

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE ABOGADO

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA AMPLIAR LA
EXCEPCIÓN DE INTANGIBILIDAD CONTRACTUAL EN
CONCESIONES RESPECTO A SALUD Y EDUCACIÓN**

POR

Yohana Elizabeth Salazar Cachay

José Luis Saldaña Gil

Asesora

Dra. Sandra Manrique Urteaga

Cajamarca – Perú

Diciembre – 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TITULO DE ABOGADO

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA AMPLIAR LA
EXCEPCIÓN DE INTANGIBILIDAD CONTRACTUAL EN
CONCESIONES RESPECTO A SALUD Y EDUCACIÓN**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el
título profesional de abogado.**

Bach. Yohana Elizabeth Salazar Cachay

Bach. José Luis Saldaña Gil

Asesora: Dra. Sandra Manrique Urteaga

Cajamarca – Perú

Diciembre – 2020

COPYRIGHT © 2020 de
Yohana Elizabeth Salazar Cachay
José Luis Saldaña Gil
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA AMPLIAR LA EXCEPCIÓN
DE INTANGIBILIDAD CONTRACTUAL EN CONCESIONES RESPECTO A
SALUD Y EDUCACIÓN

Presidente: -----

Secretario: -----

Asesor: -----

A:

**Dios, a nuestros padres quienes nos dieron la vida, educación, apoyo,
consejos y quienes nos han impulsado con amor y esfuerzo a lo largo de
nuestros estudios universitarios**

AGRADECIMIENTOS

- A nuestros asesores, por habernos guiado en el desarrollo de la presente Investigación.
- A todas las personas que nos han brindado su apoyo incondicional, para poder terminar con la investigación.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	IX
ABSTRAC	XI
CAPITULO I.....	- 1 -
INTRODUCCIÓN	- 1 -
1.1 Planteamiento del problema	- 4 -
1.1.1 Descripción de la realidad problemática	- 4 -
1.1.2 Definición del problema	- 11 -
1.1.3 Objetivos	- 11 -
1.1.4 Justificación e importancia	- 12 -
CAPITULO II	- 14 -
MARCO TEÓRICO	- 14 -
2.1. Antecedentes teóricos	- 14 -
2.2. Marco histórico	- 15 -
2.3. Marco teórico	- 20 -
2.3.1. Relacionar el contenido de concesiones con los elementos del principio pacta sunt servanda.....	- 20 -
2.3.1.1 Teoría general del contrato	- 20 -
2.3.1.2. Intervencionismo del Estado en la contratación o mercado	- 31 -
2.3.1.3. Principio de obligatoriedad del contrato – Pacta sunt servanda	- 37 -
2.3.1.4. Concesiones	- 40 -
2.3.1.5. Obligatoriedad de los contratos de concesiones	- 43 -
2.3.2. Contenido y alcances de las concesiones con el Estado en el ordenamiento nacional en relación al principio de intangibilidad	- 47 -
2.3.2.1. Relación y alcances entre Estado, soberanía, población y propiedad...	- 47 -
2.3.2.2. El contrato de concesión: contenido y alcances	- 49 -
2.3.2.3. La intangibilidad contractual en la concesión ¿Nuestro ordenamiento nacional salvaguarda al contrato de concesión?	- 52 -
2.3.3. Optimización de los valores fundamentales que surgen en la relación de la intangibilidad y los valores subyacentes en la excepción referida a la salud y educación.....	- 55 -
2.3.3.1. ¿Qué es un valor fundamental y cuán importante resulta ser en una economía de libre mercado? De ser ello notable, en qué medida podemos mejorarlos para satisfacer las necesidades de las sociedades en relación al principio de intangibilidad contractual	- 55 -

2.3.3.2. La necesidad de ponderar derechos constitucionales como requisito para determinar la importancia que tiene el derecho a la salud y el derecho a la educación frente a los demás derechos constitucionales en la actualidad	- 62 -
2.3.3.3. Consideraciones por las cuales el derecho a la salud y el derecho a la educación, serán excepciones para ampliar el principio de intangibilidad contractual en estos tiempos	- 73 -
2.3.3.4. ¿En qué medida se puede mejorar los valores subyacentes de la excepción referida al derecho a la salud y a la educación? Teniendo en consideración que son derechos pilares de toda sociedad.....	- 80 -
2.4. Marco conceptual	- 83 -
2.5. Hipótesis.....	- 86 -
2.6. Test de proporcionalidad.....	- 86 -
CAPITULO III.....	- 89 -
METODOLGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	- 89 -
3.1. Tipo de investigación.....	- 89 -
3.2. Diseño de investigación	- 89 -
3.4. Dimensión temporal y espacial.....	- 90 -
3.5. Unidad de análisis, población y muestra	- 90 -
3.6. Métodos.....	- 90 -
3.6.1. Dogmática jurídica.....	- 90 -
3.7. Técnicas de investigación	- 91 -
3.8. Instrumentos.....	- 91 -
3.9. Limitaciones de la investigación	- 91 -
CAPITULO IV	- 92 -
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	- 92 -
4.1. La necesidad justificada en asuntos de interés social y bienestar común...	- 92 -
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	- 100 -
5.1. Conclusiones	- 100 -
5.2. Recomendaciones	- 102 -
LISTA DE REFERENCIAS.....	- 103 -
ANEXOS.....	- 114 -

RESUMEN

La pregunta que encamina la presente investigación es: ¿Cuáles son los fundamentos constitucionales para ampliar la excepción de intangibilidad contractual en concesiones estatales respecto a salud y educación?. Tesis motivada en la excepción existente que versa sobre la promoción y conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Tiene como objetivo principal identificar los fundamentos constitucionales para ampliar la excepción de intangibilidad contractual en concesiones respecto a salud y educación y como objetivos específicos: relacionar el contenido de concesiones con los elementos del principio del Pacta Sunt Servanda; definir el contenido y alcances de las concesiones con el Estado en el ordenamiento nacional en relación al principio de intangibilidad; y optimizar los valores fundamentales que surgen en la regulación de la intangibilidad y los valores subyacentes en la excepción referida a la Salud y Educación. Como hipótesis se plantea: La necesidad justificada en asuntos de interés social y bienestar común; y la necesidad de garantizar el acceso a derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la salud y el derecho a la educación. La investigación es de tipo lege data- experimental – transversal. No tiene unidad de análisis, población y muestra ya que no es una investigación fáctica o empírica. El método utilizado es el dogmático jurídico y la técnica es la observación documental. Se utilizó como instrumento la hoja de guía de observación documental. Concluyendo que los fundamentos constitucionales para ampliar la excepción de intangibilidad contractual son la necesidad justificada en asuntos de interés social y bienestar común; y la necesidad de garantizar el acceso

a derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la salud y el derecho a la educación, al ser estos derechos fundamentales del ser humano por medio de los cuales se busca reconocer y mantener condiciones necesarias que aseguren una vida digna para las personas. Se recomienda realizar una investigación de tipo Legue Ferenda, en consideración a los fundamentos constitucionales identificados para ampliar la excepción de intangibilidad contractual en concesiones respecto a salud y educación.

Palabras clave: Excepción, intangibilidad contractual, concesiones, Estado, salud, educación.

ABSTRAC

The question that this research guides is: What are the constitutional grounds to expand the exception of contractual intangibility in state concessions regarding health and education? Which are constitucional princeples to extend the exception of contractual intangibility in government's concessions in respect of health and education? thesis based on the existing exception that deals with the promotion and conservation of biological diversity and protected natural areas. Its main objective is to identify the constitutional grounds to expand the exception of contractual intangibility in concessions regarding health and education and as specific objectives: to relate the content of concessions with the elements of the principle of the Pact Sunt Servanda; define the content and scope of the concessions with the State in the national order in relation to the principle of intangibility; and optimize the fundamental values that arise in the regulation of intangibility and the underlying values in the exception referred to Health and Education. The hypothesis is: The justified need in matters of social interest and common welfare; and the need to guarantee access to fundamental human rights such as the right to health and the right to education. The research is of a lege data-experimental-transversal type. It has no unit of analysis, population and sample since it is not a factual or empirical investigation. The method used is the legal dogmatic and the technique is documentary observation. The document observation guide sheet was used as an instrument. Concluding that the constitutional grounds to extend the exception of contractual intangibility are the justified need in matters of social interest and common welfare; and the need to guarantee access to fundamental rights of the human being such as the right to health and the right to education, as these

fundamental rights of the human being seek to recognize and maintain the necessary conditions that ensure a decent life for people. It is recommended to carry out an investigation of the *Legue Ferenda* type, in consideration of the constitutional foundations identified to expand the exception of contractual intangibility in concessions regarding health and education.

Keywords: Exception, contractual intangibility, concessions, State, health, education.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es de singular importancia, pues versa sobre la intangibilidad contractual, entendida como la imposibilidad para que los términos contractuales puedan ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, regulado en el artículo 62 de nuestra Constitución de 1993, el que textualmente dice:

“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.”

La redacción de este artículo, deja notar la seguridad jurídica que el Estado peruano otorga a los privados, prohibiendo constitucionalmente que los términos contractuales sean modificados por medio de leyes, de este modo les reconoce la libertad de contratar y la intangibilidad contractual; argumentando que las personas son responsables de sus actos por ende de las consecuencias de los mismos, justificando de este modo la prohibición para que el Estado intervenga.

Al respecto, planteamos la posibilidad de que se amplíe la excepción de intangibilidad contractual existente, que versa sobre la promoción y conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, recaída en el expediente N° 006/2000 AI/TC, de fecha 11 de abril de 2002; argumentando que el acceso al derecho a la salud y al derecho a la educación, son fundamentales, ya que por medio de éstos el hombre podrá alcanzar una mejor calidad de vida; razón por la cual se debe ampliar la excepción constitucional de intangibilidad contractual teniendo presente que ambos son derechos de interés social y traen consigo el bienestar común de las sociedades.

Se aborda la investigación, relacionando el contenido de concesiones con los elementos del pacta sunt servanda, en donde dejamos notar que hay un pacto que se debe de cumplir en razón a que las partes lo llevaron a cabo libre y voluntariamente de acuerdo a sus intereses, se define también el contenido y los alcances de las concesiones con el Estado en el ordenamiento nacional en relación al principio de intangibilidad, vista la concesión desde la naturaleza del derecho público y privado. y finalmente abordaremos la forma de optimizar los valores fundamentales que surgen en la regulación de la intangibilidad y los valores subyacentes en la excepción referida a la salud y educación, enfocado desde el concepto de valor fundamental, su importancia en una economía de libre mercado, como mejorarlo en relación al principio de intangibilidad contractual, la necesidad de ponderar derechos constitucionales para identificar las razones por la que ambos derechos han de ser excepciones para ampliar el principio de intangibilidad contractual y en qué medida se pueden mejorar los valores subyacentes, al ser valores que emanan de los valores fundamentales.

Con la presente investigación, buscamos que se garantice el acceso al derecho a la salud y al derecho a la educación, entendidos como derechos inherentes al ser humano, por medio de los cuales las personas podrán alcanzar una mejor calidad de vida, debiendo para ello el Estado peruano trabajar arduamente para garantizar el disfrute de los mismos, teniendo presente que salud y educación son medios eficaces para que el Perú avance.

1.1 Planteamiento del problema

1.1.1 Descripción de la realidad problemática

El mercado se dinamiza con la acelerada actividad de relaciones económicas, las que únicamente son posibles instituirse mediante un sistema económico, entendido este como un conjunto de acciones basado en confianza, ahorro y riesgo por cada individuo, debiendo existir normas que tengan como finalidad regular estas relaciones, salvaguardando derechos y obligaciones; tal como lo afirma Wilhelm Ropke:

La economía de mercado es un sistema económico basado en la confianza, el espíritu de empresa, la voluntad de ahorro y la aceptación de riesgo por parte de cada uno, no pudiendo subsistir sin aquellas normas protectoras y principios de derecho que respalden y defiendan a todos, no solamente frente a los abusos de los individuos, sino también frente a las arbitrariedades formando un conjunto que se denomina Estado de Derecho. (Ropke como se citó en Ferney Moreno, 2000, p. 59)

Al hablar de un Sistema Económico, nos encontramos inmersos en una Constitución Económica, que no es otra cosa que un conjunto de normas esenciales que conforman un ordenamiento jurídico, teniendo éstas como finalidad que la actividad económica se encuentre debidamente organizada, por ende, habrá un debido funcionamiento del proceso económico dentro de un Estado. (García como se citó en Ferney Moreno, 2000, p. 60)

Es así que, el Perú en los últimos años ha ido integrando principios que rigen hoy en día el régimen económico de la constitución, entre ellos tenemos a la

iniciativa privada que es libre y se ejerce dentro de una Economía Social De Mercado. (Art. 58 de la Constitución Política del Perú de 1993)

Al respecto, el Tribunal Constitucional manifiesta que el mencionado artículo guarda estricta relación con el artículo 2 inciso 17 del mismo texto, el cual consagra el derecho fundamental que tiene toda persona a participar en la vida económica de una nación ya sea en forma individual o asociada. (Exp. N° 0001-2005-PI/TC, 06/06/05 P, FJ. 44); siendo ello así, afirmamos que las familias intervienen en la actividad económica de un país cuando adquieren bienes y servicios, las empresas al momento de producir y vender y por último el Estado que se encarga de regular todo el proceso.

Para Ariño la Economía de Mercado no es más que:

Un modelo de orden económico según el cual el protagonismo de la acción económica corresponde a la sociedad, a la iniciativa privada, y no al Estado; éste no actúa más que en aquellos casos o en aquellas circunstancias en las que la iniciativa privada no puede hacerlo o no lo hace con la extensión y alcance que la sociedad necesita (1979, p. 88)

Caracterizándose por un bienestar social que redunde en la provisión de empleos productivos, trabajo digno y respeto justo de ingresos; mercado libre entendido como el respeto a la propiedad, dando una libre competencia en la iniciativa privada, donde prime la oferta y la demanda; y, un estado subsidiario y solidario, de tal manera que sus acciones directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. (Exp. N° 0008-2003-AI, 11/11/03, P, FJ. 13.a)

Para Alfred Müllen Armack, una Economía Social de Mercado es “Un sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social” (Alfred Müllen como se citó en Juan Rivadeneira Frisch, 2009, p. 9), al ser un sistema estaría compuesta por un conjunto de normas y procedimientos correctamente estructurados con la finalidad de que los individuos sean quienes decidan lo que mejor les favorezca brindándoles en todo momento confianza dentro de la sociedad para que de este modo haya mejora o avance económico.

Un análisis cuidadoso de esta definición, deja entrever cuales son los principios generales que justifican su existencia y sus objetivos; en primer lugar, tenemos a la responsabilidad individual que constituye el esfuerzo de un individuo frente a otro buscando en lo posible, igualdad entre ambos; la solidaridad entendida como el apoyo que brindan ciertos individuos para el crecimiento social; y, la subsidiariedad que es el medio por el cual se corrigen las desigualdades con la finalidad de que prime la justicia social, siempre y cuando la empresa privada no pueda realizar determinada actividad que es de alto interés público, por lo que tendrá que intervenir el Estado. (Rivadeneira Frisch, 2009, p. 10)

El segundo párrafo del artículo 60 de nuestra Carta Magna prescribe que: “Solo autorizado por Ley expresa el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Al respecto Ariño Gaspar manifiesta que: “En definitiva a la Empresa privada se la regula, no se la sustituye; cuando es insuficiente se la suple. Estamos ante el principio de subsidiariedad, que sigue vigente en una sociedad libre”. (1979, p. 79)

De lo plasmado líneas arriba se deja claro que, mediante el principio de subsidiariedad, el Estado no se encuentra impedido de participar en la economía del país, siempre y cuando sea en razón del interés nacional y el particular no pueda hacerlo en su momento ya sea por carecer de medios, alto riesgo, no sea rentable u otra razón objetiva.

