

TC

GACETA constitucional

análisis multidisciplinario
de la jurisprudencia del tribunal constitucional

TOMO
28
Abril 2010

DIRECTORES

Jorge Avendaño Valdez
Jorge Santistevan de Noriega
Víctor García Toma

ESPECIALES

• CASO CEMENTOS LIMA: CONTROLANDO LA POTESTAD
PARA FIJAR ARANCELES

• ¿CUÁNDO EXISTE RESOLUCIÓN VÁLIDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

ANÁLISIS Y ESTUDIOS POR ESPECIALIDADES

Acerca del principio de elasticidad en sede constitucional

Hábeas data e intolerancia de las empresas privadas

La teoría de la prueba prohibida en las sentencias del Tribunal Constitucional

Plazo razonable y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional

Falta grave flagrante y exoneración del procedimiento previo al despido

El derecho al debido procedimiento administrativo y su protección constitucional

Sistema de cuotas individuales de pesca en reciente jurisprudencia constitucional

La autodeterminación informativa y su relación con las centrales de riesgo

Hospitales públicos y acatamiento de fallos que ordenan realizar pruebas de ADN

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y COMPARADA

Residualidad del amparo y debido proceso (España)

Protección de una autoridad frente a amenazas contra su vida (Colombia)

Tutela frente a condiciones en las que se presta el servicio doméstico (Colombia)

DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Recurso de anulación del laudo: ¿alternativa frente al amparo?

Estado liberal de Derecho y Estado de Derecho material

PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

Los derechos fundamentales y el proceso judicial de cambio de nombre

El fallido indulto a Crousillat y sus consecuencias

Nuevamente la píldora del día siguiente: ¿constitucional o inconstitucional?

Las facultades del Tribunal Constitucional en materia económica

Análisis de la frágil sentencia del cemento*

Daniel ECHAIZ MORENO**

RESUMEN

El autor, a propósito de la resolución materia de análisis, explica los contenidos y principios de nuestro régimen económico constitucional; desarrolla especialmente la libertad de empresa; se refiere a las competencias de los jueces constitucionales para resolver sobre materia arancelaria; hace un contraste entre la sentencia de fondo y la resolución aclaratoria emitidas en este caso; y alude al publicitado tema de la autoría (ajena) de ciertos fundamentos en la sentencia del Tribunal Constitucional.

I. EL CASO

Mediante el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, modificado por los Decretos Supremos N°s 091-2007-EF y 105-2007-EF, se establecieron los derechos arancelarios ad valorem CIF para las subpartidas nacionales del cemento, fijándose la tasa en 12%. Posteriormente, a través del Decreto Supremo N° 158-2007-EF publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre del 2007 se modificó dicha tasa, reduciéndose del 12% al 0%. Ante esta situación, con fecha 11 de enero del 2008, la empresa Cementos Lima S.A. (en adelante: Cementos Lima) interpuso una demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas, solicitando que se declare inaplicable el artículo 2 del mencionado Decreto Supremo

N° 158-2007-EF, referido a la variación de la tasa, argumentando que ese artículo vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la nación.

Con fecha 22 de enero del 2008, el Trigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente *in limine* la demanda, al considerar que la vía procesal específica es el proceso de acción popular. Posteriormente, el 17 de junio del 2008 la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia apelada por estimar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos involucrados.

* **Nota de Gaceta Constitucional:** La STC Exp. N° 03116-2009-PATC, objeto del presente especial, ha sido publicada en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tomo 3, marzo de 2010, pp. 155-164; y la resolución aclaratoria de esta sentencia en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tomo 4, abril de 2010, pp. 129-138.

** Magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado titulado con mención *summa cum laudae* por la Universidad de Lima. Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad San Ignacio de Loyola. Socio fundador de Echaiz - Estudio Jurídico Empresarial.

Ante estas circunstancias, Cementos Lima interpuso recurso de agravio constitucional contra la sentencia de vista. Con fecha 10 de agosto del 2009 se emite la sentencia del Tribunal Constitucional con la firma de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, mediante la cual se declaró fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, restableciéndose la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para el cemento. Hubo tres votos singulares: del magistrado Vergara Gotelli, quien votó para que se declare fundado el recurso de agravio constitucional; del magistrado Landa Arroyo, quien votó para que se declare improcedente la demanda; y del magistrado Calle Hayen, quien votó para que declare infundada la demanda. El 17 de marzo del 2010 el Ministerio de Economía y Finanzas solicitó una aclaración al Tribunal Constitucional respecto a quién es el agraviado, lo que conllevó que se emita la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 22 de marzo del 2010.

II. TEMAS POR DESARROLLAR

El caso expuesto es particularmente relevante porque aborda una materia usualmente conflictiva: la actuación del Estado respecto a la Economía. En tal sentido, centraremos nuestro análisis jurídico en cinco cuestiones puntuales: el régimen económico constitucional; la libertad de empresa; las facultades del Tribunal Constitucional en materia arancelaria; el análisis comparativo entre la sentencia de fondo y la resolución aclaratoria, ambas del Tribunal Constitucional; y, la autoría de los argumentos del Tribunal Constitucional.

III. EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

“El comercio —escribe Néstor Deppeler— es la vida misma”¹ y es que resulta tan antiguo como la propia humanidad; así pues sus orígenes se pierden en el tiempo, lo que demandó

desde entonces la atención del Derecho a través de novísimas regulaciones jurídicas que captasen los usos comerciales. En este sentido, hacemos nuestra la explicación de Cristián Giménez Corte cuando señala: “Durante la Edad Media se desarrollaron en las principales ciudades europeas ciertos usos y costumbres dentro de la comunidad de comerciantes —principalmente italianos, hanseáticos, franceses, holandeses y también españoles— que concurrían a las ferias y mercados a intercambiar bienes. Ante la dificultad de aplicar el viejo Derecho Romano, rígido y no muy conocido, o el Derecho Canónico, que no había sido desarrollado para regular el comercio, y ante los problemas que surgían en la aplicación de los diferentes Derechos locales de los diversos mercaderes de diferentes ciudades, los mismos comerciantes, de forma relativamente espontánea, a través de prácticas reiteradas fueron creando usos jurídicos que regulen sus transacciones. Estos usos generalmente eran aplicados, en caso de conflictos, por tribunales especiales constituidos en las mismas ferias. Estos resolvían los problemas de forma rápida y flexible, aplicando los usos que, en general, establecían principios de informalidad de los actos o la confianza en la palabra y la buena fe. Se denominó al conjunto de usos, costumbres y principios propios de los comerciantes *ius mercatorum*. La *ley de los mercaderes* constituía un Derecho común a todos los comerciantes, sin importar la nacionalidad o el domicilio, adquiriendo con ello una incipiente universalidad y haciéndose cosmopolita”².

El Derecho Comercial no es más que la regulación jurídica del comercio, por lo que aprehende figuras de origen económico con el propósito de brindarles un tratamiento jurídico; he ahí, por cierto, su naturaleza compleja que, en no pocas ocasiones, es difícil de entender. Y la complejidad es mayor cuando el propio comercio empieza a bifurcarse en dos variantes: por un lado, el comercio interior y, por otro lado, el comercio exterior. La

globalización, hartamente desarrollada hoy en día, abona a favor de esta dicotomía y, a la vez, los aleja y los acerca. ¿El efecto? Pues la irremediable convivencia de una copiosa legislación en materia de comercio interior y exterior que hasta ahora no ha sido abordada de modo integral, orgánico y unitario. Como bien acota José Miguel Embid Irujo: “La complejidad normativa del Derecho Mercantil contemporáneo trae consigo, desde luego, la existencia de diversos estratos o capas en el seno de la disciplina jurídica, así como la convivencia de principios inspiradores no siempre compatibles entre sí. No es ajena a dicha complejidad la existencia de una pluralidad de instancias normativas competentes a la hora de formular el nuevo Derecho Mercantil: *no solo el Estado nacional, autor exclusivo de las normas mercantiles en la etapa codificadora, sino también organizaciones supranacionales o entidades de dimensión inferior, resultan competentes en la actualidad para configurar aspectos, cuando menos parciales, de nuestra disciplina*”³ (el resaltado es nuestro).

Organizaciones supranacionales y entidades de dimensión inferior, al decir de José Miguel Embid Irujo, como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las cámaras de comercio, respectivamente, promueven el comercio tanto interior como exterior. Pero esa promoción, loable per se, lejos está de ofrecer un

escenario de libre actuación, pues la amplísima regulación —existente desde hace décadas y que hoy se procura racionalizar⁴— es, paradójicamente, el principal obstáculo para el comercio. Se trata de hallar el justo medio aristotélico para no arribar a una liberalización a ultranza del comercio (donde no existan reglas mínimas) ni a una economía planificada (en la que se carezca de libertades).

La relación del Estado con la Economía se ha manifestado a través de tres modelos económicos: la economía planificada

(en un extremo), el libre mercado (en el otro extremo) y la economía social de mercado (entre ambos). El modelo de la economía planificada⁵ ve al Estado como un interventor, en tanto solo él sabe lo que conviene al mercado y, así, por ejemplo, determina los precios de los productos. Por su parte, el modelo del libre mercado⁶ no ve al Estado (o, mejor dicho, no lo quiere ver), prescindiendo de este y aplicando la máxima francesa originaria del siglo XVIII *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar). Finalmente, el modelo de la economía social de mercado⁷ sí ve al Estado, más no como un interventor, sino como un árbitro que regula las conductas empresariales, propiciando la competencia para conseguir, al decir de Bernardo Kliksberg⁸: “una economía con rostro humano”.

“Desde su consagración constitucional, la economía social de mercado ha encontrado sustento en el régimen de la libre competencia, el que es resultado de la interacción entre los agentes económicos quienes ... establecen ... las reglas de juego que los regirán en adelante.”

1 DEPPELER, Néstor. *Contratos comerciales de servicios*. Legis, Buenos Aires, 2005, p. 17.

2 GIMÉNEZ CORTE, Cristián. “Los usos comerciales y el Derecho de fuente convencional en el Mercosur”. En: *Derecho Mercantil contemporáneo*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 59 y 60.

3 EMBID IRUJO, José Miguel. “Mercado y Derecho Mercantil”. En: *Código de Comercio y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, agosto del 2005, p. 161.

4 En Argentina, por ejemplo, se vislumbraba en 1988 el contexto ideal donde el comercio esté sujeto “a una regulación jurídica homogénea”, se conduzca “mediante un único instrumento monetario”, el tráfico interior “esté libre de gravámenes fiscales”, los tributos “sean uniformes en todo el territorio”, etc. Cfr. “El modelo constitucional de integración económica”. En: *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Segunda época, N° 26, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1988, p. 8.

5 Cfr. CARR, Edward Hallett. *Historia de la Rusia Soviética. Bases de una economía planificada*. Alianza, Madrid, 1984.

6 Cfr. VILLARREAL, René. *Hacia una nueva economía de mercado*. Castillo, México, 1998.

7 Cfr. *Diplomado Latinoamericano en Economía Social de Mercado*. Universidad Miguel de Cervantes, Santiago de Chile, 2005.

8 Cfr. KLIKSBERG, Bernardo. *Hacia una economía con rostro humano*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.

La economía social de mercado —que nació en los años 30 del siglo pasado, entre los economistas de la Escuela de Friburgo, como Alexander Rüstow— constituye hoy en día el modelo económico más extendido entre los países en vías de desarrollo y con mayor proyección a nivel mundial. El Perú no escapa a esta situación, recogiendo en su texto constitucional cuando en el artículo 58 estipula: “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” (el resaltado es nuestro).

