50	Casación-015836-2014	Infundado Rec. Cas.
51	Casación-007738-2014	Fundado Rec. Cas.
52	Recurso de Nulidad-002994-2014	No haber nulidad
53	Casación-003780-2014	Fundado Rec. Cas.

54	Casación-009808-2014	Infundado Rec. Cas.
55	Casación-011393-2014	Fundado
56	Casación-009851-2014	Fundados Recs. Cas.
57	Casación-011088-2014	Fundado Rec. Cas.
58	Casación-015669-2014	Improcedente Rec. Cas.
59	Recurso de Nulidad-003171-2014	No haber nulidad
60	Recurso de Nulidad-002915-2014	No haber nulidad
61	Casación-015100-2014	Fundado Rec. Cas.
62	Casación-007516-2014	Fundado Rec. Cas.
63	Casación-016016-2014	Improcedente Rec. Cas.
64	Casación-014785-2014	Fundados Recs. Cas.
65	Casación-009520-2014	Fundado en parte Rec. Cas.
66	Recurso de Nulidad-002170-2014	No haber nulidad
67	Casación-015848-2014	Infundado Rec. Cas.
68	Casación-008751-2014	Fundado Rec. Cas.
69	Casación-005000-2014	Fundado Rec. Cas.
70	Recurso de Nulidad-002850-2014	No haber nulidad
71	Casación-012050-2014	Fundados Recs. Cas.
72	Casación-008116-2014	Fundados Recs. Cas.
73	Casación-012430-2014	Fundados Recs. Cas.
74	Recurso de Nulidad-001210-2014	Nula sentencia
75	Casación-003763-2014	Fundado Rec. Cas.
76	Recurso de Nulidad-002722-2014	No haber nulidad
77	Casación-010567-2014	Fundado Rec. Cas.

78	Apelación-002774-2014	Confirmaron Sentencia
79	Recurso de Nulidad-001317-2014	Haber nulidad Sentencia
80	Casación-007689-2014	Fundados Recs. Cas.
81	Casación-014807-2014	Improcedente Rec. Cas.
82	Casación-013169-2014	Infundado Rec. Cas.
83	Recurso de Nulidad-002718-2014	No haber nulidad
84	Recurso de Nulidad-001692-2014	No haber nulidad
85	Casación-005252-2014	Infundado Rec. Cas.
86	Casación-016857-2014	Infundado Rec. Cas.
87	Casación-014997-2014	Infundado Rec. Cas.
88	Recurso de Nulidad-003447-2014	No haber nulidad
89	Casación-016238-2014	Infundado Rec. Cas.
90	Casación-016907-2014	Fundado Rec. Cas.
91	Recurso de Nulidad-003347-2014	No haber nulidad
92	Casación-006431-2014	Infundado Rec. Cas.
93	Casación-005877-2014	Fundado Rec. Cas.
94	Casación-007805-2014	Infundado Rec. Cas.
95	Recurso de Nulidad-002684-2014	Nula sentencia
96	Casación-016224-2014	Fundado Rec. Cas.
97	Casación-015638-2014	Fundado Rec. Cas.
98	Recurso de Nulidad-001214-2014	Nulo el concesorio - Improcedente el Rec. De Nulidad
99	Recurso de Nulidad-	No haber nulidad

	003197-2014	
100	Recurso de Nulidad-003332-2014	Haber nulidad
101	Casación-016068-2014	Infundado Rec. Cas.
102	Recurso de Nulidad-000989-2014	Nula la sentencia
103	Casación-003594-2014	Fundado en parte Rec. Cas.
104	Casación-003580-2014	Fundado Rec. Cas.
105	Casación-016378-2014	Fundado Rec. Cas.
106	Recurso de Nulidad-003230-2014	No haber nulidad
107	Recurso de Nulidad-003142-2014	No haber nulidad
108	Casación-016132-2014	Improcedente Rec. Cas.
109	Recurso de Nulidad-002136-2014	Haber nulidad
110	Casación-015812-2014	Fundado Rec. Cas.
111	Casación-015120-2014	Infundado Rec. Cas.
112	Casación-016330-2014	Infundado Rec. Cas.
113	Recurso de Nulidad-001041-2014	No haber nulidad
114	Casación-015608-2014	Improcedente Rec. Cas.
115	Recurso de Nulidad-002479-2014	No haber nulidad
116	Casación-012777-2014	Infundado Rec. Cas.
117	Recurso de Nulidad-000723-2014	Nula la Sentencia
118	Recurso de Nulidad-001658-2014	No haber nulidad
119	Casación-014295-2014	Fundado Rec. Cas.

120	Casación-014827-2014	Fundado Rec. Cas.
121	Recurso de Nulidad-002702-2014	No haber nulidad
122	Recurso de Nulidad-002736-2014	No haber nulidad
123	Casación-014789-2014	Infundado Rec. Cas.
124	Casación-011193-2014	Nula e Improcedente
125	Casación-012209-2014	Improcedente Rec. Cas.
126	Casación-015605-2014	Fundado Rec. Cas.
127	Casación-016084-2014	Fundado Rec. Cas.
128	Casación-015998-2014	Improcedente Rec. Cas.
129	Casación-016552-2014	Fundado Rec. Cas.
130	Casación-014495-2014	Fundado Rec. Cas.
131	Casación-014530-2014	Infundado Rec. Cas.
132	Casación-013157-2014	Fundado Rec. Cas.
133	Casación-014532-2014	Fundado Rec. Cas.
134	Casación-014503-2014	Fundado Rec. Cas.
135	Casación-000890-2014	Infundado Rec. Cas.
136	Apelación-003448-2014	Nula
137	Casación-011297-2014	Fundado Rec. Cas.
138	Casación-015020-2014	Improcedente Rec. Cas.
139	Casación-004341-2014	Infundado Rec. Cas.
140	Casación-003411-2014	Fundado Rec. Cas.
141	Recurso de Nulidad-002456-2014	No haber nulidad
142	Recurso de Nulidad-002115-2014	No haber nulidad
143	Casación-010984-2014	Infundado Rec. Cas.
144	Casación-008172-2014	Fundados Recs. Cas.

145	Casación-012475-2014	Fundado Rec. Cas.
146	Casación-013009-2014	Fundado Rec. Cas.
147	Casación-001286-2014	Infundado Rec. Cas.
148	Casación-008133-2014	Infundado Rec. Cas.
149	Casación-009096-2014	Improcedente Rec. Cas.
150	Casación-016131-2014	Improcedente
151	Apelación-003954-2014	Confirmaron Sentencia
152	Casación-011323-2014	Infundado
153	Casación-004055-2014	Fundado Rec. Cas.
154	Casación-012427-2014	Infundado Rec. Cas.
155	Casación-003065-2014	Fundado Rec. Cas.
156	Casación-012285-2014	Infundado Rec. Cas.
157	Casación-011703-2014	Fundado Rec. Cas.
158	Casación-000601-2014	Infundado Rec. Cas.
159	Casación-000493-2014	Infundado Rec. Cas.
160	Apelación-010112-2014	Confirmaron
161	Apelación-003884-2014	Confirmaron la Sentencia
162	Apelación-010184-2014	Confirmaron la sentencia
163	Apelación-016282-2014	Confirmaron la Sentencia
164	Apelación-006052-2014	Confirmaron la Sentencia
165	Casación-013285-2014	Infundado Rec. Cas.
166	Recurso de Nulidad-002388-2014	No haber nulidad
167	Recurso de Nulidad-	No haber nulidad

	000991-2014	
168	Recurso de Nulidad-001111-2014	Haber nulidad y No haber nulidad
169	Casación-016677-2014	Fundado Rec. Cas.
170	Casación-011825-2014	Fundado Rec. Cas.
171	Casación-014534-2014	Fundados Recs. Cas.
172	Recurso de Nulidad-003025-2014	No haber nulidad
173	Casación-002972-2014	Fundado Rec. Cas.
174	Recurso de Nulidad-000738-2014	Nula Sentencia
175	Recurso de Nulidad-000933-2014	No haber nulidad
176	Casación-016374-2014	Improcedente Rec. Cas.
177	Casación-013597-2014	Fundado Rec. Cas.
178	Casación-016396-2014	Improcedente Rec. Cas.
179	Casación-000746-2014	Infundado Rec. Cas.
180	Apelación-004010-2014	Confirmaron
181	Casación-011169-2014	Infundado Rec. Cas.
182	Casación-016380-2014	Improcedente Rec. Cas.
183	Recurso de Nulidad-002313-2014	No haber nulidad
184	Apelación-003802-2014	Confirmaron el auto apelado
185	Recurso de Nulidad-002049-2014	No haber nulidad
186	Recurso de Nulidad-000704-2014	No haber nulidad de sentencia
187	Casación-006900-2014	Infundado el Rec. Cas.