La aplicación de este principio es muy útil, pues se trata de trabajar en equipo con los particulares, colaborando en todo momento para el desarrollo integral del país; por ejemplo, trabajar en las zonas alejadas en las cuales el Estado debe invertir para mejorar los caminos de acceso a la ciudad, llevando luz, agua para promover el turismo en la zona y poner en marcha su desarrollo, al hacerlo, en el sector privado surgirá la idea de establecer una oferta hotelera, restaurantes y otros, así se genera el bienestar de los ciudadanos.

Este derecho que poseen los individuos para iniciar una actividad comercial denominada libertad de empresa; es un derecho constitucional que se encuentra reconocido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú, que prescribe: “El Estado estimula la creación de riqueza, garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa”; hoy en día en el mercado existen empresas grandes, medianas y pequeñas ya sean nacionales como extranjeras, facultadas de elegir su organización y promover su desarrollo como unidades de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer a consumidores o usuarios. Facultando con libertades económicas a los individuos para su actuación libre de injerencias estatales. (Rodríguez Pérez, 2011, p. 77)

Resulta importante mencionar que, al ser un derecho constitucional tiene un ámbito subjetivo y objetivo; el primer ámbito se encuentra estrictamente relacionado con los individuos, es decir con la independencia que posee cada uno de ellos, para desenvolverse en el mercado siempre y cuando se haga de acuerdo a la razón y dentro de lo que establece la normatividad vigente. Mientras que el ámbito objetivo está orientado al cumplimiento de un deber, es decir al cumplimiento de lo establecido en el ordenamiento jurídico. (Guzmán Napurí, 2006, p.250)

Así mismo, la producción y circulación de los bienes resultan de la actividad libre de las personas, y la realización de todo negocio jurídico se concreta cuando adquiere un contenido donde las partes fijan libremente sus términos creando así el contenido del contrato (*Pacta Sunt Servanda*), mismo que se forma de acuerdo a las normas vigentes al momento de su celebración; no pudiendo ser modificadas por leyes u otras disposiciones posteriores.

Así lo prevé el artículo 62 de nuestra Constitución Política que recoge el principio de intangibilidad o santidad de los contratos, mediante el cual “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”. El Estado no debe alterar el funcionamiento del mercado, fundamentándose en que el individuo es el único responsable de sus actos y plenamente consciente de la consecuencia de los mismos, basándose en una teoría de la autonomía privada, justificándose la prohibición del intervencionismo estatal. (Reyes Sánchez, 2009, p. 150)

Todo lo mencionado en los párrafos precedentes, guarda equivalencia con la teoría de los derechos adquiridos, dicha teoría sostiene que, una vez que el derecho ha nacido y se ha subsumido en la esfera de un derecho objetivo, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo, creando así la inmutabilidad del derecho adquirido por lo tanto éste seguirá generando los mismos efectos que tuvo al momento de su constitución; ya sea por el acto jurídico que le dio origen o por la legislación vigente al momento que el derecho quedo establecido, esta teoría tiene como finalidad a los derechos de las personas, es decir darles seguridad jurídica, rechazando que se modifiquen las circunstancias por nuevas disposiciones legales. (Cas. N° 15470- 2014-Lima)

Cabe resaltar que la aplicación de esta teoría en el artículo 62 es excepcional, tan es así, que la doctrina señala que la intangibilidad o santidad contractual que otorga el artículo antes mencionado solo está referido a contratos entre privados (autonomía privada) más no a contratos públicos como son las concesiones. (Soto Coahuila, 2009, p. 01)

Sin embargo, es importante señalar que al celebrarse contratos con el Estado sobre materias en las que se encuentre constitucionalmente obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, se deja excepcionalmente de lado la intangibilidad contractual; es decir el congreso puede y debe tener injerencia cuando el objeto del contrato son recursos naturales de la nación y sobre los cuales tiene obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación en resguardo del interés general. (Exp. N° 006-2000-AI/TC)

Al respecto, resulta prudente hacer mención que la intangibilidad contractual contraviene al artículo 103 de la Constitución Política del Perú que prescribe: “la Ley desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existente”, analizando el texto tal cual, nos encontramos ante la teoría de los hechos cumplidos, dicha teoría sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante la vigencia de la misma; es decir, su aplicación debe ser inmediata, encontrándonos frente a la posibilidad de cambio de acuerdo a la vigencia de la Ley, tan es así que, si se genera un derecho bajo una primera ley y luego de producir cierto número de efectos ésta ley es modificada por una segunda a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a ésta y ya no ser exigidos más por la norma anterior con cuya vigencia fue establecido el derecho.

De esta manera se está protegiendo la necesidad de innovar la normatividad social a partir de las normas de carácter general conforme lo ha venido señalando el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en sendas resoluciones; es preciso mencionar que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, por lo que la ley desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo. (Cas. N° 15470-2015-Lima.)

Circunscribiéndonos al tema de contratos públicos y en específico, a las concesiones, debe entenderse que éstas configuran un permiso que otorga un organismo oficial a una empresa o a un particular para que explote una actividad o propiedad del gobierno por un lapso determinado; todo esto en base a que surge una

necesidad de la sociedad para mejorar un servicio o la explotación de un bien que traerá beneficios a la comunidad por ende al Estado.

De todo lo manifestado, queda sentado que la dimensión correspondiente a la economía de mercado de nuestra constitución económica, contiene como principio a la libertad contractual que se desarrolla en el contexto del principio pacta sunt servanda, no existiendo discusión respecto de la intangibilidad que le asiste a este tipo de contratos, en virtud de la vigencia del artículo 62 de nuestra Carta Magna; no obstante, esta claridad no se presenta respecto de los contratos públicos que corresponde a la dimensión de la economía social de la Constitución y que se materializa a través de las concesiones. Por lo que, de adoptarse la posición de que la intangibilidad, los alcanza, surge la interrogativa acerca de, si se pueden establecer excepciones basadas en el interés social y el bienestar común, teniendo como fundamento a los derechos fundamentales que el ser humano posee y por medio de los cuales puede obtener una calidad de vida, como son el derecho a la salud y el derecho a la educación.

1.1.2 Definición del problema

¿Cuáles son los fundamentos constitucionales para ampliar la excepción de intangibilidad contractual en concesiones respecto a salud y educación?

1.1.3 Objetivos

1.1.3.1. General

Identificar los fundamentos constitucionales para ampliar la excepción de intangibilidad contractual en concesiones respecto a salud y educación

1.1.3.2. Específicos

- Relacionar el contenido de concesiones con los elementos del principio del Pacta Sunt Servanda.
- Definir el contenido y alcances de las concesiones con el Estado en el ordenamiento nacional en relación al principio de intangibilidad.
- Optimizar los valores fundamentales que surgen en la regulación de la intangibilidad y los valores subyacentes en la excepción referida a la Salud y Educación.

1.1.4 Justificación e importancia

El tema a desarrollar en la presente investigación resulta de vital importancia, porque busca ampliar la excepción existente en cuanto a la intangibilidad contractual en contratos de concesiones; ello en beneficio de las personas, quienes poseen derechos inherentes que muchas veces se ven limitados por diversas razones; por lo que se busca mejorar el acceso al derecho a la salud y al derecho a la educación, entendidos como derechos fundamentales que garantizan que el ser humano pueda alcanzar una mejor calidad de vida.

Es menester optimizar el enfrentamiento de derechos que se presentan en determinadas circunstancias de necesidad; en el caso de la investigación, el interés público inmerso en los asuntos educativos y de salud, frente al interés público inmerso en la protección de la libertad contractual (llevándose a cabo una ponderación de derechos constitucionales).

Asimismo, la presente investigación contribuirá en el área del derecho, de manera específica al derecho de contratos, pues lo que se espera es implementar la incorporación de casos específicos excepcionales a la intangibilidad.

Por lo tanto, el aporte planteado en la presente investigación, no solo se limitará al derecho, sino que favorecerá a la sociedad y a los legisladores, producto del carácter social y académicamente del tema relevante.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes teóricos

La presente investigación gira entorno a la intangibilidad contractual, garantizada por el artículo 62 de nuestra constitución, el mismo que prescribe “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”; entendido como el respeto a los acuerdos contractuales que el Estado peruano garantiza a los privados, evidenciándose la seguridad jurídica que brinda, por ende no puede intervenir mediante la dación de nuevas leyes que modifiquen a los contratos en ejecución.

Sin embargo, en la sentencia recaída en el expediente N° 006/2000 AI/TC, de fecha 11 de abril de 2002, se deja entrever una excepción a la mencionada norma, permitiéndose la aplicación de la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre a contratos de concesiones ya celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, ello con la finalidad de promover la conservación, protección, incremento y uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre, argumentándose que son bienes cuya conservación y desarrollo son de interés público, siendo necesario salvaguardarlas por mandato de normas constitucionales, impidiendo la desaparición de estos recursos madereros y preservando su productividad por haber un interés público y beneficiar no solo a los actuales generaciones de ciudadanos sino también a las futuras.

De aquí entonces, surge la razón que nos imbuye a ampliar la excepción existente, fundamentándola en la necesidad justificada en asuntos de interés social

y bienestar común así como en la necesidad de garantizar el acceso a derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la salud y el derecho a la educación; de este modo se busca beneficiar en gran medida el desarrollo de la sociedad actual para lograr una vida digna y también generar beneficios para las futuras generaciones.

Teniendo ello claro, se ha realizado una exhaustiva búsqueda de antecedentes a nivel internacional, nacional y regional; en el google académico, Alicia concytec y en diversas bases de datos como son Teseo, Dialnet, Redalyc, Scielo, con la finalidad de conocer estudios relevantes que nos permitan tener un panorama del trabajo que estamos realizando, sin embargo no hemos encontrado antecedentes al respecto, razón aún más poderosa para seguir adelante con el trabajo de investigación que hoy nos ocupa.

2.2. Marco histórico

El Estado de derecho tiene sus antecedentes en los procesos sociales y económicos que surgen en los siglos XV y XVI, consolidándose a partir del siglo XVIII, en donde el hombre es libre y tiene igualdad ante la ley; el Estado impulsa su desarrollo y cuida de sus habitantes, es decir garantiza los derechos fundamentales del ser humano; de este modo se da lugar al nacimiento del Estado moderno. (Heller, 2002, p. 175); Estado debidamente organizado y reconocido políticamente, es decir gozaba de fuerza legal, en palabras de Maquiavelo “Todos los poderes que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres son Estados y bien monarquías o repúblicas”. (1985, p. 77)

Los Estados modernos fueron gobernados por reyes o reinas, quienes se encargaban de dirigir la economía de su nación, Polanyi al respecto manifiesta que

la población vivía de acuerdo a las decisiones de la monarquía, no teniendo capacidad de decidir ni siquiera donde establecerse para vivir. (1989, p. 152); es decir vivían para servir.

Con el pasar de los años, las cosas fueron cambiando y los Estados se volvieron liberales, dando la posibilidad a las personas de contratar libremente de acuerdo a sus intereses sin alterar el orden del mismo, con ello también llegó la figura del mercantilismo imponiendo obligaciones al Estado y dejándolas plasmadas en las constituciones, Zagrebelsky al respecto afirma que a pesar de los cambios que ha tenido por las diversas circunstancias y necesidades “siempre ha existido una intervención pública en la economía, reclamada ya en el contexto del mercantilismo, de la fisiocracia, del estado policía, del parlamentarismo y del autogobierno inglés y continuaba en el estado liberal europeo del siglo pasado”. (2007, p. 100); pues la finalidad es la igualdad entre las partes contratantes, como lo señala Ramos Núñez cuando afirma que “el avance de las concesiones sociales en el derecho civil tiene como paralelo el auge del intervencionismo estatal en las relaciones privadas”. (2014, p. 50)

Adviértase de aquí que, “un contrato tiene como causa el ejercicio de un derecho de autonomía, por parte de las partes; y como efecto la creación de una relación jurídica de carácter obligatorio para las mismas” (Torres Méndez, 2016, p. 40); estando presente siempre la autonomía y la obligatoriedad, es decir por medio de los contratos las partes deciden libremente el contenido del mismo, lo que genera la obligación de cumplirlo. En palabras de Larenz “la conclusión de un contrato es de este modo un acto de autodeterminación a través de una autovinculación”. (2001, p. 67)

En tal virtud, se denomina al principio de autonomía como sustantivo que posee dos adjetivos, el de la voluntad y la privada, es decir estamos frente a una autonomía de la voluntad, cuyo fundamento es la teoría voluntarista en donde la obligatoriedad del contrato proviene de la voluntad humana, denominada economía de libre mercado; y una autonomía privada cuyo fundamento es la teoría normativista, que permite la intervención del estado en la contratación o mercado, denominada economía social de mercado. (Torres Méndez, 2016, p. 58- 126); evidenciándose claramente que una limita y la otra permite la intervención estatal, sin embargo ambas hacen referencia a un poder entendido como derecho y al mismo tiempo como deber.

En efecto, el principio de autonomía de la voluntad alude al albedrío del ser humano para darle poder a la misma, Gorla al respecto deja claro que se trata de una potestad de la libre voluntad del ser humano para crear la relación jurídica. (1959, p. 95); o lo que es lo mismo “decir que la voluntad es soberana, significa que es la única que tiene el poder de comprometer a los individuos”. (Larroumet, 1993, p. 86); no pudiendo modificar a los contratos, evidenciándose la prohibición para que intervenga el Estado, por tanto estamos hablando de la intangibilidad contractual.

Vallespinos sintetiza a la intangibilidad contractual como “en los albores del liberalismo ni la ley ni los jueces pueden intervenir en las relaciones jurídicas de los particulares. Aún resuena la categórica afirmación de que hay en nuestro derecho un principio constante: una ley no puede agregar ni suprimir nada a un contrato concluido”. (Vallespinos, 1984, p. 208); de ello resulta que los acuerdos tomados no podrán ser modificados por el estado, al estar prohibida su intervención,

con la finalidad de brindar seguridad jurídica, lo que resulta favorable para los inversionistas.

Pues bien, Kelsen al respecto manifiesta que todo Estado se caracteriza por contar con una Constitución que no es más que un conjunto de normas, entendidas como “el sentido de un acto con el cual se ordena o permite, y, en especial se autoriza un comportamiento”. (Kelsen como se citó en Ugarte Godoy, 1995, p. 110); tan es el caso del artículo 62 de nuestra constitución de 1993, el mismo que prescribe:

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.

Como se advierte, por medio de este artículo se garantiza la libertad de contratar y se le prohíbe al Estado que intervenga mediante leyes en la modificación de contenidos contractuales; de esta manera se otorga seguridad jurídica a las partes contratantes.