Desde su consagración constitucional, la economía social de mercado ha encontrado sustento en el régimen de la libre competencia, el que es resultado de la interacción entre los agentes económicos quienes, en ejercicio de su libertad, establecen —de acuerdo a sus propios intereses— las reglas de juego que los regirán en adelante. Su elemento fundamental viene dado por la “libertad” de decisión de aquellos que participan en el tráfico económico, por lo que la elección tanto del productor (ofertante) como del consumidor (demandante) son inseparables y de ellas depende, en gran medida, que se logre una asignación adecuada de recursos en la economía que mejore el bienestar de la sociedad en su conjunto⁹.

En este orden de ideas, la competencia en los mercados se constituye en un bien jurídico de significación positiva, sustrato máximo del bienestar económico en general. En atención a esto último, radica la necesidad de su protección legal que, en nuestro país, haya asideo normativo en el artículo 61 primer párrafo de la Constitución Política del Estado donde se prescribe: “*El Estado facilita y vigila la libre competencia.* Combate toda práctica que

la limite y el abuso de posiciones dominantes. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios” (el resaltado es nuestro).

Al decir del organismo gubernamental regulador de la libre competencia en el Perú, esto es, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), “los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y la libre concurrencia en los mercados es la fuerza impulsadora de la economía”¹⁰. Queda claro, entonces, que la competencia como categoría jurídica no es un fin en sí mismo cuya protección se da per se, sino que su existencia se justifica en tanto en cuanto tutela o garantiza el interés económico general. Siguiendo este razonamiento, la determinación de su infracción debe darse sin perder de vista la necesaria consecuencia negativa para el sistema económico en general, proveniente de la conducta del agente. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el ideal de competencia perfecta termina siendo solo un ideal, pues no existe el mercado perfecto con un elevado número de ofertantes y de demandantes, con productos homogéneos, sin barreras de entrada y/o de salida y sin intervención estatal. Al contrario, son usuales los casos en los existen conductas disfuncionales del mercado, tales como: prácticas colusorias (verticales u horizontales), abuso de posición de dominio y falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

De las tres figuras mencionadas, el abuso de posición de dominio ha recibido la mayor atención por parte de la doctrina. Parafraseando el artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea y el artículo 4 de nuestra anterior Ley de eliminación de las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia¹¹ diremos que

la posición de dominio en el mercado es definida usualmente como la capacidad que posee una empresa o varias empresas para actuar de manera independiente y con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

Sin embargo, como bien observan María del Rosario Quiroga Glave y Miguel Rodríguez Zevallos, “las expresiones *independiente* y *prescindencia* aluden a una empresa absolutamente omnipotente en el mercado, situación extrema y, por ello, muy difícil de darse en la realidad y probarse en la práctica”¹². Su explicación es la siguiente: “En relación a los competidores, para que una empresa pueda actuar con prescindencia de ellos tendría que ser monopólica. En cuanto a los compradores o clientes, para ser independiente respecto de ellos tendría que tratarse de un producto que enfrenta una demanda casi totalmente inelástica. Y, finalmente, para prescindir de sus proveedores tendría que ser un monoposonio. Es sumamente difícil que una empresa presente esas condiciones”¹³.

Lo que debe quedar en claro es que la vigente Constitución Política del Perú no es solo una *Constitución Política* sino también una *Constitución Económica*, sustentada en la *impronta mercantilista* propiciada por el texto constitucional español de 1978 y promovida en el Perú en los años 90 del siglo pasado por Carlos Torres y Torres Lara. Basta revisar el *abanico* constitucional-económico de reglas fundamentales (recogidas en el Título III, Del régimen económico; Capítulo I, Principios generales; entre los artículos 58 al 65), tales como

la libertad de empresa, la subsidiariedad, la libertad de contratación y la protección al consumidor, para percatarse que la Carta Magna está premunida de diversos conceptos empresariales. Estos exigen un amplio enfoque, por lo que mal haríamos si los atendemos desde la perspectiva exclusiva y excluyente del Derecho, prescindiendo de la Economía¹⁴ y el funcionamiento del propio mercado.

IV. LA LIBERTAD DE EMPRESA

Uno de los argumentos expuestos por Cementos Lima en su demanda de amparo es la vulneración de su derecho constitucional a la libertad de empresa. En la práctica se aprecia que es usual citar la violación de aquel derecho cuando existe algún pleito corporativo, a propósito de la actuación de una autoridad. En tanto la libertad de empresa tiene consagración constitucional sirve para sustentar la viabilidad de una demanda de amparo, creyéndose muchas veces —de modo errado— que aquella es irrestricta y permite al titular de la empresa hacer con esta lo que mejor le parezca, sin límite alguno.

El artículo 59 de la actual Constitución Política del Perú —ubicado sistemáticamente en el Capítulo I “Principios generales” del Título III “Del régimen económico”— estipula al inicio de su texto: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”. Así consagra constitucionalmente el principio de la libertad de empresa, pilar fundamental del Derecho Constitucional Económico¹⁵, lo que se torna más visible respecto a

9 Cfr. Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC, de fecha 17 de septiembre de 1996: “Fijación de sueldos mínimos para profesionales”.

10 Idem.

11 Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 701, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de noviembre de 1991.

12 QUIROGA GLAVE, María del Rosario y RODRÍGUEZ ZEVALLOS, Miguel. *La concentración de empresas y la libre competencia*. M.J. Bustamante de la Fuente y Cultural Cuzco Editores, Lima, agosto de 1997, p. 58.

13 Idem.

14 “Un magistrado del Tribunal Constitucional que no conoce de economía es un enemigo público” comentó el decano del Colegio de Abogados del Perú, Walter Gutiérrez Camacho, al mostrar su preocupación por la inseguridad jurídica que generan las ‘incon-sistencias’ de los fallos de ese organismo”. Cfr. “Un magistrado puede ser un enemigo público”. En: *Diario Gestión*. Lima, 19 de marzo del 2010, p. 6.