188	Recurso de Nulidad-000618-2014	Nula la sentencia
189	Recurso de Nulidad-002117-2014	No haber nulidad
190	Casación-011026-2014	Infundado Rec. Cas.
191	Recurso de Nulidad-001023-2014	Insubsistente la acusación
192	Recurso de Nulidad-000893-2014	No haber nulidad Sentencia
193	Revisión de Sentencia-000105-2014	Improcedente Dda. De Rev.
194	Apelación-003689-2014	Confirmaron Sentencia
195	Apelación-003760-2014	Confirmaron sentencia
196	Casación-003788-2014	Fundado Rec. Cas.
197	Casación-003589-2014	Improcedente Rec. Cas.
198	Casación-003084-2014	No haber nulidad
199	Recurso de Nulidad-000285-2014	Fundado Rec. Cas.
200	Casación-008983-2015	Infundado Rec. Cas.
201	Casación-003754-2015	Fundado Rec. Cas.
202	Casación-002513-2015	Fundado Rec. Cas.
203	Casación-002028-2015	Infundado Rec. Cas.
204	Casación-002047-2015	Infundado Rec. Cas.
205	Casación-009262-2015	Fundados Recs. Cas.
206	Casación-015371-2015	Fundado Rec. Cas.
207	Casación-003207-2015	Improcedente Rec. Cas.
208	Casación-005804-2015	Improcedente Rec. Cas.
209	Casación-003762-2015	Improcedente por cuantia Rec. Cas.

210	Casación-004122-2015	Improcedente Rec. Cas.
211	Casación-020352-2015	Infundado Rec. Cas.
212	Casación-007910-2015	Infundado Rec. Cas.
213	Casación-007895-2015	Infundado Rec. Cas.
214	Casación-005058-2015	Infundado Rec. Cas.
215	Recurso de Nulidad-001972-2015	Nulidad de la setencia
216	Casación-007527-2015	Fundado Rec. Cas.
217	Casación-016274-2015	Fundado Rec. Cas.
218	Casación-007433-2015	Fundado Rec. Cas.
219	Casación-012078-2015	Fundado Rec. Cas.
220	Casación-007505-2015	Fundado Rec. Cas.
221	Casación-012975-2015	Infundados Recs. Cas.
222	Casación-002455-2015	Infundado Rec. Cas.
223	Casación-003219-2015	Infundado Rec. Cas.
224	Casación-001521-2015	No casar la sentencia
225	Casación-004250-2015	Fundado Rec. Cas.
226	Casación-009242-2015	Improcedente Rec. Cas.
227	Casación-006637-2015	Fundado Rec. Cas.
228	Casación-016433-2015	Infundado Rec. Cas.
229	Casación-001010-2015	Improcedente Rec. Cas.
230	Casación-005447-2015	Fundado Rec. Cas.
231	Casación-008936-2015	Improcedente Rec. Cas.
232	Casación-020077-2015	Improcedente Rec. Cas.
233	Casación-019813-2015	Improcedente Rec. Cas.
234	Casación-004279-2015	Fundado Rec. Cas.
235	Casación-002317-2015	Improcedente Rec. Cas.
236	Casación-002004-2015	Infundado Rec. Cas.
237	Casación-002202-2015	Improcedente Rec. Cas.
238	Casación-002017-2015	Improcedente Rec. Cas.

239	Casación-001937-2015	Improcedente Rec. Cas.
240	Casación-000512-2015	Infundado Rec. Cas.
241	Casación-001979-2015	Improcedente Rec. Cas.
242	Casación-007635-2015	Fundado Rec. Cas.
243	Casación-016851-2015	Fundado Rec. Cas.
244	Casación-003783-2015	Fundado Rec. Cas.
245	Casación-000256-2015	Improcedente Rec. Cas.
246	Casación-005449-2015	Fundado Rec. Cas.
247	Casación-001054-2015	Improcedente Rec. Cas.
248	Casación-003203-2015	Fundado Rec. Cas.
249	Recurso de Nulidad-003141-2015	No haber nulidad en la sentencia
250	Casación-001614-2015	Improcedente Rec. Cas.
251	Casación-002449-2015	Infundado Rec. Cas.
252	Casación-018455-2015	Improcedente Rec. Cas.
253	Casación-015397-2015	Improcedente Rec. Cas.
254	Casación-012436-2015	Improcedente Rec. Cas.
255	Casación-003747-2015	Fundado Rec. Cas.
256	Casación-003470-2015	Fundado Rec. Cas.
257	Recurso de Nulidad-000283-2015	No haber nulidad
258	Casación-003776-2015	Fundado en parte Rec. Cas.
259	Casación-003823-2015	Fundado Rec. Cas.
260	Casación-003787-2015	Infundado Rec. Cas.
261	Casación-001094-2015	Fundado Rec. Cas.
262	Casación-000731-2015	Infundados Recs. Cas.
263	Recurso de Nulidad-002247-2015	Nula sentencia
264	Casación-006806-2015	Improcedente Rec. Cas.
265	Recurso de Nulidad-	No haber nulidad en la sentencia

	001129-2015	
266	Recurso de Nulidad-002076-2015	No haber nulidad en la sentencia
267	Casación-001278-2015	Fundado Rec. Cas.
268	Casación-000192-2015	Infundado Rec. Cas.
269	Casación-004563-2015	Infundado Rec. Cas.
270	Casación-011593-2015	Fundado en parte Rec. Cas.
271	Recurso de Nulidad-002816-2015	No haber nulidad
272	Casación-014049-2015	Improcedente Rec. Cas.
273	Casación-007545-2015	Fundado Rec. Cas.
274	Casación-000165-2015	Fundado el Rec. Cas.
275	Casación-001995-2015	Fundado Rec. Cas.
276	Apelación-004017-2015	Confirmaron
277	Apelación-003543-2015	Confirmaron la Sentencia
278	Recurso de Nulidad-000433-2015	No haber nulidad en la sentencia
279	Recurso de Nulidad-002223-2015	No haber nulidad de sentencia
280	Casación-002785-2015	Infundado Rec. Cas.
281	Apelación-003376-2015	Confirmaron la Sentencia
282	Casación-011845-2015	Improcedente Rec. Cas.
283	Casación-007648-2015	Infundado Rec. Cas.
284	Apelación-003066-2015	Confirmaron la Sentencia
285	Casación-018790-2015	Improcedente Rec. Cas.
286	Apelación-002512-	Confirmaron la Sentencia