Sin embargo, Bianca afirma que “La intangibilidad de la voluntad individual cede frente a las exigencias de justicia social”. (2007, p. 54); trátese aquí del principio de autonomía privada que surge tiempo después del principio de

autonomía de la voluntad; aparece en Alemania en el siglo XIX, y se lo denomina teoría normativista, por ser la ley, la que estipula la obligatoriedad de los acuerdos contractuales a las partes contratantes. (Torres Méndez, 2016, p.100)

Como se puede colegir, “no es por consiguiente el contrato el que obliga, sino es la ley la que obliga en el contrato”. (Radbruch, 1944, p. 190); claramente se deja notar el Estado social e intervencionista, cuyo objetivo es corregir efectos negativos que emanan de la desigualdad por medio de leyes. He aquí la necesidad de cambiar a la autonomía de la voluntad por la autonomía privada, ello como ya se mencionó, con la finalidad de buscar una igualdad entre las partes contratantes, ya que se ha evidenciado que en una economía de libre mercado o lo que es lo mismo, por medio del principio de autonomía de la voluntad siempre hay de por medio una parte débil, que debe de ser protegida y respaldada. (Torres Méndez, 2016, p. 128)

En efecto, la constitución de 1979 de nuestro país, permitía el intervencionismo estatal y lo hace por medio de una economía social de mercado, reafirmandose en la constitución de 1993; es decir el estado regulaba los precios, las empresas estatales; hecho que con los años ha cambiado al ser considerado por los privados contraproducente ya que se atenta contra la seguridad jurídica de los mismos. (Schumpeter, 1944, p. 13); Por lo que el Estado peruano debe de abstenerse a intervenir en asuntos entre privados; limitándose solo a impulsar y promover la iniciativa privada de los individuos, no inmiscuyéndose, de esta manera está cumpliendo un rol de juez y observador, velando en todo momento por el crecimiento económico del país.

Finalmente diremos que el principio de autonomía de la voluntad describe al Estado como liberal, es decir un Estado que respeta las opiniones y costumbres de los individuos, no interviniendo, sino que les otorga a las personas la posibilidad de pactar libremente según sus intereses, mientras que el principio de autonomía privada describe al estado como un Estado social e intervencionista en la contratación o mercado.

2.3. Marco teórico

2.3.1. Relacionar el contenido de concesiones con los elementos del principio pacta sunt servanda

2.3.1.1 Teoría general del contrato

Hoy en día vivimos en una sociedad en la cual estamos acostumbrados a contratar sin conocer exactamente que efectos jurídicos produce un contrato; lo que va a generar con el paso del tiempo conflictos a causa del incumplimiento por una o ambas partes, debiendo el derecho, como ciencia social, solucionarlos, valiéndose para ello de la teoría general del contrato, entendida esta teoría como el conjunto de principios generales, que darán sentido a las normas legales.

En efecto, la vigésimo segunda edición del diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define al contrato como el “Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”.

Como se puede advertir, los contratos son acuerdos libres, en los que prima la voluntad del ser humano para pactar el contenido del mismo, así como la capacidad de las partes para contratar; debiendo ser estos racionales y mediar la

buena fe en cada una de las partes, acorde a su voluntad, de lo contrario no habría contrato. Paralelamente, se van a generar derechos, así como también obligaciones, por ser actos jurídicos de libre voluntad.

Esta corta, pero precisa definición, es la que nos lleva a determinar de manera clara que, un contrato tiene como fundamento el ejercicio del derecho de autonomía, que poseen las partes, es decir la libre voluntad para contratar, emanando de ello una relación jurídica de carácter obligatorio, para las mismas. (Torres Méndez, 2016, p. 40)

Queda, entonces claro que para celebrar un contrato ha de mediar el derecho de autonomía y la obligatoriedad de ambas partes, siendo ello así, es que afirmamos que los individuos al momento de pactar válidamente acuerdos, lo hacen con la finalidad de regular sus relaciones privadas, relaciones que son de interés solo para los involucrados en los contratos celebrados.

Al respecto, Gastaldi, menciona que cada uno (individuo) es libre de realizar un contrato (principio de autonomía), este principio se va a complementar con la fuerza obligatoria, teniendo derecho a pedir la ejecución del contrato (pacta sunt servanda), y el efecto relativo, es decir, el contrato va a producir efecto solo entre las partes que lo celebran. (2003, p. 3)

Como podemos evidenciar, las partes contratantes tienen el deber de cumplir lo pactado en el contrato, otorgándose seguridad jurídica mutuamente, lo que ha generado que a lo largo de los años sean más los individuos que optan por tomar acuerdos y plasmarlos en los denominados contratos, en definitiva, un contrato

busca generar seguridad entre las partes involucradas, debiendo estas respetarlo en todo momento y dar cumplimiento a lo pactado recíprocamente.

a) Autonomía de la voluntad

Como ya se mencionó en los párrafos anteriores, los contratos son acuerdos voluntarios entre las partes, de allí que la voluntad es la intención, mejor dicho, la decisión que posee el sujeto para celebrar un contrato generándose derechos y obligaciones.

En efecto, la autonomía que posee todo sujeto de derecho es la independencia, autosuficiente, capacidad de decisión para dirigir sus propios intereses y si aunamos la palabra voluntad, estaremos entonces, frente a la autonomía de la voluntad; definida por la Vigésimotercera edición del Diccionario de la Real Academia Española, como “La capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala”. Lo que resulta totalmente cierto, pues las reglas de conducta son las normas que el mismo sujeto se impone (autonomía de su voluntad) al momento de celebrar un contrato.

La autonomía de la voluntad tiene su origen como principio jurídico por los canonistas y los teólogos de la edad media. (Villey, 1957, pp. 83-92), sin embargo, Kant, representante de la filosofía kantiana, le atribuye el término autonomía de la voluntad y la define como “La constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley -independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer. El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste”. (1921, p. 53), de aquí que los sujetos, al tomar decisiones lo hacen con la razón,

conscientes de lo que realmente desean realizar, es decir saben perfectamente qué derechos y obligaciones emanan de sus decisiones.

Como se puede advertir, la autonomía de la voluntad contractual, a nuestro entender no es más que el libre albedrío que posee el sujeto para celebrar contratos, claro que, ello deberá realizarse sin poner en riesgo a la sociedad, y como lo expresa Kant, los acuerdos voluntarios entre las partes no deben atentar contra la moral, las buenas costumbres o el orden público, debiendo en todo momento, actuar de buena fe no alterando la paz existente ni mucho menos generando inseguridad. (1921, p. 53)

En tal virtud, consideramos correcta la afirmación hecha por Messineo, quien hace notar que el principio fundamental de la autonomía de la voluntad es “la piedra angular de la disciplina del contrato” (1986, p. 15). Por el hecho de que, los sujetos son libres de tomar decisiones que se tendrán que cumplir, volviéndose ley entre las partes y se verá reflejada en su conducta, en su actuar, de allí que “El ser humano encuentra en sí mismo el fundamento de su conducta, de manera que el hombre es libre y las reglas que lo gobiernan emanan de su voluntad” (Rezzónico, 2011, p. 186), no pudiendo ser vulneradas por el Estado ya que el deber de este es proteger la libertad y los derechos individuales de los sujetos.

Ahora bien, teniendo en consideración lo expuesto líneas arriba, es preciso dejar claro que, el principio de autonomía de la voluntad es el ente rector de la voluntad humana para celebrar diversos actos jurídicos entre ellos los contratos, bastando solo la honestidad, el respeto y la confianza de las partes para garantizar su cumplimiento.

Por tal razón, Torres Méndez aclara que en determinado momento se consideró que la autonomía de la voluntad era el verdadero principio general del derecho, el cual era la base general para el cumplimiento de los actos jurídicos, emanando de aquí normas de carácter subjetivas, provenientes de la voluntad de los sujetos. (2016, p. 79).

En tal virtud, el principio de autonomía de la voluntad, hace que la contratación se realice en base a la voluntad de los contratantes, no pudiendo el Estado intervenir por medio de leyes, sino que aquí la palabra, el respeto, la honestidad de cada una de ellas, serán entendidas como ley, ya que estamos frente a la libertad innata que posee el sujeto para contratar, siendo este un derecho natural que nos arriba a entender que nos encontramos dentro de la corriente filosófica del Iusnaturalismo, corriente que no concibe la idea del intervencionismo estatal, y que rige al régimen económico de economía de libre mercado.

Economía que no permite que el Estado intervenga en los contratos ni en el mercado, por ende, no puede ser modificado por leyes, sino que solo se podrá modificar por la intervención de las partes involucradas. Sin embargo, con el pasar de los años ha quedado desfasada por la corriente filosófica del positivismo, corriente que permite la intervención del Estado, siendo su fundamento la protección al consumidor, pues se asume que es, éste la parte débil. (Torres Méndez, 2016, p. 142)

De todo lo argumentado, concluimos que la autonomía de la voluntad juega un papel importante en los contratos, por el hecho de que el sujeto posee la plena libertad de tomar acuerdos que serán ley entre las partes, ello en consideración a

sus intereses, debiendo en todo momento tener presente que estos no deben afectar a los demás integrantes de su comunidad por lo que ha de actuar acorde a las normas existentes.

Así mismo, reconocemos que con el paso del tiempo van cambiando las realidades sociales, una muestra de ello es el surgimiento de la autonomía privada que ha reemplazado a la autonomía de la voluntad, es decir la economía de libre mercado donde no se permite el intervencionismo estatal ha sido reemplazada por la economía social de mercado, la misma que si permite que el estado puede intervenir en la contratación y en el mercado, por considerar a los consumidores la parte débil.

b) Autonomía Privada

Al tener un concepto claro ya, de la autonomía de la voluntad, es preciso enfocarnos ahora en la autonomía privada; para ello, partiremos de una corta, pero precisa definición, dada por Torres Méndez, quien refiere que la autonomía privada no es más que “El poder o potestad de celebrar actos jurídicos con efectos obligatorios”. (2016, p.195)

Al analizar esta definición, podemos concluir que todo sujeto de derecho posee plena capacidad para contratar, y no solo nos referimos a los contratos, sino que hablamos de la plena libertad de llevar a cabo diversos actos, muchos de ellos con relevancia jurídica, que hará que haya de por medio una promesa de cumplimiento respaldada por normas legales que el Estado provee, con la finalidad de evitar la omisión de lo pactado.

En este sentido, queda claro que, al ejercer la autonomía privada, el individuo dicta leyes para sí mismo, las cuales regirán diversos aspectos de su vida, por ende tiene que cumplirlas; pues él mismo en pleno uso de sus facultades las consideró pertinentes al momento de la celebración de cualquier acuerdo voluntario que realizó; de allí que la autonomía privada es el “poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno así mismo”. (Diez Picazo & Gullón, 1998, p. 373)

En paridad, Molano explica que, la autónoma privada es el “poder jurídico que se le reconoce a la persona” (2007, p. 441), de este modo se le reconoce a los sujetos la capacidad que poseen para dar cumplimiento a lo que establece la ley o el derecho; definición que concuerda fielmente con las anteriores, por tanto la autonomía privada se cimienta en la habilidad del sujeto para dar contenido normativo a aquellos actos que forman parte de su esfera de libertad personal, pudiendo estos contratar, pactar y establecer condiciones del contrato, por ende está presente la posibilidad de crear, cambiar o hasta de cesar relaciones jurídicas (dominio de sus actos), claro está que se ha de realizar con responsabilidad, pues de por medio están los derechos y las obligaciones (libertad).

Ahora bien, para comprender tanto la autonomía de la voluntad como la autonomía privada, resulta conveniente hacer mención a Torres Méndez, quien deja claro que la autonomía de la voluntad así como la autonomía privada son opuestas, y tal diferenciación radica en que la autonomía de la voluntad es un derecho natural innato del hombre, mientras que la autonomía privada es un derecho otorgado o concedido por la ley, por ende hay participación del Estado, encontrándose dentro

de la corriente filosófica del positivismo, con la denominada economía social de mercado, que permite el intervencionismo estatal. (2016, p. 142)

En efecto, este autor explica lo más sencillo posible que la autonomía de la voluntad es propia del ser humano, nace con ella, es innata y nadie pueda quitársela; mientras que la autonomía privada se la otorga el Estado por medio de normas que respaldan actos jurídicos o administrativos. Recordemos que vivimos en una sociedad que cambia constantemente y gracias a estos cambios se requiere la implementación de políticas, de normas que regulen conductas, para que cuando se presenten situaciones específicas en la vida de las personas, estas puedan actuar con seguridad ya que el Estado peruano ha de garantizar la no vulneración de derechos fundamentales que son de interés social porque beneficia a todos.

Así mismo, Torres Méndez afirma que, para ejercer la autonomía privada, se debe tener en consideración los denominados “derechos potestativos” (2016, p. 196), que no son más que libertades que poseen los sujetos y que se pueden modificar jurídicamente. En palabras de Ferrayoli son “Libertades positivas consistentes en potestades atendí, es decir, en la potestad de auto determinarse, directamente en la esfera del mercado e indirectamente en la esfera pública de la política, mediante actos jurídicos potestativos”. (2010, p. 296)

Queda claro entonces que estas libertades o derechos potestativos pueden ser modificables, en tal medida se pueden hasta crear y extinguir otros por voluntad de los sujetos.

b.1) Libertad de contratar

Entendida como derecho fundamental que toda persona posee para contratar o no, así como para elegir a la parte o partes con las que quiere contratar. Al respecto Torres Méndez manifiesta que “La Libertad de contratar consiste concretamente en el derecho de poder decidir, libre y voluntariamente, si se quiere contratar o no” (2016, p. 196). Es decir, las personas gozamos de la plena potestad de manifestar nuestros deseos dentro de nuestro entorno social, sin perjudicar a otras personas; siendo ello así, es que nuestra Constitución Política de 1993, recoge a la libertad contractual en el artículo 2 inciso 14 refiriendo que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Como se puede advertir, se respalda a la voluntad de tomar decisiones del ser humano siempre que esta no cause perjuicios a otros.

De aquí la gran importancia que poseemos los sujetos de derechos al momento de tomar decisiones, ya que gozamos de libertad para ello, no estando obligados a celebrar contratos si no se desea, de este modo se ésta ejerciendo el principio de autonomía privada, pues está de por medio la libertad de celebrar contratos con independencia, autodeterminación y con plena capacidad de decidir con quién o quienes contratar, no pudiendo mediar la coerción. (Messineo, 1986, p.19)

En tal virtud, queda claro que los contratos son herramientas indispensables, pues se necesita de ellos en todo momento; siendo esta la razón por la que los sujetos de derechos hacen uso de su autonomía privada en cuanto a la voluntad de celebrarlos y con quien celebrarlos, de este modo se estará dando lugar a su

existencia y no olvidemos que se encuentran respaldados por nuestra norma constitucional.

b.2) Libertad contractual

Una vez claro el concepto de la libertad de contratar corresponde seguir con la libertad contractual, para ello tomaremos la afirmación de Francesco Messineo, quien manifiesta que “Ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que este debe ser el contenido del resultado del libre debate entre ellas” (Francesco Messineo, 1986, p. 16). Como se puede advertir, los integrantes de un contrato o mejor dicha las partes que van celebrar un contrato deben en primer lugar, disponer de la voluntad de querer hacerlo y, en segundo lugar, tener claro los objetivos o mejor dicho los intereses que pretenden obtener de esta celebración, para ello, se habrá debatido opiniones llegando a acuerdos acordes a su conveniencia, que se plasmaran en el contrato lo que llamamos contenido del contrato.