15 Nos permitimos entonces discrepar de Ricardo Beaumont Callirgos, quien alude como principios económicos rectores solo a la libertad en la iniciativa privada, la igualdad en la actuación del Estado, el trato semejante en la inversión y la responsabilidad social de la empresa. Cfr. “Las directivas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la aplicación de las normas de Derecho Privado con especial énfasis en la economía social de mercado”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 15, N° 130, Gaceta Jurídica, Lima, julio del 2009, pp. 67 a 71.

la anterior Constitución Política del Perú (de 1979) cuando, en su artículo 131, prescribía que “el Estado reconoce la libertad de comercio e industria”.

Como tema en el que se enlazan los enfoques constitucional y empresarial, la libertad de empresa ha sido tradicionalmente obviada por el Derecho peruano en tanto no fue materia de estudio para la doctrina ni desarrollada por la legislación, mas no así ha sucedido con el tratamiento ofrecido por la jurisprudencia. En nuestra doctrina solamente Baldo Kresalja Roselló¹⁶ se aproxima a ese enfoque mixto, pues otros trabajos resultan más restringidos al vincular la libertad de empresa con la competitividad¹⁷, los derechos humanos¹⁸, el servicio público¹⁹, la libertad contractual²⁰ o la regulación²¹. Por el contrario y a modo de ejemplo se aprecia que, en España, la doctrina se ha ocupado ampliamente de este tema desde una perspectiva integral²². Empero, en sede peruana, merece especial atención la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, la cual paulatinamente ha delineado –en general, correctamente– los contornos y alcances del principio de la libertad de empresa.

Esto último cobra mayor importancia porque en el Perú se ha malinterpretado la libertad de empresa, creyéndose que por ser una “libertad” carece de límites y, por ende, es irrestricta; de manera tal que, en aras de aquella libertad de empresa, el empresario podría hacer

con su empresa lo que quisiera, al extremo que si una autoridad intentase limitarla se le consideraría un atentado a su derecho constitucional que merecería cautelarse vía una acción de amparo. Nada más alejado de la realidad desde que la mencionada libertad de empresa, al ser precisamente una “libertad”, presenta límites, ya que solo así se asegura la libertad de todos (los derechos de uno acaban donde comienzan los derechos de los demás); lo contrario no califica como libertad sino como libertinaje, resultando que el Derecho ampara lo primero, mas no lo segundo. Por lo demás, las restricciones a la libertad de empresa se aprecian en el propio artículo 59 de la Constitución Política del Perú cuando acota: “El ejercicio de estas libertades [léase: de trabajo y de empresa, comercio e industria] no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”. Además de los límites existen también los condicionamientos, los que actúan como presupuestos para el ejercicio de la mencionada libertad de empresa.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional concerniente al principio de la libertad de empresa una resolución que sirve de punto de partida es la sentencia de fecha 11 de noviembre del 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en la cual se conceptúa la libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria en los siguientes términos:

La libertad de empresa “se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios”. Más adelante añade: “Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que se derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos

“ [E]n el Perú se ha malinterpretado la libertad de empresa, creyéndose que por ser una ‘libertad’ carece de límites y, por ende, es irrestricta, de manera tal que ... el empresario podría hacer con su empresa lo que quisiera ... ”

de carácter socioeconómico que la Constitución [Política del Perú] reconoce”. Debemos entender que la libertad de empresa se refiere precisamente a la facultad de realizar actividad empresarial (concepto marco, sustento del moderno Derecho Empresarial), sabiendo que esta supone la organización de diversos elementos heterogéneos (como capital, materia prima, trabajadores, intangibles, etc.) para la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios. Bajo este orden de ideas existe la libertad de organizar un concierto, pero este debe atender a las medidas de seguridad para los espectadores.

Por su parte, la libertad de comercio es “la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley”. Luego agrega: “Tal libertad supone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal”. La libertad de comercio alude a la facultad de realizar actividad comercial (concepto restringido respecto al anterior, sustento del tradicional Derecho Comercial) que se vincula solo a la comercialización (de bienes o servicios). Así, existe la libertad de comercializar bebidas alcohólicas pero estas no pueden venderse a menores de edad.

Finalmente, la libertad de industria “es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos”. La libertad de industria apunta a la facultad de realizar actividad industrial (concepto también restringido) que se refiere solo a la producción (de bienes). En este sentido existe la libertad de producir medicinas, pero estas deben respetar los estándares dispuestos por la autoridad sanitaria.

Otro importante precedente jurisprudencial se aprecia en la Sentencia de fecha 11 de julio del 2005, recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, donde se abordan prolijamente los límites del derecho a la libertad de empresa, señalando que “el ejercicio del derecho a la libertad de empresa (...) ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente”. Respecto a la moral pública sostiene que “la existencia de este límite a la libertad de empresa (...) se puede encontrar cuando los vecinos expresan una preocupación latente y directa sobre el respeto de la moral en la discoteca”. En cuanto a la salud pública advierte que “de un lado, se analizará la salud física de los concurrentes a la discoteca y, de otro, se observará la salud psicopatológica de los vecinos que puede verse afectada por la contaminación acústica”. Por último, en torno a la seguridad pública advierte que “cualquier local que quiera atender al público debe estar sustentado en las medidas de seguridad razonables para la protección de su vida e integridad, más aún en un país que ya ha tenido víctimas en su haber por no tomar las medidas necesarias dentro de los locales, especialmente dentro de las discotecas”. Tanto la moral pública como la salud pública y la seguridad pública podrían sintetizarse en

16 KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: *Libro Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 473 a 576. Anteriormente este autor había expuesto ideas relativas al tema en “Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional”. En: *La tarea de la transición democrática*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, pp. 131 a 181.