	2015	
287	Casación-004969-2015	Improcedente Rec. Cas.
288	Casación-004429-2015	Infundado Rec. Cas.
289	Casación-002318-2015	Improcedente Rec. Cas.
290	Apelación-001801-2015	Confirmaron la Sentencia
291	Apelación-001727-2015	Confirmaron la Sentencia
292	Apelación-001657-2015	Confirmaron Sentencia
293	Apelación-001684-2015	Confirmaron la Sentencia
294	Casación-004923-2015	Improcedente Rec. Cas.
295	Casación-001356-2015	Infundado Rec. Cas.
296	Casación-001386-2015	Confirmaron Sentencia
297	Revisión de Sentencia-000147-2015	Admitir a trámite
298	Casación-005571-2015	Improcedente Rec. Cas.
299	Casación-008693-2015	Improcedente Rec. Cas.
300	Casación-004572-2015	Infundado Rec. Cas.
301	Recurso de Nulidad-003414-2015	No haber nulidad
302	Casación-007522-2015	Infundado Rec. Cas.
303	Casación-003302-2015	Infundado Rec. Cas.
304	Casación-004495-2015	Infundado Rec. Cas.
305	Casación-003958-2015	Fundado Rec. Cas.
306	Casación-002681-2015	Fundado Rec. Cas.
307	Casación-004907-2015	Infundado Rec. Cas.
308	Apelación-001809-2015	Confirmaron la Sentencia

309	Casación-004211-2015	Fundado Rec. Cas.
310	Casación-000983-2015	Fundado el Rec. Cas.
311	Casación-000628-2015	Bien concedido Rec. Cas.
312	Casación-009539-2015	Infundado Rec. Cas.
313	Casación-009879-2015	Improcedente Rec. Cas.
314	Casación-003865-2015	Fundado Rec. Cas.
315	Recurso de Nulidad-001072-2015	No haber nulidad de sentencia
316	Casación-000114-2015	Infundado Rec. Cas.
317	Casación-003236-2015	Improcedente Rec. Cas.
318	Casación-003670-2015	Fundado en parte Rec. Cas.
319	Casación-002640-2015	Infundado Rec. Cas.
320	Casación-003256-2015	Infundado Rec. Cas.
321	Apelación-001561-2015	Confirmaron la Sentencia
322	Casación-007873-2015	Improcedente Rec. Cas.
323	Casación-002902-2015	Improcedente Rec. Cas.
324	Casación-002310-2015	Improcedente Rec. Cas.
325	Casación-003367-2015	Infundado Rec. Cas.
326	Casación-001173-2015	Improcedente Rec. Cas.
327	Casación-012410-2015	Improcedente Rec. Cas.
328	Recurso de Nulidad-000987-2015	Nula la sentencia
329	Casación-000884-2015	Infundado Rec. Cas.
330	Casación-001745-2015	Fundado Rec. Cas.
331	Casación-002106-2015	Infundado Rec. Cas.
332	Casación-008088-2015	Fundado Rec. Cas.
333	Casación-002263-2015	Improcedente Rec. Cas.
334	Apelación-001320-2015	Nulo el concesorio de apelación

335	Casación-001980-2015	Improcedente Rec. Cas.
336	Casación-000763-2015	Fundado Rec. Cas.
337	Recurso de Nulidad-000142-2015	No haber nulidad
338	Casación-000536-2015	Improcedente Rec. Cas.
339	Casación-000518-2015	Improcedente
340	Casación-001494-2015	Fundado Rec. Cas.
341	Recurso de Nulidad-001476-2015	Haber nulidad auto
342	Casación-009149-2015	Fundado Rec. Cas.
343	Casación-002759-2015	Infundado Rec. Cas.
344	Recurso de Nulidad-002186-2015	No haber nulidad de sentencia
345	Casación-009553-2015	Infundado Rec. Cas.
346	Casación-003968-2015	Fundado Rec. Cas.
347	Recurso de Nulidad-001343-2015	Nula la sentencia
348	Casación-002319-2015	Fundado Rec. Cas.
349	Casación-013294-2015	Fundado Rec. Cas.
350	Casación-003499-2015	Fundado Rec. Cas.
351	Casación-001722-2015	Infundado Rec. Cas.
352	Casación-007158-2015	Fundado Rec. Cas.
353	Casación-007440-2015	Improcedente Rec. Cas.
354	Casación-003278-2015	Fundado Rec. Cas.
355	Casación-007581-2015	Fundado Rec. Cas.
356	Casación-012060-2015	Infundado Rec. Cas.
357	Recurso de Nulidad-001362-2015	Fundado Of. De excepción
358	Apelación-001229-2015	Nulo el concesorio de apelación

359	Casación-004650-2015	Improcedente Rec. Cas.
360	Casación-000654-2015	Infundado Rec. Cas.
361	Casación-007164-2015	Fundado Rec. Cas.
362	Casación-007252-2015	Fundado Rec. Cas.
363	Recurso de Nulidad-001042-2015	No haber nulidad de sentencia
364	Recurso de Nulidad-000213-2015	No haber nulidad
365	Recurso de Nulidad-002031-2015	No haber nulidad
366	Casación-006577-2015	Infundado Rec. Cas.
367	Apelación-001304-2015	Confirmaron la Sentencia
368	Apelación-001225-2015	Confirmaron la Sentencia
369	Casación-003942-2015	Fundado Rec. Cas.
370	Casación-000598-2015	Fundado Rec. Cas.
371	Apelación-008653-2015	Revocaron la sentencia
372	Apelación-014566-2015	Cofirmaron el auto
373	Casación-000556-2015	Fundado Rec. Cas.
374	Casación-002259-2015	Infundado Rec. Cas.
375	Casación-003086-2015	Infundado Rec. Cas.
376	Apelación-000526-2015	Confirmaron la Sentencia
377	Apelación-000568-2015	Confirmaron la Sentencia
378	Apelación-000531-2015	Confirmaron la Sentencia

379	Casación-012825-2015	Improcedente Rec. Cas.
380	Casación-007097-2015	Improcedente Rec. Cas.
381	Casación-007084-2015	Improcedente Rec. Cas.
382	Apelación-000494-2015	Nula la Sentencia
383	Casación-007503-2015	Improcedente Rec. Cas.
384	Casación-001360-2015	Fundado Rec. Cas.
385	Casación-000371-2015	Nulo el auto concesorio
386	Casación-000553-2015	Nulo concesorio de Rec. Cas. E Inadmisible el Rec. Cas.
387	Recurso de Nulidad-001761-2015	Haber Nulidad en la sentencia
388	Casación-004282-2015	Improcedente Rec. Cas.
389	Recurso de Nulidad-001046-2015	No haber nulidad
390	Recurso de Nulidad-000351-2015	No haber nulidad
391	Casación-004101-2015	Improcedente Rec. Cas.
392	Casación-001331-2015	Fundado Rec. Cas.
393	Casación-003987-2015	Improcedente Rec. Cas.
394	Casación-000631-2015	Fundado Rec. Cas.
395	Recurso de Nulidad-000887-2015	Haber Nulidad en la sentencia
396	Apelación-000432-2015	CONFIRMARON Sentencia apelada
397	Casación-001192-2015	Improcedente Rec. Cas.
398	Casación-000444-2015	Nulo concesorio de Rec. Cas. E Inadmisible el Rec. Cas.
399	Casación-000428-2015	Nulo el concesorio de casación
400	Recurso de Nulidad-	Confirmaron la Sentencia

	000036-2015	
401	Casación-004460-2015	Fundado Rec. Cas.
402	Casación-002893-2015	Improcedente Rec. Cas.
403	Apelación-000596-2015	CONFIRMARON Sentencia apelada
404	Casación-009331-2015	Fundado Rec. Cas.
405	Apelación-000417-2015	Confirmaron la Sentencia
406	Revisión de Sentencia-000237-2015	Improcedente dda revisión
407	Apelación-000339-2015	Confirmaron la Sentencia
408	Casación-002268-2015	Fundado Rec. Cas.
409	Casación-001963-2015	Fundado Rec. Cas.
410	Casación-001146-2015	Infundado Rec. Cas.
411	Apelación-000333-2015	Confirmaron la Sentencia
412	Casación-003685-2015	Improcedente Rec. Cas.
413	Apelación-000296-2015	Confirmaron sentencia
414	Apelación-006204-2015	Confirmaron el auto
415	Apelación-000281-2015	Confirmaron la Sentencia
416	Casación-004521-2015	Improcedente Rec. Cas.
417	Casación-003920-2015	Improcedente Rec. Cas.
418	Casación-000363-2015	Bien concedido el Rec. Cas.
419	Casación-003616-2015	Improcedente Rec. Cas.
420	Apelación-009626-2015	Confirmaron Sentencia