Efectivamente, la libertad contractual tal como lo define el autor antes mencionado es el contenido del contrato, contenido que se plasmará en las cláusulas por mutuo acuerdo, es decir las partes poseen la libertad de tomar decisiones y como ya lo mencionamos líneas arriba nuestra carta magna los respalda, brindándoles seguridad jurídica, es por ello que voluntariamente se ha de ir tomando acuerdos que serán de obligatorio cumplimiento a lo largo de la existencia de los contratos.

En palabras sencillas, Torres Méndez afirma que la libertad contractual consiste en “el derecho que tienen las partes contratantes (...) de fijar el contenido del contrato”. (2016, p. 199), al respecto queda por demás claro que la libertad

contractual la deben ejercer únicamente las partes contratantes de manera equitativa, siendo ello así es que el contenido del contrato será la voluntad plena de las partes involucradas, previo acuerdo de intereses de las mismas, pues como es sabido todo sujeto de derecho goza de autonomía privada y nadie puede imponer su voluntad sobre otro sujeto.

Es así que, la libertad contractual, es el medio por el cual los individuos van a regular intereses de acuerdo a su conveniencia, valga la redundancia, tanto para celebrar el contrato como para fijar el contenido del mismo, en lo posible se busca el beneficio para todos, es por ello que no podemos obviar a Vincenzo Roppo, quien hace notar que “es el acuerdo el que define el reglamento contractual como mecanismo de la autonomía privada”. (2009, p. 318); se trata entonces, de los acuerdos con efectos obligatorios.

Es evidente, que la autonomía privada permite que las personas puedan celebrar actos administrativos libremente, dictándose sus propias leyes de acuerdo a su conveniencia, tan es el caso de los contratos, en los que, haciendo uso de sus facultades, toman acuerdos voluntariamente, obligándose a cumplirlos en base al ordenamiento nacional existente, que les reconoce la capacidad para contratar, que no es más que la libertad de elegir si desea o no contratar y con quien contratar, así mismo ambas partes deben de ponerse de acuerdo en cuanto al contenido del mismo lo que se denomina libertad contractual.

2.3.1.2. Intervencionismo del Estado en la contratación o mercado

a) Vinculación del Principio de autonomía de la voluntad con la economía de libre mercado

Como ya se ha mencionado en los párrafos anteriores, el principio de autonomía de la voluntad se caracteriza por la buena voluntad de encaminarse de la persona sin atentar contra los derechos o intereses de los demás, así como de uno mismo y se encuentra vinculado con el régimen económico de la economía de libre mercado, régimen económico que no permite que el Estado intervenga en la contratación o mercado. (Torres Méndez, 2016, p. 90)

Es por ello que, resulta prudente tomar en consideración la opinión de Christian Larroumet, quien de manera clara expresa que “la autoridad política no se inmiscuye en los intercambios económicos que son producto de las voluntades individuales (...). Como principio la ley no debe inmiscuirse en el contrato”. (1993, p. 86)

Debe de advertirse, que el principio de autonomía de la voluntad, hace referencia a la facultad que posee el ser humano para discernir aspectos relevantes de su vida y determinar que le favorece y que no, dando origen al régimen económico de economía de libre mercado, en la que las sociedades se han amparado para formar sus propias normas, sin perjudicar a terceras personas.

Del mismo modo, Vallespinos deja notar que el Estado no puede intervenir en la contratación o mercado y respalda su opinión afirmando que “en los albores del liberalismo ni la ley ni los jueces podían intervenir en las relaciones jurídicas

de los particulares. (...) una ley no puede agregar ni suprimir nada a un contrato concluido”. (1984, p. 208)

Como puede advertirse, el Estado no puede ni debe intervenir bajo ninguna circunstancia en la contratación o mercado, su única función será de vigilar el cumplimiento de los acuerdos pactados entre partes, de este modo no se estará vulnerando el derecho de contratar que poseen los sujetos, pues se entiende que es un derecho individual protegido.

a.1) Intangibilidad del contenido del contrato

Al ser el contrato, un pacto en donde media los principios de autonomía y obligatoriedad, es que resulta prudente traer a colación al artículo 62 de nuestra Constitución, el mismo que prescribe “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”.

Este artículo llama nuestra atención, porque si bien es cierto el contenido de los términos contractuales no pueden ser modificados, sosteniéndose la intangibilidad del contenido del mismo, pero no sostiene la idea de que el contrato no sea modificado si hay de por medio una buena razón para ello.

Schneider al respecto, manifiesta que el artículo en cuestión “no está destinado a prohibir la dación de leyes orientadas a regular aspectos de la contratación”. (2011, p. 91); Por el contrario, por medio de este artículo el Estado deja notar el respeto que tiene en cuanto a los contratos celebrados; y ello lo demuestra no interviniendo ya sea para modificar o alterar el contenido del mismo,

limitándose simplemente a brindar seguridad jurídica, por ende, se habla de una intangibilidad contractual, entendiéndose que los contratos no pueden ser tomados en consideración a los acuerdos contractuales de los sujetos de derecho. (Torres Méndez, 2016, p. 213)

Que quede claro entonces, que el Tribunal Constitucional peruano no ha orientado al artículo 62 a regular normas respecto a la contratación, sino que busca otorgar seguridad jurídica por medio de la intangibilidad al contenido del contrato, y como ya lo mencionamos no se pronuncia respecto a que el contrato nunca pueda ser modificado por razones de interés social o bienestar común.

En efecto, no podemos ser ajenos al importante papel que juega aquí, la aplicación de la ley en el tiempo, es por ello que, la teoría de los derechos adquiridos, así como la teoría de los hechos cumplidos, han sido planteadas con la finalidad de dar solución al conflicto generado, en cuanto a la vigencia de una ley nueva; ambas teorías se encuentran recogidas en la constitución de nuestro país. Tan es así que, la primera de ellas, garantiza el pleno cumplimiento del contrato celebrado, no pudiendo ser modificado con posterioridad. (Rubio Correa, 2008, p. 27)

Por tal razón, resulta prudente aclarar que la teoría de los derechos adquiridos, respalda a todos aquellos contratos que han sido celebrados bajo normas específicas, normas que con el pasar del tiempo serán modificadas o hasta derogadas por otras, pero los efectos que han emanado en su momento serán los que rijan en adelante los contratos hasta su culminación, siendo esta la realidad que nuestros legisladores nos hacen notar.

Así mismo tenemos a la teoría de los hechos cumplidos, la cual se caracteriza por aplicar la norma vigente en su momento, es decir, cuando se celebra un contrato, éste se lleva a cabo bajo ciertas normas, que con el pasar del tiempo van a ser modificadas o derogadas por otras, viéndose el efecto de estas nuevas normas reflejadas en los contratos celebrados con anterioridad, vale recalcar que se aplicara la segunda norma más no la primera porque está ya fue derogada. (Bernarles Ballesteros, 2012, p. 379)

Efectivamente, ambas teorías tienen sus peculiaridades, y nuestro ordenamiento nacional opta por la teoría de los derechos adquiridos, la misma que brinda seguridad jurídica a los contratos por medio del artículo 62 de nuestra constitución (intangibilidad contractual), sin embargo, despierta en nosotros la curiosidad de conocer si existe la posibilidad de que la ley nueva que entre en vigencia se aplique a los contratos ya celebrados, siempre y cuando los efectos del contrato aún no se hayan materializado, es decir aún no se hayan ejecutado, entrando a tallar la nueva ley en la ejecución siempre y cuando haya de por medio un interés de la sociedad que a corto, mediano o largo plazo sea beneficioso para la población (bienestar común).

b) Vinculación del Principio de autonomía privada con la economía social de mercado

De lo ya explicado, queda claro que la autonomía es un elemento subjetivo que repercute en consecuencias jurídicas, de aquí la importancia del principio de autonomía privada que es acogida por el régimen económico de economía social de mercado, permitiendo ésta a diferencia de la economía de libre mercado acogida

por el principio de autonomía de la voluntad el intervencionismo estatal ya sea en la contratación o mercado.

Ahora bien, lo que caracteriza a éste régimen económico, es que son los particulares quienes dirigen la economía o mercado más no el Estado, limitándose éste a intervenir con la finalidad de que se realice la contratación o mercado para que haya un equilibrio social, es decir una igualdad entre partes.

Torres Méndez al respecto manifiesta que, el Estado al intervenir en la contratación o mercado lo hará como un tercero imparcial defendiendo derechos individuales, así como derechos sociales. (Torres Méndez, 2006, p. 138)

Entendemos que, por medio de la autonomía privada, las personas gobiernan sus propios intereses, es decir el Estado otorga al individuo poder para que decida y actúe en nombre propio sin intervenir; claro que este se mantendrá vigilante para que se cumplan las normas del sistema jurídico.

En consecuencia, Tietmeyer manifiesta que: “La economía social de mercado es un sistema donde predomina la economía de mercado, pero al mismo tiempo un sistema dentro del cual la seguridad social y el equilibrio social son partes elementales”.(1980, p. 53); basándose en “La organización de mercados como mejor sistema de asignación de recursos, y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales”. (Resico, 2009, p. 49)

Estos autores dejan notar que en la economía social de mercado la seguridad social es fundamental por el hecho de que el Estado como tercero imparcial ha de brindar respaldo a los individuos para reducir su vulnerabilidad en cuanto a temas

económicos frente a imprevistos, también menciona el equilibrio social haciendo referencia a las mismas oportunidades que de los individuos.

Esta situación produce entonces que, el Estado juegue un papel importante no interviniendo solo cuando el orden público es afectado como sucede en el régimen económico de economía de libre mercado, sino que va más allá; estamos frente al intervencionismo estatal en la contratación o mercado que corrige contenidos contractuales (modifica – tercero imparcial), cuando dejen entrever abusos en contra de los consumidores, ello con el fin de limitarlos, evidenciándose de este modo la mutabilidad de los contratos, con el fin único de que medie el equilibrio social.

En efecto, nuestra Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 58 prescribe que “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”. Resulta pues, que la iniciativa privada es libre, por lo que “el Estado orienta el desarrollo del país. No es el Estado - gendarme (...) el Estado actúa principalmente no exclusivamente en áreas como salud, educación seguridad, servicios públicos e infraestructura”. (Chirinos Soto, 2008, p. 147)

Por tal razón, en palabras de Miro, diremos que “la economía social de mercado es un intento por combinar ciertas formas de planificación estatal con la libre competencia”, existiendo un Estado parcialmente intervencionista”. (2006, p. 49)

2.3.1.3. Principio de obligatoriedad del contrato – Pacta sunt servanda

Celebrar contratos, es el inicio de obligarnos como sujetos de derechos a dar cumplimiento a ciertos acuerdos que han sido plasmados en el contenido del mismo con el fin de cumplir expectativas, es por ello que surge la obligatoriedad del contrato como principio fundamental. Tan es así que Torres Méndez refiere que “El principio de obligatoriedad del contrato consiste en que éste tiene un efecto jurídico vinculante o coercitivo, como el de una Ley, en virtud del cual los contratos son obligatorios y hay que cumplirlos”.(2016. p. 48)

Efectivamente, cuando se celebran contratos, las partes ejercen la autonomía de la voluntad dándose sus propias reglas, dentro de los límites de todo el sistema jurídico peruano, que garantiza el cumplimiento del mismo, como es el artículo 62 de nuestra constitución que garantiza la libertad de contratar según las normas vigentes al momento de la celebración del acto jurídico, no pudiendo ser modificados los términos contractuales por leyes posteriores, no mencionando este artículo nada respecto a que el contrato puede ser modificado siempre y cuando haya de por medio un interés social y un bienestar común.

Como se puede colegir, este principio es entendido como regla o norma que brinda seguridad en cuanto al cumplimiento de lo pactado, no pudiendo las partes cambiar su voluntad, pues hay de por medio un acuerdo (contrato) en el que se manifestó la libre decisión, claro está en base a los intereses de cada una de las partes. Al respecto, Vincenzo Roppo destaca que:

El vínculo contractual tiene ciertamente una razón ética. La otra fórmula que habitualmente lo expresa tiene el sentido de un imperativo moral *pacta sunt*

servanda. Es el imperativo moral de fidelidad a la palabra dada, de no traicionar el compromiso dado, de asumir la responsabilidad de sus elecciones, de afrontar las consecuencias de sus decisiones”. (2009, p.496)

En efecto, el principio de obligatoriedad del contrato a nuestro entender es el resultado que se produce frente a una situación específica, cuyo objetivo es el cumplimiento de los acuerdos pactados; así mismo es conocido también por el latinazgo *Pacta sunt servanda* cuyo significado es “somos siervos de nuestros pactos”. (Torres Méndez, 2016, p, 354); de esta manera coloquial dejamos notar que la obligatoriedad emana del mismo contrato, pues es su esencia; tan es así, que cuando se habla de contratos se está hablando de la obligatoriedad del mismo. Este reconocimiento de la obligatoriedad del contrato hace que Larenz deje notar que “En el fondo la regla *pacta sunt servanda* se limita a expresar lo que el concepto de contrato quiere decir”. (2001, p. 67)

Ahora bien, esta peculiaridad hace despertar la curiosidad de nuestra parte en torno a lo que menciona Torres Méndez cuando afirma que “la obligatoriedad de los contratos debe provenir de la buena fe objetiva; en vez de la voluntad humana. Pues esta buena fe, por ser objetiva, si otorga seguridad jurídica; en cambio dicha voluntad, por ser subjetiva, no ofrece tal seguridad”. (2016, p. 191)

Lo que este autor quiere decir es que la voluntad del ser humano es cambiante y ello puede perjudicar los acuerdos tomados en algún momento, por tal razón se los plasma en cláusulas y el incumplimiento de estas por cualquiera de las partes traerá consigo responsabilidad que hará que la parte que ha incumplido se

vea afectada, una vez más, se afirma que el fundamento del principio de obligatoriedad garantiza el cumplimiento de lo pactado.

Queda claro entonces, que las partes involucradas gozan de plena autonomía de la voluntad para decidir si celebran o no el contrato; ahora bien, de darse la celebración, éstas se estarán obligando mediante un acuerdo que tiene peso de ley para ellas mismas; por ende, tendrán que asumir el compromiso que libre y voluntariamente aceptaron, y solo este vínculo se verá roto en caso de incumplimiento o al termino del mismo. (Vincenzo Roppo, 2009, p. 355)

Se dice, entonces, que el principio del Pacta Sunt Servanda implica una fuerza obligatoria para los sujetos que han convenido contratar y lo han hecho en base a su conveniencia plasmándolas en cláusulas, lo que implica la intangibilidad del contrato.

Ilógicamente entonces, salta a la luz una irónica pero certera realidad, y es la que, De la Puente y Lavalle deja notar cuando afirma que “los particulares en ejercicio de esta atribución, tienen libertad para vincularse jurídicamente a través del contrato; por otro lado, la celebración del contrato les quita la libertad de desvincularse unilateralmente”. (2001, p. 313); esta ironía hace que seamos conscientes de que por medio de nuestra autonomía de la voluntad podemos libremente decidir si celebramos contratos o no y de celebrarse, esta autonomía de la voluntad se verá afectada, mejor dicho, limitada a dar cumplimiento a lo acordado, no pudiendo desvincularnos, porque existe de por medio cláusulas que acarrearán responsabilidad contractual.