17 Cfr. BUSTAMANTE Y BUSTAMANTE, Alfonso. “La libertad de empresa está permitiendo mayor eficiencia y competitividad”. En: *Industria Peruana*. N° 664, s/e, Lima, mayo de 1993, pp. 8 a 11.

18 Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel. “La televisión en debate: derechos humanos y libertad de empresa”. En: *Ius et Veritas*. Año 13, N° 26, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, junio del 2003, pp. 100 a 107.

19 Cfr. LAZARTE MOLINA, Jorge. *Libertad de empresa y servicio público: el concepto de servicio público en el Perú*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2005.

20 Cfr. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “La libertad de empresa y la libertad contractual en la Constitución peruana”. En: *Advocatus*. N° 16, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, agosto del 2007, pp. 178 a 180.

21 Cfr. SÚMAR ALBÚJAR, Oscar. “Derecho Empresarial y Constitución: límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)”. En: *Themis*, Época 2, N° 55, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, pp. 265 a 281.

22 Por todos cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Marcial Pons, Madrid, 1995.

el concepto de “orden público”, límite natural a la autonomía de la voluntad y que en su interacción con esta posibilita la convivencia social. Así arriba entonces a la siguiente conclusión: “Tras haber analizado el derecho a la libertad de empresa del demandante es preciso advertir que él no es, en modo alguno, absoluto; muy por el contrario, ejercitarlo supone el respeto de principios, valores y otros derechos que la Constitución ha consagrado. En ese sentido, es correcto afirmar que la economía social de mercado, que es el fundamento de la libertad de empresa, es también su límite, en tanto que es el marco en el que ella se reconoce”. No existen derechos absolutos, ni siquiera los que califican como personalísimos, por lo que se equivocan quienes defienden el carácter irrestricto del derecho a la libertad de empresa, más todavía cuando nos asentamos en el modelo de la economía social de mercado.

También tenemos la Sentencia de fecha 9 de noviembre del 2007, recaída en el Expediente N° 3048-2007-PA/TC, en la que se manifiesta que “la protección del medio ambiente tiene (...) una doble dimensión: por un lado, constituye un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger los recursos naturales de la nación y, por otro, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida en condiciones dignas”. Se trata pues de un derecho-deber: es un derecho (exigido por uno y cumplido por todos) y, a la vez, es un deber (cumplido por uno y exigido por todos). Habrá entonces que sopesar el interés individual (la libertad de empresa) con el interés colectivo (la protección del medio ambiente), llegando a la conclusión de que no tienen que ser excluyentes, sino relacionados de modo que el primero se vea limitado (o, de ser el caso, condicionado) por el segundo.

Cabe mencionar la sentencia de fecha 16 de noviembre del 2007, recaída en el Expediente N° 1972-2007-AA/TC, la cual distingue la libertad de trabajo y la libertad de empresa que, aunque se acogen en el mismo artículo 59 de la Constitución Política del Perú, no deben confundirse. Así indica que “la libertad de trabajo es el derecho que tiene toda persona de elegir en qué desempeñarse y bajo qué condiciones desea hacerlo, máxime tratándose en este caso del ejercicio de la profesión médica que realiza el recurrente previa colegiación”, mientras que “la libertad de empresa (...) es el ejercicio de actividades múltiples que por derecho le corresponde a toda persona natural o jurídica, pero sometida a determinados requisitos, impuestos por ley en forma tal que cualquier empresa cuando desea desempeñar alguna actividad empresarial debe de cumplir con los requisitos exigidos legalmente en razones de interés social, lo que no constituye propiamente delimitación de derechos sino más bien condicionamientos necesarios para que se ejercite dicho derecho sin posibilidades de agraviar a los eventuales destinatarios de los servicios que tal ejercicio ofrece”. Es correcto diferenciar ambos derechos; no obstante, discrepamos que se deje asentado solo para la libertad de empresa que esta se encuentra sometida a ciertos requisitos, como si la libertad de trabajo no lo estuviera, acaso olvidándose de la colegiación obligatoria para ciertos profesionales (como los médicos) —aludida en el propio texto citado— y que es concordante con lo prescrito en el artículo 20 de la Constitución Política del Perú: “La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria”²³. Apoyamos cuando el Tribunal Constitucional reconoce que los requisitos legales impuestos para el ejercicio de la libertad de empresa no califican como “delimitación de derechos” (*ex post* de la actuación del agente) sino como “condicionamientos necesarios” (*ex ante* de la

actuación del agente); sin embargo, habrá que dejar en claro que la libertad de empresa está sometida tanto a condicionamientos necesarios (por ejemplo: la inscripción registral de la constitución de una sociedad anónima) como a delimitaciones (verbigracia: no atentar contra la seguridad pública).

En suma, el principio constitucional económico de la libertad de empresa ha sido atendido en el Perú por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual ha dejado en claro a través de sendos pronunciamientos que, por un lado, puede tener condicionamientos (como ocurre en la mayoría de supuestos, en referencia a los requisitos legales) y, por otro, tiene límites (en tanto la autonomía de la voluntad, sustentada en el interés individual, no es irrestricta al tener como frontera el orden público, sustentada en el interés colectivo). Parafraseando un antiguo aforismo jurídico diremos *libertas est potestas faciendi id quod iure licet* (libertad es la facultad de hacer lo que es permitido por la ley) y la libertad de empresa no escapa a ese tradicional criterio jurídico por más que se refiera a la empresa que es una institución de apogeo contemporáneo.

V. LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA ARANCELARIA

A propósito del caso *sub examine*, la prensa difundió la opinión del vicepresidente del Tribunal Constitucional en los siguientes términos: “El Tribunal Constitucional puede intervenir en la política económica porque tiene una doctrina que señala que no hay zonas exentas de control”, afirmó el vicepresidente del TC, Carlos Mesía, al argumentar que la economía está sujeta a los marcos de la Constitución. En la Constitución se contempla un capítulo

dedicado al ámbito económico y eso, agregó Mesía, ‘es justamente una prueba de que el llamado a controlar la constitucionalidad, es decir, el Tribunal Constitucional, puede intervenir (en el mercado) para salvar inequidades o arbitrariedades’. Más aún, Carlos Mesía consideró que el concepto de economía social de mercado, establecido en la Constitución, es difuso, gaseoso y equívoco²⁴.

Bajo el argumento paraguas que “no hay zonas exentas de control constitucional”, el Tribunal Constitucional pretende inmiscuirse —sin freno alguno— hasta en cuestiones de política económica, no como regulador (rol que le corresponde), sino como interventor (rol que no le corresponde). En un modelo de economía social de mercado, que es el actualmente contemplado en nuestra Carta Magna, el Estado fija las reglas de juego (procurando la transparencia en la información, promoviendo la competencia leal, prohibiendo la publicidad engañosa, etc.), siendo entonces un árbitro del mercado, pero no interviene fijando precios (como sucedió en nuestro país a mediados de los años 80 del siglo pasado) o restableciendo aranceles, más aún cuando esto escapa a su competencia. Empero la razón de tal despropósito puede avizorarse en las propias declaraciones del magistrado anteriormente citado cuando sostiene que la economía social de mercado es un concepto equívoco. Equívoco o no, esa es su opinión (y quizás también la de otros magistrados) pero es el modelo adoptado por la Constitución Política del Perú cuando en su artículo 58 estipula: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...)”. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional debe actuar en ese escenario porque, quiera o no, es el primer llamado a cumplir y hacer cumplir los mandatos constitucionales²⁵.

24 “Tribunal Constitucional sostiene que puede intervenir en política económica”. En: Diario *Gestión*. Lima, 19 de marzo del 2010, p. 6.

25 En la propia resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional expresa en el segundo párrafo del fundamento 5: “Lleva razón el procurador al sostener que, de conformidad con el inciso 20 del artículo 118 de la Constitución, la regulación de las tarifas arancelarias es una competencia que ha sido reservada al Presidente de la República. Una verdad tan evidente como esa no podría ser cuestionada en modo alguno por el Tribunal Constitucional, so pena de incurrir en una flagrante violación de la Norma Fundamental” (el resaltado es nuestro).

23 Actualmente la colegiación es obligatoria en el Perú para los contadores, los ingenieros, los arquitectos, los abogados, los economistas, las obstetricas y los médicos, entre otros. Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. “La intervención administrativa del Estado en la actividad de comercio interior”. En: *RAE Jurisprudencia*. Año 1, Tomo 6, Caballero Bustamante, Lima, diciembre del 2008, pp. 326 a 328.

CASO CEMENTOS LIMA: CONTROLANDO LA POTESTAD PARA FIJAR ARANCELES

No compliquemos los asuntos que están clarísimos. El artículo 201 de nuestra Carta Magna es contundente cuando indica ab initio: "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución". Esto supone respetar escrupulosamente lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y precisamente aquí reposa el artículo 118 inciso 20, según el cual corresponde al Presidente de la República "regular las tarifas arancelarias"²⁶, así como el artículo 74 en cuyo primer párrafo se dispone que los aranceles "se regulan mediante decreto supremo"²⁷. Por lo tanto, la regulación de las tarifas arancelarias es una potestad exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo²⁸ y es en ese sentido que se dictó el Decreto Supremo N° 158-2007-EF, cuyo artículo 2 anota en su segundo párrafo: "La tasa del derecho arancelario ad valorem CIF aplicable a estas subpartidas nacionales será de 0%". Pretender hacer creer que esta reducción arancelaria elimina un freno que existía para la inversión

extranjera es olvidar que el artículo 63 de la misma Constitución Política del Perú empieza con el siguiente texto: "La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones". Para mayor abundamiento, si existiesen tratamientos discriminatorios en el país de origen que favorezcan a los extranjeros cuando ingresen al Perú, existen los derechos *antidumping*, que serán aplicados por la autoridad competente, esta es la Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)²⁹ y no por el Tribunal Constitucional, dentro del marco de la normativa vigente: básicamente, las normas para evitar y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el *dumping* y los subsidios, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 133-91-EF, entre otras.

Ante las controversias causadas por los fallos del Tribunal Constitucional³⁰, este procura

aminorar la tensión sosteniendo que, antes de resolver, requerirá la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas: "Como suman unos mil los procesos de implicancia económica que el Tribunal Constitucional debe resolver, la coordinación entre este y el Ministerio de Economía y Finanzas será muy frecuente. Será así en adelante, pues el Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Vergara, el día martes le prometió a la titular del Ministerio de Economía y Finanzas, Mercedes Aráoz, que previo a emitir una sentencia, le pedirá la opinión a este sector para evitar repercusiones económicas dañinas. "Ahora se abre una nueva etapa para que el Tribunal Constitucional no dicte veredictos que puedan repercutir de un modo económico, sin que eso signifique abdicar en nuestras atribuciones" reveló el vicepresidente del Tribunal Constitucional, Carlos Mesía³¹. Empero, no se trata de cumplir un mero formalismo de consulta, previa a la expedición de una sentencia, sino a respetar en primerísima instancia el texto constitucional, así como el restante ordenamiento jurídico nacional, ejerciendo las facultades que le competen y no excediéndose en ellas. Si ello se consigue con la previa opinión del Ministerio de Economía y Finanzas pues en buena hora, pero lo cierto es que, con opinión o sin ella, el Tribunal Constitucional debe actuar correctamente.