421	Recurso de Nulidad-001522-2015	No haber nulidad de sentencia
422	Casación-000385-2015	Inadmisible Rec. Cas.
423	Apelación-000034-2015	Confirmaron
424	Casación-000209-2015	Infundado el Rec. Cas.
425	Recurso de Nulidad-001372-2015	No haber nulidad en el auto
426	Casación-002094-2015	Improcedente Rec. Cas.
427	Casación-002109-2015	Improcedente Rec. Cas.
428	Apelación-002993-2015	Confirmaron la Sentencia
429	Casación-005481-2015	Infundado Rec. Cas.
430	Recurso de Nulidad-001068-2015	No haber nulidad en la sentencia
431	Recurso de Nulidad-001732-2015	No haber nulidad de sentencia
432	Recurso de Nulidad-000610-2015	Haber nulidad en el auto
433	Recurso de Nulidad-000561-2015	Inadmisibles Recs. Cas.
434	Casación-002211-2015	Improcedente Rec. Cas.
435	Recurso de Nulidad-000719-2015	No haber nulidad en la sentencia
436	Casación-000588-2015	Improcedente Rec. Cas.
437	Casación-000430-2015	Fundado Recs. Cas.
438	Recurso de Nulidad-000566-2015	Confirmaron la sentencia
439	Casación-001315-2016	Infundado Rec. Cas.
440	Recurso de Nulidad-	No haber nulidad de sentencia

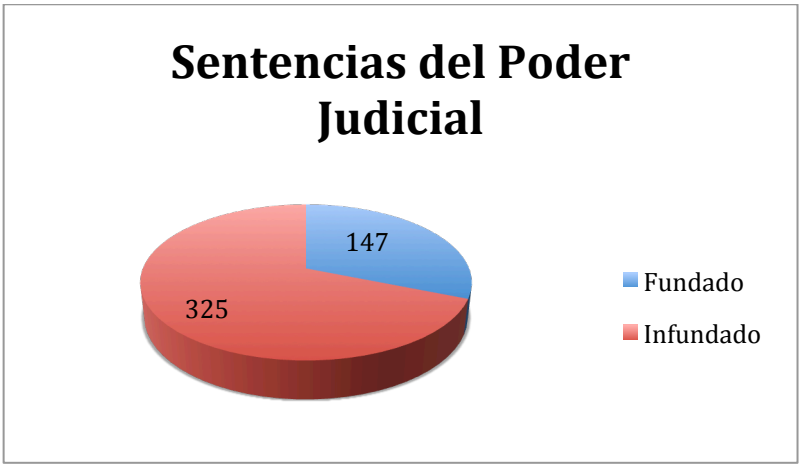
	001248-2016	
441	Casación-003006-2016	Improcedente Rec. Cas.
442	Casación-009993-2016	Improcedente Rec. Cas.
443	Casación-002631-2016	Improcedente Rec. Cas.
444	Casación-001211-2016	Improcedente Rec. Cas.
445	Casación-000507-2015	Fundado el Rec. Cas.
446	Casación-000301-2016	Fundado Rec. Cas.
447	Casación-000429-2016	Infundado Rec. Cas.
448	Casación-001470-2016	Improcedente Rec. Cas.
449	Casación-000455-2016	Improcedente Rec. Cas.
450	Casación-002000-2016	Improcedente Rec. Cas.
451	Casación-000895-2016	Improcedente Rec. Cas.
452	Casación-002897-2016	Improcedente Rec. Cas.
453	Casación-002116-2016	Improcedente Rec. Cas.
454	Recurso de Nulidad-001440-2016	Haber nulidad sentencia
455	Casación-000147-2016	Improcedente Rec. Cas.
456	Apelación-001012-2016	Nula la setencia
457	Apelación-000711-2016	Confirmaron la sentencia
458	Casación-005252-2016	Improcedente Rec. Cas.
459	Casación-000309-2016	Improcedente Rec. Cas.
460	Revisión de Sentencia-000129-2016	Improcedente Dda Rev.
461	Casación-002602-2016	Improcedente Rec. Cas.
462	Casación-000234-2016	Nulos autus concesorios
463	Casación-002201-2016	Improcedente Rec. Cas.
464	Casación-001994-2016	Improcedente Rec. Cas.
465	Recurso de Nulidad-	No haber nulidad

	001253-2016	
466	Casación-000764-2016	Improcedente Rec. Cas.
467	Casación-001509-2016	Improcedente Rec. Cas.
468	Casación-001283-2016	Improcedente Rec. Cas.
469	Revisión de Sentencia-000016-2016	Admitieron a trámite revisión
470	Revisión de Sentencia-000005-2016	Admitir la dda. A revisión
471	Revisión de Sentencia-000030-2016	Improcedente dda Revisión
472	Revisión de Sentencia-000017-2016	Improcedente Rec. Cas.

3.- Cuadro específico del indicador jurisprudencial N° 03-PJ-VLE-CLE

Sentencias del Poder Judicial	**Fallos**	**Porcentaje %**
Fundados	147	31.14
Infundados	325	68.85
TOTAL	472	100

4.- Gráfico del Indicador jurisprudencial N° 03-PJ-VLE-CLE:



5.- Conclusiones del indicador jurisprudencial N° 03-PJ-VLE-CLE

De acuerdo con la operacionalización del indicador jurisprudencial N° 03-PJ-VLE-CLE, se ha tabulado cuatroscientos setenta y dos (472) sentencias del Poder Judicial, con el criterio de búsqueda "Libertad de Empresa", de donde se han obtenido ciento cuarenta y siete (147) fallos fundados, y trescientos veinticinco (325) fallos infundados, haciendo un porcentaje de 31.14 % favorable, y 68.85 % desfavorable para la pretensión de obtener el derecho a la libertad de empresa. Con lo que se confirma la hipótesis que se vulnera la libertad de empresa.

INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 04-TC-VLE-CC
Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable: "Libertad de Empresa"
Criterio de búsqueda: "Competitividad"

1.- Criterios del Indicador Jurisprudencial N° 04-TC-VLE-CC

Sentencias del Tribunal Constitucional, dentro del marco de la variable "Libertad de Empresa", buscadas en la pág. Web institucional, con el criterio de búsqueda: "Competitividad".

Criterios jurisprudenciales Nro. 04-TC-VLE-CC **Sentencias del Tribunal Constitucional**	
Indicador:	Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable:	Libertad de Empresa
Nº de sentencias:	47
Criterio de búsqueda:	Competitividad
Periodo de sentencias:	2007 al 2009
Fallo: 1ra. Opción:	Fundada
Fallo: 2da. Opción:	Infundada

2.- Cuadro general del indicador jurisprudencial N° 04-TC-VLE-CC

Nº	**Sentencia**	**Fallo**
1	Expediente N.° 0005-2007-PC/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda de autos
2	EXP. N.° 04029-2007-PA/TC	Declarar FUNDADA en parte la demanda de amparo
3	EXP. N.° 00543-2007-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda
4	EXP. N.° 3911-2007-PA/TC	Declarar FUNDADA demandada de amparo
5	EXP. N.° 00542-2007-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de amparo, porque no se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo

6	EXP. N.° 02382-2007-PA/TC	1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo.
7	EXPS. N.os 00026-2008-PI/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad presentada.
8	EXPS. N.os 00026-2008-PI/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad presentada.
9	EXP. N.° 04088-2008-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y al debido proceso de la demandante.
10	EXP. N.º 02168-2008-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda de amparo de autos,
11	EXP. N.° 02887-2008-AA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.
12	EXP. N.° 05963-2008-PA/TC	1. Declarar FUNDADA la demanda
13	EXP. N.° 02624-2008-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda de amparo, por haberse demostrado la vulneración de su derecho al trabajo.
14	EXP. N.° 04775-2008-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de autos.
15	EXP. N.° 06165-2008-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda.
16	EXP. N.° 5008-2008-PA/TC	1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo porque se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo
17	EXP. N.° 0684-2008-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de amparo de autos.
18	EXP. N.° 05223-2008-PA/TC	Declarando FUNDADA la demanda, por haberse probado la vulneración del derecho
19	EXP. N.° 02931-2008-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda.
20	EXP. N.° 04038-2008-PA/TC	REVOCAR
21	EXP. N.° 04824-2008-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de autos.
22	EXP. N.° 05025-2008-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del

		derecho al trabajo.
23	EXP. N.° 05012-2008-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo.
24	EXP. N.° 04058-2008-PA/TC	1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de amparo.
25	EXP. N.º 03788-2008-PA/TC	Declarar FUNDADA en parte la demanda de amparo.
26	EXP. N.° 02005-2008-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda.
27	EXP. N.° 00205-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda al no acreditarse la vulneración al derecho fundamental a la pensión.
28	EXP. N ° 00593-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda.
29	Exp. N.° 3116-2009-Pa/TC	Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de aclaración en lo demás que contiene.
30	EXP. N.º 03116-2009-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.
31	EXP. N.° 04938-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de autos.
32	EXP. N.° 01409-2009-PA/TC	1. Declarar FUNDADA
33	EXP. N.° 04861-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda porque no se ha acreditado la vulneración del derecho a la pensión.
34	EXP. N.° 04493-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADAS
35	EXP. N.° 02586-2009-PA/TC	1. Declarar FUNDADA
36	EXP. N.º 04245 2009-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda.
37	EXP. N.° 03511-2009-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda.
38	EXP. N.° 00235-2009-PA/TC	1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda,
39	EXP. N.° 02542-2009-PA/TC	Declarar FUNDADA, en parte,

40	EXP. N.° 02886-2009-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda.
41	EXP. N.° 00110-2009-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.
42	EXP. N.° 2871-2009-PA/TC	1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo.
43	EXP. N.° 1425-2009-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.
44	EXP. N.° 02426-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda.
45	EXP. N.° 01758-2009-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda,
46	EXP. N.° 02208-2009-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda de amparo
47	EXP. N.° 01959-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda, porque no se ha acreditado la vulneración del derecho fundamental a la pensión.

3.- Cuadro específico del Indicador jurisprudencial N° 04-TC-VLE-CC

Sentencias del Tribunal Constitucional	**Fallos**	**Porcentaje %**
Fundados	21	44.68
Infundados	26	55.31
TOTAL	47	100

4.- Gráfico del indicador jurisprudencial N° 04-TC-VLE-CC

5.- Conclusiones del Indicador jurisprudencial N° 04-TC-VLE-CC

De acuerdo con la operacionalización de cuarenta y siete (47) sentencias del Tribunal Constitucional, con el criterio de búsqueda “Competitividad”, dentro del marco de la variable “Libertad de Empresa”, se han obtenido veintiún (21) fallos fundados, y veintiséis (26) fallos infundados; lo que representa el 44.68 % de demandas que acogieron el petitorio del derecho a la libertad de empresa, y un total de 55.31 % de peticiones declaradas infundadas. Lo que demuestra que el atentado contra la libertad de empresa es mayoritario.

INDICADORES JURISPRUDENCIALES: VARIABLE: POLÍTICA FISCAL
SENTENCIAS

INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 01-TC-VPF-CTE
Sentencias del Tribunal Constitucional

Variable: Libertad de Empresa

Criterio de búsqueda: Tributos a las empresas

1.- Criterios generales del Indicador jurisprudencial N° 01-TC-VPF-CTE

Sentencias del Tribunal Constitucional, dentro de la variable: Política Fiscal, con el criterio de búsqueda: "Tributos a las Empresas".

Criterios jurisprudenciales Nro. 01-TC-VPF-CTE **Sentencias del Tribunal Constitucional**	
Indicador:	Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable:	Política Fiscal
Nº de sentencias:	85
Criterio de búsqueda:	Tributos a las empresas
Periodo de sentencias:	1993 al 2011
Fallo: 1ra. Opción:	Fundada
Fallo: 2da. Opción:	Infundada

2.- Cuadro general del indicador jurisprudencial N° 01-TC-VPF-CTE:

N°	EXP.	FALLO:
1	1993 - 248-93-AA/TC	Revocando
2	1995 - 158-95-AA/TC	*REVOCANDO*
3	1996 - 175-96-AA/TC	CONFIRMANDO,

4	1996 - 779-96-AA/TC	REVOCANDO
5	1996 - 780-96-AA/TC	*Revocando*
6	1997 - 1258-97-AA/TC	REVOCANDO
7	1998 - 1157-98-AA/TC	REVOCANDO
8	1998 - 303-98-AA/TC	CONFIRMANDO
9	1998 - 387-98-AA/TC	CONFIRMANDO
10	1998 - 697-98-AA/TC	CONFIRMANDO
11	1999 - 001-1999-AI/TC	Declarando FUNDADA
12	1999 - 158-99-AA/TC	REVOCANDO
13	1999 - 227-99-AA/TC	CONFIRMANDO
14	1999 - 262-99-AA/TC	CONFIRMANDO
15	1999 - 402-99-AA/TC	REVOCANDO
16	2001 - 009-2001-AI/TC	Declarando FUNDADA, en parte,
17	2001 - 1136-2001-AA/TC	Revocando
18	2001 - 1266-2001-AA/TC	CONFIRMANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró IMPROCEDENTE la acción de amparo.
19	2001 - 1319-2001-AA/TC	CONFIRMANDO
20	2001 - 930-2001-AA/TC	CONFIRMANDO
21	2002 - 0499-2002-AA/TC	REVOCANDO
22	2002 - 0571-2002-	REVOCANDO

	AA/TC	
23	2002 - 1819-02-AA/TC	CONFIRMANDO
24	2002 - 1899-2002-AA/TC	REVOCANDO
25	2002 - 2459-2002-AA/TC	REVOCANDO
26	2002 - 2662-2002-AA/TC	REVOCANDO
27	2002 - 2727-2002-AA/TC	CONFIRMANDO
28	2002 - 415-2002-AA/TC	REVOCANDO
29	2003 - 0001-2003-CC/TC	1. Declarar INFUNDADA
30	2003 - 005-2003-AI/TC	Declarando INFUNDADA
31	2003 - 0325-2003-AA/TC	REVOCANDO
32	2003 - 1492-2003-AA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.
33	2003 - 1746-2003-AA/TC	1. Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, inaplicable a la demandante el artículo 1° del Decreto Supremo N.° 128-2001- EF.
34	2003 - 2058-2003-AA/TC	Declarar INFUNDADA la acción de amparo.
35	2003 - 2302-2003-AA/TC	Declarar INFUNDADO
36	2003 - 322-2003-	1. Declarar FUNDADA

	AA/TC	
37	2003 - 3303-2003-AA/TC	1. Declarar FUNDADA la demanda
38	2003 - 917-2003-AA/TC	Declarar FUNDADA
39	2004 - 0004-2004-AI/TC	1. Declarar, por unanimidad, FUNDADA
40	2004 - 0041-2004-AI/TC	1. Declarar FUNDADA la acción de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales las siguientes Ordenanzas:
41	2004 - 1520-2004-AA/TC	Declarar INFUNDADA la acción de amparo.
42	2004 - 2689-2004-AA/TC	1. Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.
43	2005 - 0670-2005-PA/TC	1. Declarar INFUNDADA
44	2005 - 0676-2005-PA/TC	Declarar FUNDADA
45	2005 - 0917-2005-PA/TC	Declarar FUNDADA la demanda;
46	2005 - 10138-2005 - PC/TC	1. Declarar FUNDADA
47	2005 - 4227-2005-PA/TC	1. Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.
48	2005 - 5379-2005-AA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.
49	2005 - 6876-2005-PA/TC	
50	2005 - 7289-2005-	Declarar INFUNDADA la demanda.