Queda decir que la obligatoriedad del contrato, tiene como fin supremo brindar seguridad jurídica y para ello se hará uso de la coerción, entendida como obligación, de este modo se está asegurando que no haya cambios de parecer con el tiempo, por ende, no se generaran incumplimientos de las partes. (Torres Méndez, 2016, p.207)

A modo de conclusión diremos que para celebrar un contrato y obligarse por el mismo (*pacta sunt servanda*), el requisito de validez es la autonomía de la voluntad, sin esta todo lo demás deviene en nulo y más aún si con la celebración de este acto jurídico se están vulnerando derechos de las demás personas, evidenciándose que no se está actuando acorde al sistema jurídico del país.

2.3.1.4. Concesiones

El Estado tiene la obligación de brindar a todos los ciudadanos servicios públicos, que les permitan mejorar su calidad de vida, muchas veces por diversas razones este no lo puede hacer de manera directa, por lo que opta celebrar contratos de concesiones, entregando a empresas privadas la ejecución u explotación de obras públicas.

Frente a ello, el artículo 3 del reglamento aprobado por el decreto supremo N° 060-96-PCM, reglamento del texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos define a la concesión como “Acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de

infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido”.

Por su parte, el Diccionario Español Jurídico de La Real Academia Española y del Consejo General del Poder Judicial define a la concesión como “El acto administrativo que implica el otorgamiento del derecho de explotación o gestión, por un periodo determinado, de bienes y servicios por parte de una administración pública o empresa a otra, generalmente privada”.

Como se puede advertir, este término se utiliza para denominar al acto jurídico que otorga a un privado, a quien se le denomina concesionario la facultad de ejecutar o explotar un bien o servicio de uso público, por ende, es de interés social, debiendo el concedente (Estado) vigilar que se satisfagan las necesidades de la ciudadanía de manera eficiente y continua.

O, lo que es lo mismo, un contrato de concesión, es aquel por medio del cual, el Estado debidamente representado conforme a ley, otorga por cierto tiempo a la empresa privada de ser el caso, la administración de los bienes y servicios, con la finalidad de que ésta lo aproveche económicamente; sin embargo, se deja claro que el Estado mantiene la titularidad respecto de los bienes y servicios otorgados, por ende asume un rol de control así como de regulación conservando en todo momento la capacidad de intervención si es que el interés público lo demanda. (Zegarra Valdivia, 1999, p. 102)

Al respecto Pedreschi Garcés, afirma que los contratos de concesiones se caracterizan por transferir a los particulares facultades o potestades inherentes a la administración pública, con la finalidad de llevar a cabo actividades de interés

público, lo que generará la libre competencia entre privados; es preciso mencionar también que hay dos partes a las que se les denomina concedente y concesionario, el primero tendrá las facultades para la ejecución y/o explotación de la obra o la prestación del servicio y mantendrá la administración de dichas facultades de control y supervisión, no pudiendo renunciar a las atribuciones que se le han conferido, mientras que las facultades otorgadas al concesionario son temporales y revocables. (2009, p. 253)

En efecto, el Estado debe estar vigilante y controlar constantemente la obra o servicio que se le ha otorgado al concesionario, teniendo en cuenta que se trata de un bien o servicio de uso público, por lo que debe de procurar convocar empresas con técnicas y capitales atractivos que garanticen servicios idóneos para las personas que resulten beneficiadas, por su parte el Estado peruano ha de brindar seguridad jurídica por medio de la intangibilidad de los términos contractuales del contrato de concesión, pero de darse el caso, el Estado debe de priorizar aspectos relacionados con el ser humano como tal.

Es decir si durante la ejecución de la concesión los legisladores determinan la vigencia de una nueva ley que beneficie a los ciudadanos, El estado ha de valorar aspectos importantes en cuanto a la intangibilidad del contenido contractual que otorga seguridad jurídica al concesionario y determinar que efectivamente el artículo 62 de nuestra Constitución la garantiza, pero existe la posibilidad de que excepcionalmente por mediar un interés social y un bienestar común , el Estado pueda intervenir y solicitar una justa modificación del contrato.

Al conservar el Estado la titularidad y la capacidad de intervención en los contratos de concesiones, este puede y debe de velar por cada uno de los miembros de su país, estando en todo momento vigilante a las nuevas situaciones que se presenten en lo que dure la concesión, ello en consideración a que son bienes o servicios de uso público, es decir hay un interés social de por medio, teniendo la titularidad para velar por la no vulneración de derechos que la persona posee, como es el derecho a la salud y el derecho a la educación, derechos que si son respetados y garantizados, nos encaminaran a las puertas del desarrollo.

En efecto, las concesiones son las herramientas por medio de las cuales el Estado puede proporcionar los servicios públicos necesarios a los habitantes del país, así mismo promueve el desarrollo económico para el mismo. (Tuesta Madueño y Polo Chiroque, 2014, p 44); volviéndose esta una opción, de la cual el Estado se vale para satisfacer el interés general en cuanto a servicios que su ciudadanía necesita y que este no puede brindar directamente.

2.3.1.5. Obligatoriedad de los contratos de concesiones

Como puede advertirse, las concesiones son contratos, que se otorgan por medio de actos administrativos¹. Y como todo contrato, estos también tienen efectos jurídicos que vinculan a las partes involucradas, para que de una u otra manera se

¹ El Diccionario del español jurídico de la Real Academia de la Lengua Española define al acto jurídico como: “Decisión atribuible a una administración pública ya sea resolutoria o de trámite, declarativa, ejecutiva, consultiva, certificante, presunta, o de cualquier otra clase, cuando ha sido adoptada, en ejercicio de una potestad administrativa”

garantice el cumplimiento de lo pactado, estamos hablando, de una fuerza coercitiva que garantiza o mejor dicho brinda seguridad a ambas partes. (Torres Méndez, 2016. p. 48)

Si bien es cierto, por medio de las concesiones el Estado permite la inversión privada, cuya finalidad es la de brindar mejores servicios a los ciudadanos, otorgando al mejor postor la ejecución de un bien o servicio de uso público.

Ahora bien, hablar de la obligatoriedad de las concesiones resulta un tema interesante, por el hecho de que éstas son de larga duración y tienen como finalidad satisfacer aquellas necesidades generadas por cada uno de los habitantes de nuestro país, por ende, el cumplimiento de lo pactado por ambas partes, ha de ser permanente y continuamente controlado por el concedente, conservando su capacidad de intervención en todo momento. (Fernández Ruiz, 2002, p. 121).

Como ya lo hemos mencionado en los párrafos anteriores, los contratos de concesiones se caracterizan por tener un concedente y un concesionario, tras una serie de procedimientos administrativos, es este último es quien asume temporalmente la ejecución de un bien o servicio público, teniendo en todo momento el Estado el rol vigilante y el control como ente concedente.

En realidad, las partes son quienes deciden si desean o no celebrar el contrato, si deciden hacerlo ambas asumen los derechos y obligaciones que emanan del mismo, no pudiendo lamentarse después, porque han tomado tal decisión, en consideración al principio de autonomía de la voluntad, es decir libre y voluntariamente, imponiéndose su voluntad como ley entre ellas. He aquí el *pacta sunt servanda*. (Roppo, 2009, p. 497)

En efecto, Larenz, precisa que: “en el fondo, la regla *pacta sunt servanda* se limita a expresar lo que el concepto de contrato quiere decir”. (2001, p. 67). Así mismo Rezzónico comparte la misma idea, afirmando que: “el referido aforismo *pacta sunt servanda*, parece algo por demás obvio, una innecesaria reiteración de la noción misma del contrato. Porque, precisamente, ¿Qué otra meta que el cumplimiento puede guiar a quienes, queriendo comprometerse contractualmente empeñan su palabra?”. (2011, p.228)

Es por ello que, cuando se celebran contratos de concesiones, estamos frente a promesas públicas, en donde el Estado es quien contrata, permitiendo que los concesionarios sean quienes presten servicios que deberían ser prestados por él, en beneficio de su ciudad, de su país de ser el caso, sin embargo, por diversos motivos no puede ser así, lo que conlleva a otorgarles derechos y obligaciones a un concesionario por determinado tiempo, quedando plasmado en el contrato, lo que brindara seguridad jurídica para ambas partes, teniendo de este modo el respaldo del derecho.

Con el presente capítulo se busca comprender que la autonomía de la voluntad es propia del ser humano, es innata y por medio de ella es que se celebran diversos contratos, reflejándose esta autonomía en el *pacta sunt servanda*, es decir la palabra dada es ley entre las partes no pudiendo ser modificada posteriormente, sin embargo con el paso del tiempo es reemplazada por la autonomía privada su fundamento sigue siendo la capacidad que posee el ser humano para decidir libremente que contratar y con quien contratar, adicionándole el Estado un sistema jurídico que permita que los contratos se celebren con bases jurídicas que respalden su cumplimiento.

Con ello surge la figura de la intangibilidad contractual, los términos contractuales no pueden ser modificados evidenciándose el *pacta sunt servanda* (somos siervos de nuestros pactos).

Con estas apreciaciones buscamos profundizar en la libertad de contratar que el Estado pregona como garantía constitucional a lo largo de estos años en el artículo 62 de nuestra Constitución Política; que quede claro, que el texto de este artículo no regula normas respecto a la contratación sino que se limita a otorgar seguridad jurídica por medio de la intangibilidad al contenido de los términos contractuales, sin pronunciarse en cuanto a la modificación de los contratos por razones de interés social o bienestar común.

Razones de nuestro interés para abordar a los contratos de concesiones, en donde el Estado en nuestro caso el peruano, por diversas razones no puede brindar servicios que son necesarios para sus ciudadanos, recurriendo a un privado para que ejecute o explote un bien o servicio de uso público, manteniendo la titularidad y la supervisión constante, ello bajo la garantía constitucional del artículo 62.

Por medio del mencionado artículo, el Estado brinda seguridad jurídica al privado, estamos frente a la intangibilidad de los términos contractuales del contrato de concesión; sin embargo, cabe la posibilidad de que por interés social o bienestar común el Estado priorice a la persona como tal en cuanto a la protección de derechos inherentes, derechos fundamentales, derechos necesarios.

Es decir, una vez celebrado el contrato de concesión bajo la garantía de la no modificación de los términos contractuales del artículo 62 (intangibilidad contractual), el Estado conserva la titularidad y la vigilancia constante de esa

concesión, por lo que si los legisladores determinan la vigencia de una nueva ley que beneficie a los ciudadanos, el Estado ha de valorar aspectos importantes en cuanto a la intangibilidad del contenido contractual que otorga seguridad jurídica al concesionario y determinar que efectivamente el artículo 62 de nuestra Constitución la garantiza, pero existe la posibilidad de que excepcionalmente por mediar razones de interés social y de bienestar común, éste intervenga solicitando una justa modificación del contrato, en consideración a la no vulneración de derechos fundamentales como es el derecho a la salud y el derecho a la educación.

2.3.2. Contenido y alcances de las concesiones con el Estado en el ordenamiento nacional en relación al principio de intangibilidad

2.3.2.1. Relación y alcances entre Estado, soberanía, población y propiedad.

En los últimos años, hemos sido testigos de un sin fin de cambios en el campo jurídico, ello por las diversas necesidades que día a día se dan en las sociedades, por lo que el Estado asume la decisión de brindar soluciones normativas, tan es el caso de las concesiones que a lo largo del tiempo han sufrido adaptaciones y modificaciones acordes a nuestra realidad, sin embargo es muy limitada la información en cuanto a ellas, pero aun así vamos a desarrollar este tema de concesión en general, para tal fin es conveniente conocer que es Estado, soberanía, territorio y propiedad.

Por su parte, Belaunde Moreyra refiere, que el Estado es considerado como una nación organizada jurídicamente, representado por una autoridad que va a personificar a la colectividad que lo elige democráticamente, tomando la forma de una persona jurídica cuya finalidad es ejercer su supremacía sobre la población, es decir la autoridad sobre un territorio específico lo que se denomina soberanía,

elemento del Estado, así como la población y el territorio. Se habla de un Estado soberano cuando ejerce su autoridad dentro de su jurisdicción. (2011, p. 9)

Como se advierte, se denomina Estado a la población organizada política y jurídicamente dentro de un determinado territorio, eligiendo a un representante, quien tomara decisiones en nombre de todos, debiendo ser estas decisiones acatadas ya que se presume que han sido tomadas respetando los derechos fundamentales de las personas, ello en beneficio del interés social y el bienestar común, evidenciándose la soberanía del Estado en cuanto al poder que ejerce sobre el pueblo.

Respecto al territorio de un Estado, Bidart Campos lo define como un elemento geográfico o territorial, estableciéndose así una jurisdicción territorial. (1962, p. 180), guarda relación con la propiedad, entendida esta como un derecho universal (*erga omnes*) garantizado por ley, en el que se puede usar, disfrutar y reivindicar de un bien, no privando a nadie de la misma, sin embargo, las realidades de las sociedades han demostrado que por seguridad nacional o necesidad pública el propietario se ha visto obligado a vender su propiedad a cambio de una indemnización. (Arce Helberg, 1963, p. 7)

Efectivamente el Estado, es el único titular del territorio que posee, llamándolo su jurisdicción, por lo que otro Estado colindante no puede intervenir ni decidir dentro de ese territorio por la soberanía que este posee, es importante recalcar que las personas que forman parte de la población, son propietarias de ciertas áreas del territorio (derechos reales) que usan y disfrutan, pero existe la posibilidad que fuesen necesarias para el Estado, entonces deben ser entregadas a cambio de un justiprecio o la indemnización correspondiente, hacemos hincapié en

que no debe confundirse territorio con propiedad, ya que el territorio es el espacio donde el Estado ejerce su soberanía y la propiedad vincula a una persona con un bien.

2.3.2.2. El contrato de concesión: contenido y alcances

Una vez hechas las aclaraciones pertinentes líneas arriba por ser relevantes para el tema de concesiones, corresponde enfocarnos ahora en el contrato de concesión, para ello mencionaremos a Belaunde Moreyra, quien habla de una naturaleza del derecho público, afirmando que el Estado es el representante de la sociedad, por ende, el titular del dominio de los bienes y servicios, es quien otorga la concesión y la ley es quien va a señalar los derechos y obligaciones de esa concesión. (2011, p. 53-54)

Según este autor una concesión tiene una naturaleza jurídica del derecho público, al ser el Estado el titular de los bienes y servicios en representación de la sociedad, y es quien otorga este derecho, pero debemos tener en cuenta que todas las obligaciones y derechos los establece una norma específica, por tanto, no puede ser negociable.

Así mismo este autor menciona, que el contrato de concesión tiene naturaleza del derecho privado, al ser la actividad ejercida por privados, otorgándose un derecho real a su titular, dándole la propiedad y la libre disposición de los bienes que se extraigan. (2011, p. 54-55), Podemos deducir, que se habla de una naturaleza del derecho privado, porque quien adquiere y realiza la explotación es un privado y se le da la libre disposición de los bienes que se extraen, pero siempre sin infringir las normas ya establecidas.