VI. EL ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA SENTENCIA DE FONDO Y LA RESOLUCIÓN ACLARATORIA, AMBAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No bastando con la controversia generada por la sentencia de fondo del Tribunal Constitucional fechada el 10 de agosto del 2009, este emite una resolución aclaratoria con fecha 22

de marzo del 2010, con la cual, más que aclarar, desarrolla nuevos fundamentos —a veces, contradictorios con los fundamentos originales— para sustentar su primigenio fallo. A continuación, nos pronunciaremos en torno a cuatro cuestiones específicas.

“ [S]i existiesen tratamientos discriminatorios en el país de origen que favorezcan a los extranjeros cuando ingresen al Perú, existen los derechos antidumping, que serán aplicados por la autoridad competente ... y no por el Tribunal Constitucional ... ”

En primer lugar tenemos que, en la sentencia de fondo, el Tribunal Constitucional señala en su fundamento 23 que "la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado (...) [es] favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento,

promover la inversión nacional o incentivar la competitividad de los productos nacionales" (el resaltado es nuestro). En este fundamento es obvio que el Tribunal Constitucional se refirió a que el cuestionado artículo 2 del Decreto Supremo N° 158-2007-EF afectaba la producción, la industria y la inversión nacionales realizadas por peruanos, puesto que líneas más abajo, en la última parte del primer párrafo del fundamento 24, distingue a la inversión e industria nacional de la extranjera. Con lo anterior, el Tribunal Constitucional estaba realizando una diferencia de trato a la inversión nacional y a la extranjera, y con ello una discriminación a la inversión extranjera, lo cual está prohibido por el artículo 63 de la Constitución Política del Perú, cuando estipula: "La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones".

Frente a esta situación, en el segundo párrafo del fundamento 8 y en el punto 3 del decisorio de la resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional sostiene que "cuando el Tribunal en determinados pasajes de la sentencia hace alusión a la producción nacional, a la industria

26 "El Tribunal Constitucional no ha sido elegido para gobernar" señaló esta mañana la Ministra de Economía y Finanzas, Mercedes Aráoz. Ello a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional que dispuso restablecer el arancel del 12% para el cemento importado. Antes, el Ministerio de Economía y Finanzas había suprimido dicho arancel a raíz del alza en los precios internacionales de este material. Aráoz calificó de 'excesivo' el fallo, al que consideró una clara intromisión en la política económica nacional, según declaró en TV Perú. "Es un exceso de sus atribuciones, mañana (el Tribunal Constitucional) va a definir la tasa de interés, el tipo de cambio (...)". Cfr. "Ministra Aráoz señala que no es potestad del Tribunal Constitucional el gobernar". En: Diario *El Comercio*. Lima, 12 de marzo del 2010, <http://elcomercio.pe/noticia/4466094/ministra-araoz-senala-que-no-potestad-tribunal-constitucional-gobernar>.

27 "Al igual que Mercedes Aráoz, el Ministro de Justicia Víctor García Toma precisó que el órgano constitucional no tiene competencia en materias arancelarias. (...) El Ministro de Justicia Víctor García Toma mostró su discrepancia con el fallo del Tribunal Constitucional, pues el artículo 74 de la Constitución ampara el derecho del Ejecutivo sobre materias arancelarias, señaló. El Tribunal Constitucional solo tiene intervención residual si en el Decreto Supremo hay vicio formal por no haber sido aprobado por la Presidencia del Consejo de Ministros o si no se publica en *El Peruano*. Este fallo constituye un acto invasivo en las competencias que corresponden al Poder Ejecutivo" dijo anoche en La Hora N°. Cfr. "Nuevo Ministro de Justicia discrepó del Tribunal Constitucional sobre el fallo del arancel al cemento". En: Diario *El Comercio*. Lima, 19 de marzo del 2010, <http://elcomercio.pe/noticia/449154/nuevo-ministro-justicia-discrepo-tc-sobre-fallo-arancel-al-cemento>.

28 "Una posición similar sostuvo el abogado Aníbal Quiroga: 'El Tribunal Constitucional le está diciendo al Ejecutivo que no puede quitar aranceles. Está regulando el mercado con una posición que le parece favorable'. En el mundo existen algunas corrientes de opinión, según Quiroga, que defienden la labor protagónica del Tribunal Constitucional. Ellos opinan que el Tribunal Constitucional puede legislar o entrar a temas administrativos. 'Yo tengo una visión más conservadora y creo que el Tribunal Constitucional debe tener un rol más pasivo. Yo no creo que la política arancelaria esté en sus funciones', recalca". Cfr. "Cuestionan fallo que restituye arancel al cemento importado". En: Diario *El Comercio*. Lima, 13 de marzo del 2010, <http://elcomercio.pe/noticia/446396/cuestionan-fallo-que-restituye-arancel-al-cemento-importado>.

29 "El procedimiento de investigación por prácticas de *dumping* (o procedimiento *antidumping*) es un procedimiento administrativo a través del cual se determina si existen importaciones de mercancías en condiciones de discriminación de precios que causen daño, amenaza de daño o retraso a una rama de producción nacional en un periodo determinado. Si este es el caso, el procedimiento concluye con la aplicación de un derecho *antidumping*". Cfr. "Procedimiento por prácticas de *dumping* o subvenciones". En: Portal del Indecopi. Lima, <http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=5&JER=780>.

30 Sin retroceder demasiado en el tiempo, basta recordar el caso Codisa (Expediente N° 05311-2007-PA/TC, Sentencia de fecha 5 de octubre del 2009, cfr. el texto completo en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.html>), donde el Tribunal Constitucional falló ordenando la iniciación de un nuevo procedimiento arbitral, habiendo analizado cuestiones de fondo a propósito de un laudo arbitral, cuando ello no le corresponde.