	PA/TC	
51	2005 - 8605-2005-AA/TC	1. Declarar INFUNDADA
52	2005 - 9102-2005-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda, dejando a salvo el derecho del actor para hacerlo valer en la vía correspondiente.
53	2005 - 9212-2005 - PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda.
54	2006 - 03797-2006-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.
55	2006 - 04168-2006-PA/TC	1. Declarar FUNDADA
56	2006 - 0552-2006-PA/TC	REVOCANDO
57	2006 - 06304-2006-PA/TC	1. Declarar FUNDADA en parte la demanda;
58	2006 - 08134-2006-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo
59	2006 - 3081-2006-PA/TC	1) Declarar IMPROCEDENTE
60	2006 - 4293-2006-PA/TC	1) Declarar IMPROCEDENTE
61	2006 - 4734-2006-PA/TC	Declarar FUNDADA
62	2006 - 5221-2006-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda.
63	2006 - 5970-2006-PA/TC	Declarar FUNDADA

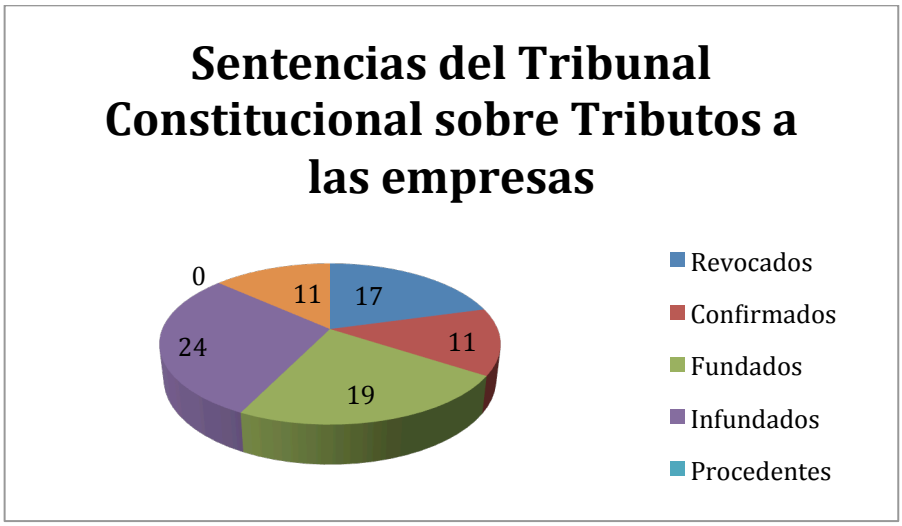
64	2006 - 6626-2006-PA/TC	1. Declarar INFUNDADA la demanda respecto al alegato de confiscatoriedad, conforme a lo expuesto en los fundamentos 34-41 de la presente.
65	2006 - 7249-2006-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.
66	2007 - 01769-2007-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda, dejando a salvo el derecho del actor para hacerlo valer en la vía correspondiente.
67	2007 - 02233-2007-PA/TC	1. Declarar FUNDADA
68	2007 - 05503-2007-PA/TC	1. Declarar FUNDADA
69	2007 - 06145-2007-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE
70	2007 - 2226-2007-PA/TC	1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo interpuesta.
71	2008 - 00504-2008-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de autos.
72	2008 - 1993-2008-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.
73	2009 - 01473-2009-PA/TC	1. Declarar INFUNDADA la demanda.
74	2009 - 01943-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.
75	2009 - 02838-2009-PHD/TC	Declarar INFUNDADA la demanda.
76	2009 - 03116-2009-	1. Declarar FUNDADA la demanda

	PA/TC	porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.
77	2009 - 03625-2009-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda.
78	2010 - 00725-2010-PC/TC	1. Declarar FUNDADA
79	2010 - 01405-2010-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de autos.
80	2010 - 01538-2010-PA/TC	Declarar INFUNDADA
81	2010 - 02835-2010-PA/TC	1. Declarar INFUNDADA la demanda.
82	2010 - 02861-2010-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda de autos en todos sus extremos.
83	2010 - 03400-2010-PA/TC	Declarar IMPROCEDENTE la demanda.
84	2010 - 03769-2010-PA/TC	Declarar INFUNDADA la demanda
85	2011 - 04178-2011-PA/TC	1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo

3.- Cuadro específico del Indicador jurisprudencial N° 01-TC-VPF-CTE:

Sentencias	**Fallos**	**Porcentajes %**
Revocado:	17	20.73
Confirmado:	11	13.41
Fundado:	19	23.17
Infundado:	24	29.26
Procedente:	00	00
Improcedente:	11	13.41
Total	**82**	**100**

4.- Gráfico del Indicador jurisprudencial N° 01-TC-VPF-CTE:



5..- Conclusiones del Indicador jurisprudencial N° 01-TC-VPF-CTE:

Se han operacionalizado ochenta y dos (82) sentencias del Tribunal Constitucional, seleccionadas con el criterio de búsqueda "Tributos a las empresas", dentro del marco de la variable "Política Fiscal"; y del cual se han obtenido fallos revocados 17, fundados 19, y 00 procedentes, haciendo un total de 36 fallos a favor de la empresa. Asi se han obtenido fallos Confirmados 11, Infundados 24, e Improcedentes 11, haciendo un total de 46 fallos en contra de la empresa. Por lo que se confirma el atentado contra la libertad de empresa.

INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 02-TC-VPF-CIP
Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable: "Política Fiscal"
Criterio de búsqueda: Inversión Pública

1.- Criterios generales del Indicador jurisprudencial N° 02-TC-VPF-CIV

Sentencias del Tribunal Constitucional que, dentro de la variable "Política Fiscal", han sido buscadas en la la pág. Web institucional, con el criterio: "Inversión Publica:

Criterios jurisprudenciales Nro. 02-TC-VPF-CTE **Sentencias del Tribunal Constitucional**	
Indicador:	Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable:	Política Fiscal
Nº de sentencias:	13
Criterio de búsqueda:	Inversión Pública
Periodo de sentencias:	2004 al 2009
Fallo: 1ra. Opción:	Fundada
Fallo: 2da. Opción:	Infundada

2.- Cuadro general del Indicador N° 02-TC-VPF-CIP

N°	Sentencia	Fallo
1	EXPS. N.os 001-2004-AI/TC	INFUNDADAS las demandas de inconstitucionalidad
2	EXP. N.° 0029-2004-AI/TC	INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad
3	EXP. N.º 0008-2006-PI/TC	INFUNDADA la demanda de

		inconstitucionalidad.
4	EXP. N.° 0552-2006-PA/TC	INFUNDADA la demanda.
5	EXP. N.° 3163-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
6	EXP. N.° 6916-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
7	EXP. N.° 6916-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
8	EXP. N.° 6916-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
9	0009-2007-PI/TC	FUNDADA demanda de inconstitucionalidad;
10	EXP. N.° 00016-2007-PI/TC	FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad;
11	EXP. N.° 00448-2007-PA/TC	INFUNDADA la demanda.
12	EXP. N.º 00032-2008-PI/TC	INFUNDADA la demanda.
13	EXP. N.° 00007-2009-CC/TC	ADMITIR a trámite la demanda sobre conflicto de competencia

3.- Cuadro específico del Indicador Jurisprudencial N° 02-TC-VPF-CIP:

Sentencias	**Fallos**	**Porcentaje %**
FUNDADO	2	15.38
Infudado	7	53.84
Procedente	0	0
Improcedente	4	30.76
Total	13	100

4.- Conclusiones del Indicador Jurisprudencial N° 02-TC-VPF-CIP:

De trece (13) sentencias del Tribunal Constitucional, dentro del marco d ela variable “Política Fiscal”, y seleccionadas bajo el criterio de búsqueda “Inversión Pública”, se tienen fundadas el 15.38 %, y procedente 00 %; asimismo se han obtenido fallos infundados el 53.84 %, e improcedente el 30 %; por lo que se tiene que fallos desfavorables a la empresa se han dado el 83.84 %.

INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 03-TC-VPF-CDT
Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable: Política Fiscal
Criterio de búsqueda: Determinación Tributaria

1.- Criterios del Indicador jurisprudencial N° 03-TC-VPF-CDT – Determinación Tributaria

Sentencias del Tribunal Constitucional, dentro de la variable Política Fiscal, con el criterio de búsqueda: Determinación Fiscal:

Criterios jurisprudenciales Nro. 03-TC-VPF-CDT **Sentencias del Tribunal Constitucional**	
Indicador:	Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable:	Política Fiscal
Nº de sentencias:	81
Criterio de búsqueda:	Determinación Tributaria
Periodo de sentencias:	2000 AL 2012
Fallo: 1ra. Opción:	Revocado
Fallo: 2da. Opción:	Confirmado
Fallo: 3ra. Opción:	Fundado
Fallo: 4ta. Opción:	Infundado
Fallo: 6ta. Opción:	Procedente
Fallo: 6ta. Opción:	Improcedente

2.- Cuadro general del Indicador jurisprudencial N° 03-TC-VPF-CDT

Nº	EXP	FALLO
1	EXP. N.° 345-2000-AC/TC	REVOCANDO la recurrida
2	EXP. N.º 708-2000-AA/TC	REVOCANDO
3	EXP. N.° 327-2001-AA/TC	REVOCANDO la recurrida que,
4	EXP. N.° 1124-2001-AA/TC	CONFIRMANDO en parte la recurrida
5	EXP. N.° 831-2002-AA/TC	CONFIRMAR el auto recurrido,
6	EXP. N.° 1272-2002-AC/TC	REVOCANDO la recurrida que,
7	EXP. N.° 2816-2002-AA	REVOCANDO la recurrida que,
8	EXP. N.º 0008-2003-AI/TC	FUNDADA
9	EXP N.° 0261-2003-AA/TC	CONFIRMANDO la recurrida
10	EXP. N.° 322-2003-AA/TC	FUNDADA la acción de amparo;
11	EXP. N.° 780-2003-AC/TC	INFUNDADA la acción de cumplimiento.
12	EXP. Nº 0928-2003-AA/TC	REVOCANDO la recurrida que,
13	EXP. N.º 2302-2003-AA/TC	INFUNDADO el proceso constitucional de amparo
14	EXP. N.° 2721-2003-AA/TC	REVOCANDO la recurrida
15	EXP. N.° 3283-2003-AA/TC	INFUNDADA la acción de amparo de autos.
16	EXP. N.° 3303-2003-AA/TC	FUNDADA la demanda.

17	EXP. N.° 0041-2004-AI/TC	FUNDADA la acción de inconstitucionalidad
18	EXP. Nº 1776-2004-AA/TC	FUNDADA
19	EXP. N.º 2689-2004-AA/TC	IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.
20	EXP. N.º 2868-2004-AA/TC	FUNDADA la demanda.
21	EXP. N° 3330-2004-AA/TC	IMPROCEDENTE la demanda de amparo.
22	EXP. 0001-2005-PI/TC	INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad.
23	EXP. N.° 008-2005-PI/TC	INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad
24	EXP. N.° 1023-2005-AA/TC	FUNDADA, en parte,
25	EXP. N.° 1741-2005-PA/TC	FUNDADA, en parte,
26	EXP. N.° 1417-2005-AA/TC	FUNDADA la demanda.
27	EXP. N.° 4227-2005-PA/TC	INFUNDADA la demanda de amparo.
28	EXP. 7289-2005-PA/TC	INFUNDADA la demanda.
29	EXP. 7955-2005-PA/TC	IMPROCEDENTE
30	EXP. N.° 8605-2005-AA/TC	INFUNDADA la demanda de amparo
31	EXP. N.° 9165-2005-PA/TC	INFUNDADA la demanda.
32	EXP. N.º 9598-2005-PHC/TC	FUNDADA la demanda de autos;

33	EXP. N.° 0552-2006-PA/TC	INFUNDADA la demanda.
34	EXP. N.° 1018-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda,
35	EXP. N.° 1209-2006-PA/TC	FUNDADA la demanda de autos,
36	EXP. N.° 3081-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE
37	EXP. N.° 3974-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE
38	EXP. N.° 4242-2006-PA/TC	INFUNDADA la demanda de amparo.
39	EXP. N.° 4293-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda de amparo
40	EXP. N.° 4989-2006-PHC/TC	FUNDADA la demanda;
41	EXP. N.° 06089-2006-PA/TC	INFUNDADA
42	EXP. N.° 6187-2006-PA/TC	FUNDADA la demanda de amparo
43	EXP. N.° 08134-2006-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda de amparo.
44	EXP. N. ° 8543-2006-PA/TC	FUNDADA la demanda de amparo;
45	EXP. N.° 01769-2007-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda
46	EXP. N.° 665-2007-AA/TC	FUNDADA la demanda de amparo;
47	EXP. N.° 01769-2007-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda,
48	EXP. N.º 02513-2007-	INFUNDADA la demanda.

	PA/TC	
49	EXP. N.° 03343-2007-PA/TC	FUNDADA la demanda.
50	EXP. N.º 04762-2007-PA/TC	FUNDADA la demanda;
51	EXP. N.° 05503-2007-PA/TC	FUNDADA la demanda de amparo interpuesta.
52	EXP. N.° 05880-2007-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
53	EXP. N.º 03689-2008-PHC/TC	IMPROCEDENTE la demanda,
54	EXP. N.º 04486-2008-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda de amparo.
55	EXP. N.° 04878-2008-PA/TC	FUNDADO el recurso de agravio constitucional
56	EXP. N.° 00228-2009-PA/TC	FUNDADA la demanda de autos,
57	EXP. N.° 00936-2009-PA/TC	FUNDADA la demanda,
58	EXP. N.° 02211-2009-PA/TC	INFUNDADO el extremo de la demanda
59	EXP. N.° 02714-2009-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
60	EXP. N.° 03561-2009-PA/TC	FUNDADA
61	EXP. N.° 03625-2009-PA/TC	INFUNDADA la demanda.
62	EXP. N.° 04192-2009-PA/TC	REVOCAR las resoluciones
63	EXP. N.° 04363-2009-	INFUNDADA la demanda de amparo.