Como se advierte el autor deja claro que las concesiones poseen naturaleza jurídica del derecho público y del derecho privado, siendo el Estado peruano en nuestro caso, el titular de los bienes y servicios y quien actúa en representación de la sociedad, entregando a un privado la libre disposición de los bienes o servicios, siempre acorde con las leyes de nuestro ordenamiento, a nuestro parecer estamos ante una naturaleza mixta de las concesiones, ya que va a poseer una naturaleza privada y pública a la vez.

Teniendo ya clara la naturaleza de la concesión, corresponde brindar un concepto concreto que nos permita conocer de qué se trata, para ello nos valdremos del diccionario del español jurídico de la Real Academia de la Lengua Española, que define al término concesión como “acto administrativo que implica el otorgamiento del derecho de explotación o gestión, por un periodo determinado, de bienes y servicios por parte de una administración pública o empresa a otra, generalmente privada”; definición básica que la complementaremos con la posición de García Montúfar, quien la describe como el acto de conceder, de dar, de otorga; siendo un otorgamiento gubernativo en beneficio de un particular, se otorga un derecho real, que va a consistir en una suma de atributos y obligaciones que son establecidas por ley. (1989, p. 80-81)

a) Derechos, obligaciones y causales de extinción en una concesión

Destacamos que las concesiones con el Estado son actos por medio de los cuales el Estado valga la redundancia, es el titular del dominio de los bienes o servicios que en representación de la sociedad otorga a un privado, para que este los tome a su favor generando derechos, así como obligaciones establecidas por norma expresa, debiendo cumplirse lo decretado a cabalidad.

Belaunde Moreyra, al respecto manifiesta que una concesión proviene de un acto jurídico administrativo que emana de una autoridad competente, quien autoriza por ejemplo realizar actividades de exploración, desarrollo y explotación en el ámbito de la minería. Cuando hablamos de un acto jurídico administrativo nos referimos a la manifestación de la voluntad de un ente público, que va a crear, extinguir o modificar derechos u obligaciones en beneficio de los particulares, claro que para ello se han de cumplir ciertos requisitos, que ocasionará que se otorguen determinados derechos que van a satisfacer un interés social generando un bienestar común como son los empleos, impuestos entre otros y un interés privado que no son más que las ganancias que favorecen a los inversionistas. (2011, p. 55)

Comprendemos que, este autor trata de explicar que las concesiones son actos administrativos porque siguen una serie de procedimientos dirigidos por el ente gubernamental, quien posee plena capacidad de crear o extinguir derechos a favor de los inversionistas privados, no obstante, en todo momento debe de actuar acorde a los procedimientos creados por ley, ya que esencialmente existe un interés social que acarrea el bienestar común, siendo su responsabilidad velar en beneficio de la población.

Así mismo deja claro que, las actividades que realiza el concesionario están sujetas a derechos y obligaciones, como ya se menciono todas reguladas por ley, que deberán ser cumplidos de manera ineludible y ahonda en las obligaciones, manifestando que el concesionario frente al concedente ha de respetar la vigencia de la concesión, ya que el incumplimiento determinara su extinción, por otro lado tenemos las obligaciones legales que no están vinculadas a la vigencia de la

concesión pero su incumplimiento generaría sanciones, multas, suspensión de labores y otras. (2011, p. 103-106)

Prosiguiendo con las concesiones, resulta importante determinar cuáles son las causas que generan la extinción de un contrato de concesión, y para ello también citaremos a Belaunde Moreyra, quien manifiesta que la primera causa es la caducidad de la concesión, entendida como el dejar de pagar el derecho de vigencia y penalidad durante dos años seguidos; está el abandono, que es el incumplimiento de obligaciones procesales para la formación del título de concesión; la nulidad, que no es más que el petitorio para una concesión, pero hecha por una persona impedida para ello y finalmente la renuncia que es la dejación voluntaria del titular de una concesión. (2011, p. 131-139)

En efecto, las concesiones se extinguen por diversas razones, claro que estas razones han de estar plasmadas en normas o reglamentos que permitan tal extinción, de lo contrario acarrearía responsabilidad, debiendo responder por ello.

2.3.2.3. La intangibilidad contractual en la concesión ¿Nuestro ordenamiento nacional salvaguarda al contrato de concesión?

Como se advierte, se ha dado alcances de los elementos con los que se relaciona el contrato de concesiones, así como su contenido, obligaciones y causales de extinción; encontrándose garantizada su protección por la intangibilidad contractual que está amparada por nuestra Constitución Política.

La misma que en su artículo 62 señala “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”

Al interpretar el mencionado artículo, apreciamos que los contratos se celebran teniendo presente la autonomía de la voluntad del individuo, por medio del cual se tomarán acuerdos que han de plasmarse en el contenido del contrato, en el caso de los contratos de concesiones el contenido está regulado por la ley vigente en el momento que se celebra el contrato de concesión, los términos contractuales, ya están definidos y son de obligatorio cumplimiento, no pudiendo ser modificados por leyes posteriores, debido a que ello acarrearía una relación jurídica distinta a la convenida en un principio por las partes. (Pinilla Cisneros, 1999, p. 370)

Ahora, si somos más meticulosos y analizamos los alcances del primer párrafo del artículo en mención, la primera parte hace referencia a la libertad de contratar (autonomía de la voluntad) garantizando que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Entendiéndose que las partes van a ser libres al momento de determinar el contenido del mismo, constituyéndose la libertad contractual o de configuración interna. En la segunda oración y la más importante para nuestro estudio en relación al contrato de concesión, señala que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, impidiendo este texto que cualquier norma legal dictada con posterioridad a su celebración afecte al contrato que ya ha sido celebrado.

Finalmente, la última parte del artículo indica claramente que, ante cualquier controversia o conflicto derivada de la relación contractual celebrada, estos se van

a solucionar en la vía arbitral o judicial, no siendo esta parte relevante para nuestro estudio.

Ahora bien, si relacionamos lo analizado con los contratos común y corrientes, apreciamos que las partes tienen plena libertad para determinar el contenido del mismo (autonomía de la voluntad), situación que no ocurre en los contratos de concesión por el hecho de que el contenido ya que está estipulado por una norma vigente al momento de su celebración no pudiendo ser negociable ni modificado. Es decir, el contenido de los contratos de concesiones es estipulado por norma vigente a la celebración del mismo.

Dicho de otro modo, la no modificación de los términos contractuales por normas posteriores, texto del artículo 62, es de aplicación a los contratos de concesión, es decir, los derechos y obligaciones que se pactaron en el contrato de concesión por una determinada norma, no pueden ser modificados posteriormente por otra y alterar su curso de ejecución, debiendo de mantenerse vigentes las normas con que se pactaron el contrato, ello durante toda la vigencia y ejecución de este contrato de concesión, sin que su suspensión, modificación o derogación afecten al mismo.

La última parte del texto del artículo 62 está referida a las controversias que emanen producto del contrato de concesión debiendo ser solucionadas en la vía arbitral o judicial.

Se advierte entonces, la prohibición constitucional de modificación por alguna norma o ley al contenido de un contrato de concesión, reconociéndose así la intangibilidad contractual para este tipo de contratos. Pero es acá donde surge la excepción de la ampliación de la intangibilidad contractual que proponemos,

cuando la nueva norma a aplicarse verse sobre temas de salud y educación, considerados derechos fundamentales para el progreso y desarrollo de una Estado

2.3.3. Optimización de los valores fundamentales que surgen en la relación de la intangibilidad y los valores subyacentes en la excepción referida a la salud y educación

2.3.3.1. ¿Qué es un valor fundamental y cuán importante resulta ser en una economía de libre mercado? De ser ello notable, en qué medida podemos mejorarlos para satisfacer las necesidades de las sociedades en relación al principio de intangibilidad contractual

Vivimos en un mundo en el cual “El ser humano encuentra en sí mismo el fundamento de su conducta, de manera que el hombre es libre y las reglas que lo gobiernan emanan de su voluntad”. (Rezzónico, 2011, p. 186)

Voluntad que con el pasar del tiempo ha ido cambiado, en tanto ha cambiado las costumbres, las tradiciones, los principios, y con ello han surgido nuevas formas de pensar, de interpretar, siempre teniendo presente que es lo correcto o lo incorrecto en determinado momento, y dentro del entorno en el que se encuentran, influyendo este último en gran medida, por el hecho de aceptar determinadas acciones como buenas o malas, entendidas las buenas acciones como aptitudes o cualidades positivas, que caracterizan a las personas y que han sido adquiridas con el paso de los años para direccionar conductas, estamos hablando de los denominados valores. (Sandoval Manríquez, 2007, p. 96)

Efectivamente, los seres humanos somos cambiantes, vamos adquiriendo nuevos hábitos, nuevas maneras de pensar y de actuar, ello dependerá en gran medida del medio social en el que vivimos y más aún en la forma como nos crían en el hogar, porque de ahí se adquieren conductas positivas y otras negativas que forman nuestra personalidad.

La Real Academia de la Lengua Española define al término, fundamental como “Que sirve de fundamento o es lo principal en algo”. Si unimos este último concepto con el de valor, afirmaremos que “El hombre no puede vivir de sí mismo, los valores son esenciales para él y constituyen la extensión de ese sí mismo que le falta”. (Gallo Armosino, 2006, p. 8)

Tan es así, que en otro apartado Gallo señala que los valores fundamentales son aquellos que los individuos han adquirido de manera libre, como por ejemplo la capacidad de reflexión, especulación, emotividad, voluntad, creatividad, deseo de libertad y autonomía, valores fundamentales que a lo largo de su vida los harán seres plenos para el disfrute del mismo, de este modo se adquirirá conciencia, pero de calidad, que los harán mejores personas por el mismo hecho de ponerlos en práctica llevando a ampliar el horizonte del individuo mismo y de la sociedad. (2006, p.17)

Este autor deja notar que los valores son cualidades que emanan del ser humano, son propios, innatos que influyen en nuestro actuar, no se debe de olvidar al amor y al respeto, que unidos a los valores ya mencionados se imponen en los hogares desde el nacimiento, siendo responsabilidad de la familia direccionarlos para ser aceptados como valores positivos dentro de la sociedad.

Ahora bien, al ser la autonomía² y la voluntad³ valores fundamentales, revisten singular importancia en una economía de libre mercado, por el hecho de que, este tipo de economía se caracteriza por no permitir el intervencionismo estatal en los contratos en donde las partes involucradas ejercen el denominado, para el caso específico derecho de autonomía, que traerá consigo como consecuencia la obligatoriedad del contrato, ambos principios generales contractuales (autonomía y obligatoriedad) son esenciales en todo acuerdo de voluntad. (Torres Méndez, 2016, p. 40)

Se aprecia claramente que autonomía y voluntad entendidos como valores, permiten que el ser humano posea la capacidad para decidir, en determinado momento sobre aspectos relevantes de su vida, siendo uno de ellos la celebración de contratos, donde las partes involucradas plasman libremente su voluntad de

² El Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española define a la autonomía como: “Potestad de decidir la propia organización y ejercer funciones, públicas o privadas, sin más limitaciones que las establecidas en la constitución y las leyes”

³ El Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española define a la voluntad como: “Facultad de decidir y ordenar la propia conducta”

acuerdo a sus intereses, mediando en todo momento la promesa de cumplimiento en virtud de la obligatoriedad de los contratos.

Resulta interesante, apreciar cómo es que, dos valores fundamentales presentes a lo largo de la vida del ser humano se trasmutan al ámbito contractual como un principio general denominado autonomía de la voluntad, “entendida en el sentido de un poder o energía creadora de la voluntad: el poder que tendría la voluntad (del promitente) para crear la obligación, el vínculo o relación jurídica”.(Gorla, 1959, p. 95); considerado por Messineo como: “la piedra angular de la disciplina del contrato” (1986, p. 15). Por tanto, “la voluntad humana creaba derecho; el individuo se obligaba como había querido y cuanto había querido”. (Ourliac y de Malafosse, 1969, p. 114)

Como lo determina Gorla y Messineo, el principio de autonomía de la voluntad es efectivamente, la libertad y la capacidad que posee la persona para ejercer sus derechos, valiéndose de sus propias reglas cuando se trata de tomar decisiones, tan es el caso de los contratos, acuerdos voluntarios en donde las partes deciden libremente el contenido del mismo de acuerdo a sus intereses, para ello impondrán sus propias normas de cumplimiento y otras en caso se dé el incumplimiento.

Es de advertir, que este principio general, adopta el régimen económico de economía de libre mercado; régimen que no permite la intervención del Estado en los contratos (intangibilidad contractual), sino que, se caracteriza por la exclusiva voluntad de los contratantes, quienes, libre y voluntariamente se imponen reglas de conducta para que sea ley entre los mismos. (Rezzónico, 2011, p.186); pudiendo de

este modo ejercer el derecho individual de contratar, con la plena seguridad de que el Estado no intervendrá en las decisiones producto de la voluntad individual del ser humano. (Larroumet, 1993, p. 86); he aquí la importancia de la economía de libre mercado en cuanto al principio de autonomía de la voluntad.

Se aprecia sin mayor dificultad que, el principio de autonomía de la voluntad es el eje central del ser humano cuando se trata de tomar decisiones, recordemos que la autonomía es la libertad que posee la persona de decidir o no decidir sobre algo, materializándola por medio de la voluntad en el actuar o no actuar, principio que por largos años ha permitido que las personas puedan contratar libremente de acuerdo a sus necesidades, sin que medie la intervención estatal.

Si bien es cierto, el Estado no puede intervenir en la contratación o mercado, sin embargo, tal como lo explica Dasgupta, este si puede actuar como “vigilante nocturno, o un Estado cuyas actividades se limitan a la provisión de unos pocos servicios tales como el de hacer cumplir los contratos y proteger a personas y grupos contra la fuerza, el robo y el fraude”. (2004, p. 16); del mismo modo Cruz Parcero, explica que “el Estado tiene como función asegurar la paz y la seguridad, y proteger la libertad y los derechos de los individuos”. (2007, p. 155)

Es bajo estas razones, que el Estado debe de implementar su sistema jurídico para brindar seguridad en cuanto a la celebración de actos administrativos, encontrándose aquí inmersos los contratos.

Siendo ello así, es que el artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993 prescribe:

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.

Como se puede advertir, este artículo consagra a la intangibilidad contractual, por ende, brinda seguridad jurídica a los contratantes, para que puedan pactar sin temor que los contratos sean modificados o alterados con el tiempo, con disposiciones ajenas a su voluntad. De esta manera el Estado peruano estará fortaleciendo el sistema contractual, generando confianza e incentivando a que diversas empresas en consideración a este contraten libremente sin temor de que se vean perjudicados.

En efecto, el Estado ha de garantizar la libertad de contratar y el artículo 62 tiene esa finalidad, garantiza que los términos contractuales no sean modificados; sin embargo, el Estado no puede ser ciego y sordo a las eventualidades que surjan en perjuicio o beneficio de su ciudadanía a causa de un contrato (contrato de concesión), por lo que tendrá que velar en todo momento por la no vulneración de derechos fundamentales de la persona, derechos de interés público y de suma relevancia en cuanto se hable de un bienestar común.