31 Cfr. "Antes de dictar sentencia Tribunal Constitucional consultará al Ministerio de Economía y Finanzas por el impacto económico". En: Diario *Gestión*. Lima, 31 de marzo del 2010, p. 12.

nacional o a la inversión nacional, no se refiere a la producción, a la industria o a la inversión generadas por peruanos (diferenciándola de la que pueda haber sido generada por extranjeros), sino a la producción, industria o inversión que se realiza en territorio peruano, con prescindencia de si tiene como promotores a ciudadanos peruanos o extranjeros". Con esta aclaración el Tribunal Constitucional corrige su error de haber deslizado en dichas frases la idea de que el Estado debe dar un trato preferencial a la producción, la industria y la inversión nacionales, cuando por mandato constitucional recogido en el artículo 63 ello no está permitido.

En segundo lugar, en la sentencia de fondo señala el Tribunal Constitucional en el mismo fundamento 23 que favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento, promover la inversión nacional o incentivar la competitividad de productos nacionales es "la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado" (el resaltado es nuestro). Sin embargo, en el fundamento 9 de la resolución aclaratoria el Tribunal Constitucional prescribe que "dicho fundamento no es constitucional sino conceptual" (el resaltado es nuestro). En efecto, fue un error sostener que la finalidad era constitucional, puesto que ella no se desprende de la Constitución Política del Perú, sino de la doctrina.

En tercer lugar, en la sentencia de fondo el Tribunal Constitucional concluyó en su fundamento 11 que la reducción de los aranceles del 12% al 0% "no afecta ninguna de las cuatro libertades que forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa" (el resaltado es nuestro). No obstante puede leerse en el primer párrafo del fundamento 10 de la resolución aclaratoria que para el Tribunal Constitucional la mencionada reducción de los aranceles "puede perjudicar sensiblemente

a determinadas empresas en términos de ingresos y generación de empleo, afectándose, en cierta medida, la libertad de empresa y la libertad de trabajo, reconocidas en el artículo 59 de la Constitución [Política del Perú]" (el resaltado es nuestro). Resulta notoria la contradicción del Tribunal Constitucional que dista de ser una mera aclaración.

En cuarto lugar, en el segundo párrafo del fundamento 21 de la sentencia de fondo el Tribunal Constitucional reconoce que "desde un punto de vista de eficiencia económica, la reducción de aranceles promueve mejoras en la competencia internacional de los productos producidos en el país y en la productividad de las empresas, así como permite una mayor satisfacción del consumidor. Lo contrario, elevar aranceles, separa a las economías de la competencia internacional, beneficiando solo a algunos sectores y grupos en términos de ingresos y empleo, a costa de la eficiencia en la asignación de recursos productivos"; sin embargo, falla a favor de los intereses de Cementos Lima. En el tercer párrafo del fundamento 10 de la resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional añade: "Incluso parecer resultar claro que los bienes constitucionales protegidos con la reducción de los aranceles son de un valor abstracto superior a los que resultan perjudicados, pero ello no enerva la necesidad de mantener el equilibrio entre ellos, de forma tal que toda decisión adoptada sobre el particular se lleve a cabo de una manera ponderada" (el resaltado es nuestro). A pesar de referir el valor abstracto superior de la reducción de los aranceles, el Tribunal Constitucional restablece la tasa del 12%.

VII. LA AUTORÍA DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para concluir con nuestro análisis no podemos soslayar la particularidad descubierta por la prensa nacional en la sentencia de fondo del Tribunal Constitucional, en el sentido que habría *asombrosa similitud* con un fallo

colombiano³². De ello también se ocupa la resolución aclaratoria cuando dice en su fundamento 12: "(...) ante las recientes versiones que indican que en el Fundamento Jurídico N° 20 de la STC Exp. N° 3116-2009-PA/TC se habría incurrido en un supuesto plagio de un criterio esbozado por la Corte Constitucional colombiana en uno de los párrafos del Fundamento Jurídico N° 4.2 de la Sentencia N° C-798/2004, corresponde señalar lo siguiente: (...) el Tribunal Constitucional aprecia que en los fundamentos jurídicos 13 y 20 de la aludida sentencia se ha omitido hacer referencia a las fuentes jurisprudenciales de las que han sido extraídos los criterios adoptados (...)" (el resaltado es nuestro).

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, plagiar es "copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias"³³, sin importar si ello se realizó voluntaria o involuntariamente. Ante tal meridiana claridad, nos relevamos de mayores comentarios. Somos de la opinión que la honestidad o no de la producción literaria tiene que juzgarse éticamente, siendo este juicio de valor más importante que cualquier otro cuestionamiento. Lamentablemente no hay que asombrarse demasiado en un país en el que las propias autoridades universitarias señalan que la omisión de las fuentes responde, muchas veces, a razones de economía³⁴ (¿?).

32 "La sentencia relativa al impuesto sobre las importaciones de dicho material [refiriéndose al cemento], según denunció el programa 'La Hora N', contendría textos de un fallo similar y anterior de la Corte Constitucional de Colombia. De hecho se trata del párrafo medular de la sentencia, el mismo que habría sido plagiado, según el referido espacio. En todo caso, el fallo colombiano se refiere a otra realidad constitucional, no a la peruana". Cfr. "Denuncian que Tribunal Constitucional habría plagiado fallo colombiano en sentencia sobre aranceles del cemento". En: Diario *El Comercio*, Lima, 19 de marzo del 2010, <<http://elcomercio.pe/noticia/449138/denuncian-que-tc-habria-plagiado-fallo-colombiano-sentencia-sobre-aranceles-cemento>>.

33 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición, Madrid, 2002; voz "plagiar", <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=plagio>.

34 Cfr. "Universidad Católica denuncia nefasto precedente contra la actividad académica". En: "Portal de Noticias de la Pontificia Universidad Católica del Perú". Lima, 18 de abril del 2010, <http://www.pucp.edu.pe/puntoedu/index.php?option=com_content&task=view&id=2896>.