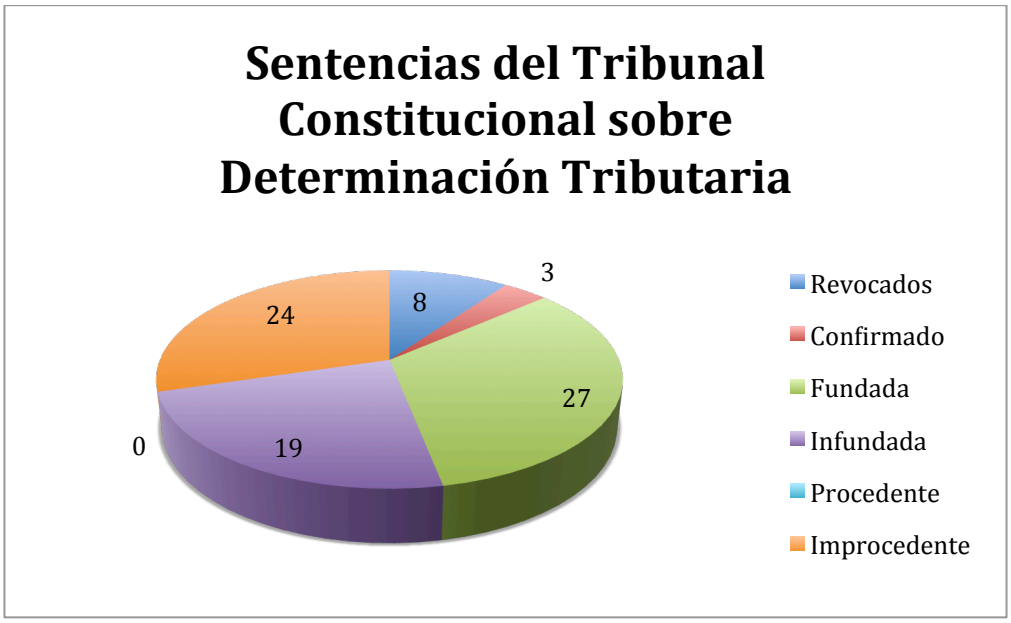
	PA/TC	
64	EXP. N.° 04749-2009-PA/TC	FUNDADA la demanda
65	EXP. N.° 01538-2010-PA/TC	INFUNDADA la demanda de amparo,
66	EXP. N.° 01645-2010-PHC/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
67	EXP. N.º 02111-2010-PA/TC	FUNDADA
68	EXP. N.° 02847-2010-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
69	EXP. N.° 03400-2010-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
70	EXP. N.° 03769-2010-PA/TC	INFUNDADA la demanda.
71	EXP. N.° 04209-2010-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
72	EXP. N.° 00478-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda.
73	EXP. N.° 01335-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE el extremo de la demanda
74	EXP. N.° 02647-2011-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.
75	EXP. N.° 04031-2011-PA/TC	FUNDADA la demanda
76	EXP. N.° 05218-2011-PC/TC	INFUNDADA la excepción de cosa juzgada
77	EXP. N.° 00037-2012-PA/TC	FUNDADA la demanda de amparo
78	EXP. N.° 01072-2012-	IMPROCEDENTE la demanda.

	PA/TC	
79	EXP. N.° 02698-2012-AA/TC	FUNDADA la demanda de amparo
80	EXP. N.° 02879-2012-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda
81	EXP. N.° 02984-2012-PA/TC	IMPROCEDENTE la demanda

3.- Cuadro específico del Indicador jurisprudencial N° 03-TC-VPF-CDT

Sentencias TC	Fallos	Porcentaje %
Revocado:	8	9.876
Confirmado:	3	3.703
Fundada:	27	33.33
Infundada:	19	23.45
Procedente:	00	00
Improcedente:	24	29.62
Total	**81**	**100**

4.- Gráfico del **Indicador jurisprudencial N° 03-TC-VPF-CDT**



5.- Conclusiones del Indicador jurisprudencial N° 03-TC-VPF-CDT

De un grupo de ochentiun (81) sentencias del Tribunal, dentro del marco de la variable "Política Fiscal", seleccionadas con el criterio de búsqueda "Determinación Tributaria", se han obtenido fallos revocados 9.876 %, fundados 33.33 %, procedentes 00 %, haciendo un total favorable a la empresa de 42.919 %. En contrario se han obtenido fallos confirmados 3.703 %, infundadas 23.45 %, e improcedentes 29.62 %, haciendo un total desfavorable a la empresa de 58.810 %. Se comprueba la tendencia en contra del derecho a la libertad de empresa.

INDICADOR JURISPRUDENCIAL N° 04-TC-VPF-CCC
Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable: Política Fiscal
Criterio de búsqueda: Cobranza Coactiva

1.- Criterios generales del Indicador Jurisprudencial N° 04-TC-VPF-CCC

Sentencias del Tribunal Constitucional que, en el marco de la variable "Política Fiscal", se han buscado con el criterio: Cobranza Coctiva:

Criterios jurisprudenciales Nro. 03-TC-VPF-CDT **Sentencias del Tribunal Constitucional**	
Indicador:	Sentencias del Tribunal Constitucional
Variable:	Política Fiscal
Nº de sentencias:	09
Criterio de búsqueda:	Cobranza Coactiva
Periodo de sentencias:	2000 al 2009
Fallo: 1ra. Opción:	Revocado
Fallo: 2da. Opción:	Confirmado
Fallo: 3ra. Opción:	Fundado
Fallo: 4ta. Opción:	Infundado

2.- Cuadro general del Indicador Jurisprudencial N° 04-TC-VPF-CCC

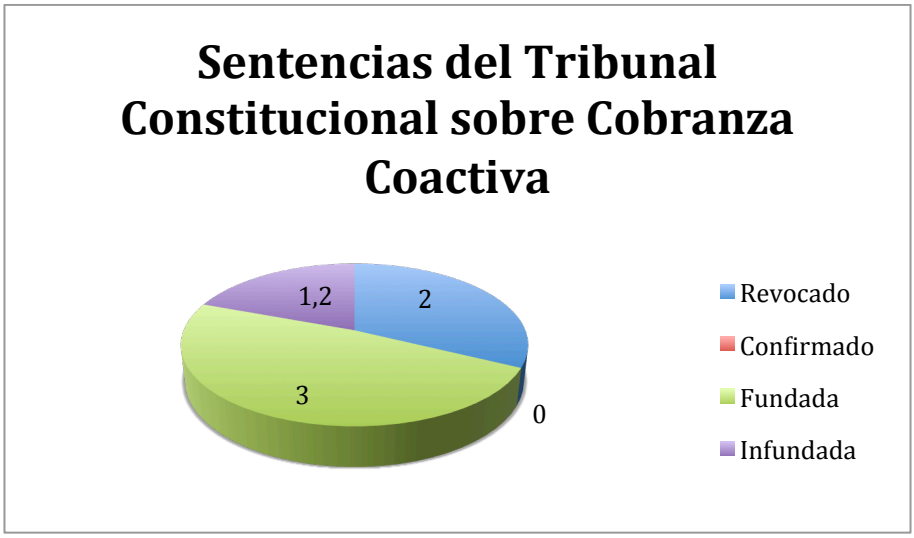
Nº	**Sentencia**	**Fallo**
1	EXP. N.° 1779-2002-AA/TC	REVOCANDO
2	EXP. N.° 2721-2003-AA/TC	REVOCANDO
3	EXP. N.º 3623-2004-AA/TC	FUNDADA
4	EXP. N.° 1741-2005-PA/TC	FUNDADA
5	EXP. 2095-2005-PA/TC	INFUNDADA

6	EXP. N.° 3462-2005-PA/TC	INFUNDADA
7	EXP. N.º 2054-2006-PA/TC	FUNDAD
8	EXP. N.° 4242-2006-PA/TC	INFUNDADA
9	EXP. N.° 02044-2009-PA/TC	INFUNDADA

3.- Cuadro específico del Indicador Jurisprudencial N° 04-TC-VPF-CCC

Sentencias TC	Fallos	Porcentaje %
Revocado:	02	22.22
Confirmado:	00	00
Fundada:	03	33.33
Infundada:	04	44.44
Total	**09**	**100**

4.- Gráfico del Indicador Jurisprudencial N° 04-TC-VPF-CCC



5.- Conclusiones del Indicador Jurisprudencial N° 04-TC-VPF-CCC

De la tabulación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en una cantidad de nueve (09) obtenidas dentro del marco de la variable "Política Fiscal",

seleccionadas y obtenidas mediante el criterio de búsqueda: “Cobranza coactiva”, se han obtenido fallos revocados el 22.22 %, y fundados 33.33 %, favorables a las empresas; siendo que se han obtenido confirmados 00 % e infundadas el 44.44 %.