Por eso, se ha de trabajar arduamente en la libertad, la autonomía, la solidaridad, el respeto, la justicia y la responsabilidad del hombre, entendidos éstos, como valores fundamentales de una economía de libre mercado. (Gallo Armosino, 2006, p. 3-4-5)

Al respecto Roppo refiere que tiene “el sentido de un imperativo moral *pacta sunt servanda*. Es el imperativo moral de fidelidad a la palabra dada, de no traicionar el compromiso dado, de asumir la responsabilidad de sus elecciones, de afrontar las consecuencias de sus decisiones”. (2009, p. 496); por tanto “la fidelidad jurada debe ser respetada”. (Ripert, 1948, p. 252)

Advertimos que, los valores fundamentales resultan importantes en una economía de libre de mercado en cuanto al cumplimiento de lo pactado, pues como ya hemos mencionados en diversos párrafos, los valores son cualidades innatas del ser humano que se van perfeccionando en el hogar para que en determinado momento el sujeto de derecho, con plena autonomía de la voluntad respete y sea responsable de sus actos, como es el caso de los contratos, que son de obligatorio cumplimiento entre las partes que lo celebran y son garantizados por el artículo 62 de nuestra Constitución.

La finalidad de todo lo manifestado, es reconocer la importancia que tienen los valores del ser humano en determinadas situaciones a las que enfrentan a lo largo de su vida, por tanto, corresponde al Estado peruano encaminar a su pueblo, y que más que trabajando a nuestro parecer en políticas que permitan el acceso a la salud y a la educación, entendidos estos derechos como la puerta al bienestar, desarrollo y progreso del país.

2.3.3.2. La necesidad de ponderar derechos constitucionales como requisito para determinar la importancia que tiene el derecho a la salud y el derecho a la educación frente a los demás derechos constitucionales en la actualidad

La ponderación es un tema, que en los últimos años ha tomado mucha relevancia a nivel mundial, Bernal Pulido afirma que, la ponderación, con el tiempo se ha convertido en un importante criterio metodológico elemental en los tribunales constitucionales especialmente en relación a los derechos fundamentales. (2003, p. 757); generando un sin fin de discusiones, unas a favor y otras en contra, no obstante, no se puede negar que es un método de interpretación constitucional, cuyo objetivo es determinar la importancia de ciertos derechos frente a otros derechos (en el caso específico) constitucionales, con la finalidad de sopesar, equiparar factores que influyen en algún caso en particular. (Aleinikoff, 2010, p. 19)

Aporte de Bernal Pulido, sumamente importante por la objetividad con la que presenta a la ponderación, sin argumentar a favor o en contra de la misma, sin considerarla el máximo paradigma constitucionalista, sino, únicamente lo que es, un método de interpretación que cuenta con posiciones a favor y en contra y que, de ser pertinente, puede ser utilizado para la resolución de casos concretos; no obstante, desde una mirada personal de los investigadores, la ponderación es un método inexacto que favorece a la subjetividad, corriéndose el riesgo de que el intérprete, ya sea este un juez o cualquier funcionario, la utilice para justificar iniquidades, dada su inestabilidad.

Aleinikoff, por su parte precisa que “La metáfora de la ponderación está referida a las teorías de la interpretación constitucional que se fundamentan en la identificación, valoración y comparación de intereses contrarios”. (2010, p. 23)

Estamos entonces, frente a un procedimiento netamente racional⁴ cuando de aplicar normas jurídicas se trata, cuyo fin es argumentar decisiones basadas en derecho y sustentarlas para que sean aceptadas. (Bernal Pulido, 2015, p. 410)

Consideramos que ponderar no es una tarea fácil, puesto que la razón juega un papel importante en cuanto a dar sentido a las normas constitucionales, debiendo determinar la importancia que estas poseen frente a otras en determinada situación, como por ejemplo el motivo que hoy es materia de análisis en el presente trabajo de investigación, teniendo para ello que sopesar aspectos que se consideran relevantes con la finalidad de optar por la que más convenga.

Debe destacarse que, por medio de este método de interpretación constitucional se valoran criterios esenciales que caracterizan a los derechos constitucionales frente a otros del mismo rango en determinada situación; por lo que, se busca determinar el peso de las razones opuestas, para poder resolver el conflicto generado a causa de desconocer en determinado momento la relevancia que posee ciertos derechos frente a otros. (Arroyo Jiménez, 2009, p. 4); a modo de conclusión diremos que la ponderación “es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”. (Prieto Sanchís, 2007, p. 128)

Entonces, queda por demás claro que la ponderación es un procedimiento cien por ciento racional, por medio del cual se lleva a cabo un análisis exhaustivo

⁴ La racionalidad es “una propiedad del discurso científico coherente y, eventualmente sistemático”. (Vernengo, 1984, p. 63)

de ciertas normas constitucionales consideradas pertinentes para aplicarse a un caso específico, se tendrá que equiparar oportunamente, optando por aquella que posea factores influyentes al caso, debiéndose argumentar la decisión por la que es aceptada, solo de modo se dejara notar que se actuó con imparcialidad.

Pues bien, teniendo clara ya la concepción de la ponderación corresponde enfocarnos en los derechos fundamentales, entendidos estos, como aquellos derechos indispensables para la vida del ser humano, por ende, se les reconoce a las personas desde el momento de su nacimiento (son inherentes), “no se pueden comprar ni vender”. (Bovero, 2005, p. 219); son consagrados en las constituciones con la finalidad de positivizarlos, reconocerlos constitucionalmente, adquiriendo así el máximo rango en un Estado Constitucional de Derecho. (Alexy, 2006, p. 28); “la previsión de tales derechos por un ordenamiento positivo es la condición de su existencia o su vigencia en ese ordenamiento”. (Massini 2009, p. 230); por tanto, diremos que los derechos fundamentales son sinónimos jurídicos de los derechos constitucionales. (Nogueira, 2003, p. 58)

Resultan acertadas las definiciones que cada autor brinda en cuanto a los derechos fundamentales por lo que, no hay más nada que decir, solo queda afirmar que son derechos inherentes a los seres humanos desde que nacen hasta que mueren y que cada Estado trabaja incansablemente por reconocerlos y brindar seguridad jurídica por medio de su carta magna, documento del cual dependen todas las normas existentes, resaltando que desde el momento que los derechos fundamentales están plasmados en la constitución son derechos constitucionales.

Ahora bien, el diccionario del español jurídico de la Real Academia de la Lengua Española define a la ponderación de los derechos fundamentales como:

Actividad exegética, preferentemente legislativa o judicial, por la que se examinan los intereses en conflicto entre varios derechos en aparente colisión, de acuerdo con un parámetro determinado y objetivo, y se determina su alcance y limitaciones recíprocas, buscando su vigencia equilibrada.

En este sentido, ponderar derechos fundamentales no será una tarea fácil, por lo que vamos a afianzarnos en la clasificación realizada por el jurista checo Karel Vasak, para identificar a los derechos materia de interés en la presente investigación. Empezaremos identificando a los derechos de primera generación, denominados derechos civiles y políticos, cuya importancia radica en la libertad del individuo, así como en la participación que tienen en la política, la finalidad es que no se vulneren derechos por el mismo Estado. Así mismo se encuentran dentro de la clasificación, los derechos de segunda generación denominados derechos económicos sociales y culturales, siendo la prioridad de estos velar por la equidad y la igualdad de todas las personas, así como por las condiciones de vida, encontramos inmersos aquí el derecho a la salud y el derecho a la educación, derechos que son relevantes en la investigación que hoy nos ocupa. Finalmente tenemos a los derechos de tercera generación, los llamados derechos de solidaridad, que se caracterizan por el apoyo incondicional que se brindan a nivel internacional los seres humanos, como por ejemplo el derecho a la paz. (1977, p. 8)

Esta propuesta del jurista checo, es muy antigua pero muy acertada, lo que ha permitido que a lo largo de los años, se mantenga vigente y hoy nos permita

identificar a los derechos de nuestro interés, como son el derecho a la salud y el derecho a la educación, dentro de los derechos de segunda generación, caracterizándose esta por querer brindar una mejor calidad vida, para ello busca promover que los Estados innoven con políticas que permitan que todas las personas posean condiciones de vida adecuadas para poder disfrutar de los demás derechos, que le son reconocidos constitucionalmente.

a) Derecho a la salud

Cuando hablamos del derecho a la salud, muchas veces lo asociamos con la posibilidad de acceder a los servicios de salud, o la construcción de hospitales; realidad que no es ajena; sin embargo, el derecho a la salud es más que eso, y la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946, lo sabe, por lo que define en su preámbulo al derecho a la salud como “Un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”.

Consideramos que, para llegar a ese estado completo de bienestar físico, mental y social, que pregona la Organización Mundial de la Salud, influyen muchos aspectos, en los cuales el Estado cumple un rol de suma importancia, por lo que debe de trabajar con ahínco en políticas que ayuden a promover, por ende, mejorar el sistema de salud para que las personas no vean limitado su derecho.

Es más, se ha de empezar informando adecuadamente a la población en general que el derecho a la salud, no es acudir a la posta más cercana, sino que es un conjunto de características que abarcan aspectos de suma importancia por ejemplo, cuando se habla del bienestar físico que toda persona debe poseer,

entendiéndose como el funcionamiento óptimo⁵del cuerpo, es decir, perfecto funcionamiento de los procesos internos del cuerpo humano como respirar, escuchar, liberación de hormonas, ingesta y excreción de líquidos, que va de la mano con el bienestar mental, enfocado en la conciencia que posee el individuo en cuanto a sus capacidades para enfrentar las tensiones normales de la vida, aprender y poseer capacidad intelectual, lo que le permite trabajar de manera productiva y fructífera contribuyendo a la comunidad y finalmente el bienestar social, referido a poseer un empleo digno, recursos económicos, vivienda, acceso a la educación, a la salud y al tiempo libre para el ocio; aspectos importantes a la hora de determinar la calidad de vida de una persona, lo que le permite gozar y mantener una existencia tranquila y satisfactoria. (Terris, 1915, p. 253)

En efecto, todas estas características que envuelven al derecho a la salud, han de ser informadas a todas las personas constantemente, solo de este modo serán conscientes del nivel de vida que merecen y por el cual deben de luchar todos los días, teniendo conocimiento que existen diversas organizaciones internacionales que respaldan este derecho.

Una de ellas es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 25 menciona a la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, así también está el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

⁵ El Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española define al termino óptimo como “mejor manera de realizar una actividad.”

Sociales y Culturales⁶, de 1966, el mismo que ratifica que el derecho a la salud es reconocido como un derecho humano y el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de lo pactado es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para quien: “el agua potable, las condiciones sanitarias adecuadas, los alimentos aptos para el consumo, la nutrición, las viviendas adecuadas, las condiciones de trabajo y un medio ambiente salubre, así como la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud y la igualdad de género”, son factores determinantes básicos de la salud". La falta de éstos, es el surgimiento de las enfermedades. (Organización Mundial de la salud, 2008, folleto informativo N° 31, p. 3)

Como se puede colegir, el derecho a la salud no es tan simple como nuestra constitución lo presenta, sino que involucra diversos derechos sin los cuales la persona no puede gozar de un bienestar físico, mental y social. Nuestro país es consciente de ello, dejando notar su compromiso en el Pacto Internacionales de Derechos Económicos Sociales y Culturales, cuyo objetivo a nuestro parecer es que todo el territorio peruano tenga acceso a servicios básico como el agua potable, el desagüe, entre otros. Realidad que, aunque duele decirlo está lejos de cumplirse, no es imposible, por lo que las autoridades competentes a nivel local, regional y nacional, deben comprometerse con el país a trabajar en beneficio de los más pobres, buscando la manera de asegurar la accesibilidad a los servicios básicos,

⁶ El Pacto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor en 1976, y el 1º de diciembre de 2007 había sido ratificado por 157 Estados.

tomando conciencia que el derecho a la salud es prioridad y está ligado al derecho a la vida.

En realidad, son muchos los derechos que condicionan al derecho a la salud, sin los cuales simplemente las personas enfermaríamos, uno de ellos como ya lo mencionamos es el acceso al agua potable, tener que ingerir agua no apta para el consumo humano producirá enfermedades estomacales en el mundo a causa del agua insalubre, afectando de este modo el derecho a la vida y ni que decir de la higiene. Es esta, una de las muchas razones, que hace que el ser humano no pueda disfrutar de los demás derechos constitucionales que el Estado de derecho como tal le reconoce; he aquí la importancia del derecho a la salud frente a los demás derechos constitucionales hoy en día. (Organización Mundial de la salud, 2008, folleto informativo N° 31, p. 8)

Es este el criterio, que se ha de tener en cuenta a la hora de implementar políticas en torno a aspectos económicos, sociales y culturales, debiéndose impulsar el desarrollo de cada región y priorizar unos derechos frente a otros, es decir se ha de empezar por un derecho elemental como es el agua potable, garantizando este derecho el disfrute de muchos otros como alimentos aptos para el consumo humano.

b) Derecho a la educación

La educación “es el moverse o fluir que brota del ser de las personas, es un desenvolverse de sus potencialidades físicas, anímicas y espirituales”. (Peñaloza, 1980, p. 26); por tanto “es un proceso natural no artificial, es un desenvolvimiento que surge de adentro no algo que proceda de afuera. Se realiza por la acción de los

instintos e intereses naturales, no por imposición de una fuerza externa”. (Sánchez Buchón, 1964, p. 84)

Peñaloza y Sánchez Buchón, aportan definiciones concretas en cuanto a la educación, empezando por dejar claro que es un impulso propio del ser humano a través del cual explotan sus habilidades y adquieren conocimientos, para ser exteriorizados en determinado momento, dependiendo en gran medida de las circunstancias en las que se encuentren, dejando emanar sus instintos e intereses naturales.

Estamos hablando de un derecho fundamental, que todo ser humano posee, y el que le permitirá tener una vida digna, por ser un derecho clave para el desarrollo de los demás derechos, se encuentra reconocido en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en la convención de la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura de 1960⁷, en cuanto a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, y en el artículo 13 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el que el derecho a la educación es valorado por muchos gobiernos.

Al igual que el derecho a la salud, el derecho a la educación está respaldado por diversas organizaciones internacionales como se aprecia en el párrafo

⁷ UNESCO, Organización de las naciones unidas para la educación, la ciencia y la cultura, es un organismo especializado de las naciones unidas (ONU), crea condiciones para un diálogo entre las civilizaciones, las culturas y los pueblos, contribuye a la conservación de la paz y la seguridad mundial a través de la educación, la ciencia, la cultura, la comunicación y la información.

precedente, por ser un derecho intrínseco, orientado al desarrollo de la personalidad del individuo como tal, en atención a la capacidad de aprendizaje que posee y de la cual se deben de afianzar para salir de la pobreza, así mismo, este derecho no debe verse limitado por la discriminación, por las condiciones sociales, políticas y económicas, ni mucho menos por problemas de acceso, ni infraestructura, ni programas educativos, o grandes distancias para llegar a un centro educativo.

Por medio de este derecho se busca impulsar que la persona se desenvuelva explotando sus potenciales acordes a su realidad social, sin dejar de lado aspectos culturales, que son eje del individuo como tal, por haber nacido en determinada cultura. (Peñaloza, 1980, 29); por tanto, la educación es “praxis, reflexión y acción del hombre sobre el mundo para transformarlo”. (Freire, 1971, p. 1); y se hará realidad, “promoviendo la creatividad y la originalidad del sujeto”. (Salazar Bondy, 1976, p. 13); de este modo surgirán nuevas ideas, nuevos valores, que harán que se adopten nuevas conductas.

Se advierte, que la educación requiere de una mente activa para instruir la y para que adquiera conocimientos, despertando la inteligencia del hombre en cuanto a la plena libertad de pensamiento, valor inapreciable que tiene la educación en la vida, pues de este derecho depende, en gran medida la libertad de autonomía para poder trabajar, para poder participar en actividades políticas, para respetar los derechos de los niños como el derecho que tienen de jugar, de ser alimentados sin obligarlos a trabajar, a la vestimenta, a un hogar que asegure su calidad de vida, derechos que muchas veces no se le da la importancia debida por falta de conocimiento. Por tanto, la educación es una de las mejores inversiones que un

Estado puede realizar, pues con ella se garantiza la vida digna que el hombre se merece.

Bajo este contexto, el estado peruano se ve comprometido con la educación de su pueblo y la respalda con la ley general de educación N° 28044, promulgada el 28 de julio de 2003, cuya finalidad plasmada en el artículo 9 es:

- Formar personas capaces de lograr su realización ética, intelectual, artística, cultural, afectiva, física, espiritual y religiosa, promoviendo la formación y consolidación de su identidad y autoestima y su integración adecuada y crítica a la sociedad para el ejercicio de su ciudadanía en armonía con su entorno, así como el desarrollo de sus capacidades y habilidades para vincular su vida con el mundo del trabajo y para afrontar los incesantes cambios en la sociedad y el conocimiento.

- Contribuir a formar una sociedad democrática, solidaria, justa, inclusiva, próspera, tolerante y forjadora de una cultura de paz que afirme la identidad nacional sustentada en la diversidad cultural, étnica y lingüística, supere la pobreza e impulse el desarrollo sostenible del país y fomente la integración latinoamericana teniendo en cuenta los retos de un mundo globalizado.

Sin embargo, debemos ser conscientes que, para alcanzar estos fines, se ha de trabajar arduamente, pues la realidad que hoy tenemos dista mucho a la realidad que se idealiza, ya que muchos de nuestros niños, niñas, jóvenes y adultos no gozan de este derecho fundamental reconocido a nivel mundial, por lo que se tendrá que implementar políticas que permitan el acceso a la educación y cuando hablamos de acceso a la educación como ya se ha mencionado en los párrafos anteriores, estamos

hablando de suficientes centros educativos, de programas de estudios adecuados culturalmente y de ser el caso adaptados a los cambios constantes de la sociedad.

Siendo deber del Estado no tomar medidas que impidan el pleno disfrute de este derecho, sino de proteger el derecho a la educación asegurando que no se interfiera en su ejercicio, para ello debe de garantizar la accesibilidad, disponibilidad y adaptabilidad. (Tomasevski, 2001, p. 7,8)

Con la presente investigación se busca respetar, proteger y garantizar el derecho a la educación, teniendo en consideración que

“la calidad de nuestros servicios públicos, por ejemplo de seguridad, de salud o de educación, se ha degradado y se sigue degradando; seguimos poniendo en riesgo la susceptibilidad del país, consumiendo recursos no renovables, contaminando, el agua y desforestando bosques y selvas a un ritmo sin precedente; la corrupción y la impunidad siguen generalizadas, ya aceptadas como hábitos de vida irreversibles, la inseguridad, el narcotráfico el crimen organizado van en aumento”. (Latapí, 2007, p. 6)

2.3.3.3. Consideraciones por las cuales el derecho a la salud y el derecho a la educación, serán excepciones para ampliar el principio de intangibilidad contractual en estos tiempos

Hoy en día, el Estado deja excepcionalmente de lado la intangibilidad contractual respecto a materias en las que se encuentre constitucionalmente obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, es decir el congreso puede y debe tener injerencia cuando el objeto del contrato son recursos naturales de la nación y sobre los cuales tiene

obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación en resguardo del interés social. (Exp. N° 006-2000-AI/TC)

Esta excepción, nos ha motivado a realizar la presente investigación, con la finalidad de que se vea ampliada en consideración, a dos derechos que a nivel internacional son considerados derechos fundamentales, puesto que por medio de ellos el ser humano alcance un nivel de vida adecuado.

Como se advierte, ya tenemos una excepción constitucional en cuanto al principio de intangibilidad contractual, por lo que se busca ampliar esta excepción en consideración al derecho a la salud y el derecho a la educación, derechos humanos fundamentales que hoy en día, dada las circunstancias son de vital importancia para el ser humano, desarrollándose su protección en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el artículo 12 y 13 respectivamente.

Empezaremos, por abordar el derecho a la salud como excepción al principio de intangibilidad contractual, dando la importancia debida a la definición que la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946, brinda en su preámbulo, entendiéndose al derecho a la salud como: “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”. He aquí, la importancia de la excepción que planteamos, teniendo en cuenta que, el Perú forma parte del pacto que garantiza la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ende, está comprometido a trabajar incansablemente en políticas orientadas a garantizar el derecho a la salud, debiendo crear condiciones adecuadas que permitan el acceso universal a los servicios de salud, por lo que

consideramos que, se ha de dejar de lado a la intangibilidad contractual cuando, en consideración al artículo 12 del pacto en mención, esté de por medio :

- La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Estas condiciones, son transcendentales para que el ser humano pueda gozar del derecho a la salud, el mismo que le permitirá ejercer los demás derechos, ya que, este derecho abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que van a promover las condiciones adecuadas para tener una vida digna, es así que el derecho a la salud se extiende a factores determinantes como la alimentación, la vivienda, el acceso a agua potable, condiciones sanitarias y seguras en el trabajo como en el medio ambiente. Es por esto que el Estado debe tener un sistema de protección a la salud, brindando a las personas igualdad de oportunidades para el disfrute de este derecho fundamental, así mismo debe de otorgar las facilidades, los bienes, servicios y condiciones para alcanzar el más alto nivel de salud.

En tal virtud, el comité del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, propone a los Estados, tres elementos en los que deben de trabajar para que se respete, proteja y cumpla el derecho a la salud. El primero está

referido a la disponibilidad, que supone la existencia de centros de atención que cuente con condiciones sanitarias adecuada, con personal médico capacitado y con medicamentos necesarios. Otro elemento es la accesibilidad, es decir la facilidad que se da a las personas más vulnerables, para que acudan a los establecimientos de salud y hagan uso de los servicios, sin que haya de por medio discriminación de cualquier clase, está también la accesibilidad económica y la accesibilidad de la información. Finalmente, la calidad, que supone servicios de calidad en cuanto al personal médico, a los instrumentos hospitalarios y a los medicamentos. (Pérez Argüelles, 2010, p. 19-21)

A nuestro parecer, disponibilidad, accesibilidad y calidad, son elementos significativos para garantizar el acceso de todas las personas a los servicios de salud, sin tener que estar preocupados por el tema económico, pues nadie debe de morir solo por no tener dinero para cubrir un servicio de salud, evidenciándose que este derecho está íntimamente ligado al derecho a la vida, por lo que el Estado no debe de escatimar en gastos cuando de salud se trate, es cierto que somos un país en vías de desarrollo, pero está de por medio también, el compromiso de trabajar para brindar calidad de vida, y no olvidemos que apostar en salud, es el camino idóneo para salir de la pobreza.

Corresponde, ahora analizar por qué el derecho a la educación tendría que ser una excepción en cuanto al principio de intangibilidad contractual, para ello citaremos al artículo 14 de nuestra Constitución de 1993, documento relevante sobre la declaración de derechos de nuestro país, el mismo que prescribe “la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte.

Prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad”. La educación en el Perú es entendida como derecho y como un servicio público, por ende, debe ser gratuita, teniendo el Estado el deber de proteger, asegurar y promoverla, así mismo debe de ampliar las garantías de formación para todos. (Vanetty Molinero, 2020, pp. 29-30)

Sin duda alguna, la educación es la base del desarrollo en cualquier parte del mundo, por medio de esta, se adquieren conocimientos que imbuyen a las personas a ser mejores cada día, despertando estados intelectuales, físicos y morales desde que son niños hasta su vida adulta, pues las personas nunca dejamos de aprender. Nos referimos a estados mentales propios del hombre que surgen de los acontecimientos diarios y que mucho tiene que ver con las ideas, los sentimientos y las costumbres propias de nuestros pueblos, la unión de todo lo expresado en estas líneas, refleja que la educación es un derecho innato, inalienable, que posee toda persona, y por la cual el Estado peruano ha de priorizar la calidad educativa incrementando presupuesto, implementando políticas y proyectos educativos acordes a las regiones que conforman el país.

En tal virtud, se ha promulgado la ley General de la Educación N° 28044, la misma que en el artículo 3 del título preliminar refiere que:

La educación es un derecho fundamental de la persona y de la sociedad. El Estado garantiza el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos y la universalización de la Educación Básica. La sociedad tiene la responsabilidad de contribuir a la educación y el derecho a participar en su desarrollo.

Por medio de esta ley, se busca promover el sistema educativo, considerándose que la educación es una herramienta importante que favorecerá a niños jóvenes y adultos para salir de la pobreza; solo adquiriendo conocimientos se amplían horizontes que ayudan alcanzar una calidad de vida, por lo que debe ser accesible a todas las personas, para hablar efectivamente de una sociedad democrática.

No olvidemos que, el Perú forma parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, por lo que su prioridad, debe ser el bienestar de la persona, y para lograr el pleno ejercicio de este derecho, ha de trabajar en lo que prescribe el artículo 13, en cuanto a:

- La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

- Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

Las personas, deben conocer que tienen el derecho a ser educados, y que nadie debe de limitar su derecho, que el Estado contrata docentes para que enseñen, lleguen hasta sus comunidades o pueblos, que no se trata de un favor sino de un deber que este tiene con cada uno de sus habitantes, para crear oportunidades, solo así, los estados podrán combatir la pobreza, la ignorancia (Organización de las naciones unidas, 2008, p.17) y recordemos que, “En cualquier educación por buena o mala que sea, hay los suficientes aspectos positivos como para despertar en quien la ha recibido el deseo de hacerlo mejor con aquellos de los que luego será responsable”. (Savater, 1997, p. 16)

Consideramos que todo lo manifestado, son razones idóneas por las cuales el Estado peruano debe de ampliar la excepción constitucional de intangibilidad contractual, debe priorizar el derecho a la salud y el derecho a la educación, por ser ambos de interés social y traen consigo el bienestar para todos, disponiendo de todos los recursos que tenemos; conocemos que muchas veces son escasos, pero se debe de priorizar, pues de estos derechos depende la realización de otros, para que todo ser humano tenga la vida digna que desea alcanzar.

2.3.3.4. ¿En qué medida se puede mejorar los valores subyacentes de la excepción referida al derecho a la salud y a la educación? Teniendo en consideración que son derechos pilares de toda sociedad

Los valores son aquellas ideas, pensamientos, que se adquiere a lo largo de la vida, ya sea de la familia, así como del entorno social en el que se desenvuelven las personas, resaltando la cultura, las costumbres, la política, hasta la economía; pueden ser positivos o negativos y la práctica de éstos influyen en las decisiones que se tomen en el día a día, viéndose reflejados en el acto concreto que la persona realiza.

Cuando nos referimos a valores subyacentes, hablamos de aquellos valores ocultos que poseen particular importancia, razón por lo que salen a la luz. Un ejemplo sencillo de ello, sería una familia de médicos, que enseñaron a sus generaciones a amar y admirar la carrera de medicina, trasmitiéndoles ese amor por servir, el respeto a la vida, el compromiso con los demás. Son estos valores subyacentes al valor fundamental de la vida. (Gallo Armosino, 2006, p. 27-30)

Recuérdese que, los valores son los que nos definen como personas, son el sustento de nuestro ser, los vamos aprendiendo, haciendo nuestros y los exteriorizamos en determinado momento y si nuestro actuar por diversas razones no es acorde a los valores que poseemos, nos sentimos incómodos con nosotros mismos, por no ser conductas aceptadas en nuestra familia o en nuestra sociedad.

El estudio que nos ocupa gira en torno al derecho a la salud y el derecho a la educación, derechos que interesan a la sociedad porque hay de por medio un bienestar común, que como ya lo hemos mencionado son derechos fundamentales que todo individuo posee, pero que muy pocos disfrutan; ambos derechos reflejan

valores, que en palabras de Gallo Armosino son experiencias de todos los días, son vivencias, enseñanzas que dan significado a la vida y que interrelacionadas con el pensamiento nos diferencian unos de otros. (2006, p. 35)

Adviértase al respecto que, ambos derechos son derechos sociales, son derechos que involucran a pueblos enteros, a comunidades completas. A nuestro parecer, son derechos valores porque involucran vivencias de todos los días, vivencias a las que nos enfrentamos cuando un familiar, vecino o amigo se enferma, cuando se acude a la escuela o simplemente cuando no se puede estudiar porque hay que trabajar primero para que haya alimento en el hogar. Este sin fin de experiencias hacen que la persona como profesional de la salud o de la educación, en ejercicio de su profesión saque a relucir el respeto, la responsabilidad, la honestidad, la laboriosidad, la lealtad, el servicio, entre otros valores, valores subyacentes al valor de la salud y de la educación frente a las poblaciones vulnerables.

Esta peculiaridad, es una realidad en todo el mundo, por lo que las diversas organizaciones internacionales se han preocupado en trabajar y orientar a los países a que prioricen ambos derechos frente a los demás, ello entendiendo que los conjuntos de valores aseguran el nivel de vida adecuado, que el artículo 25 de la Declaración Universal de los derechos humanos reconoce. (Díaz del Mazo, 2010, p. 1)

Así mismo, Barba señala que la educación radica en la práctica de los valores, es decir, no es solo transmitir conocimientos, sino hacer que el ser humano se integre a la cultura a la que pertenece para que aprenda de ella y estas

experiencias, le sirvan de sustento para formar su carácter, del cual se valdrá para promover el acceso a la educación. (2005, p. 10)

La realidad que hoy en día vivimos, nos motiva a trabajar para recuperar los valores que creemos perdimos, pues solo por medio de la práctica de éstos lograremos alcanzar el pleno disfrute del derecho a la salud y el derecho a la educación, es ésta una de las mejores estrategias que todo estado debe tener para superar las crisis culturales sociales y económicas.

Queda claro entonces, que estas cualidades mejorarán la calidad de vida de los seres humanos, es por ello que, el Estado peruano ha de trabajar arduamente incentivado a las personas a decir la verdad, a expresar sus opiniones con respeto, a cumplir con sus deberes propios de su profesión u oficio con esmero, cuidado y responsabilidad; a ser leales a sus convicciones, a amar a nuestro país y demostrarlo contribuyendo al bienestar común, de esta manera se evidenciara la ayuda mutua entre personas, estamos hablando de la solidaridad.

Es prudente recordar que, el Perú es un país comprometidos en asegurar el más alto nivel posible de salud física y mental, así como reconocer a toda persona el derecho a la educación que el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales garantiza en el artículo 12 y 13 respectivamente, no negamos que es un largo camino, pero depende en gran medida de nosotros mismos, de las políticas que se implementen y sobre todo de ese querer luchar, ser solidarios y comprometidos con la causa.

2.4. Marco conceptual

En la presente investigación, se advierten términos claves que son importantes para comprender el fondo de la misma, siendo necesario conocer la definición de los mismos, con la finalidad de un mejor entendimiento, que será de gran ayuda al momento de revisar los argumentos que proponemos, para ampliar la excepción que existe hoy en día en cuanto a la intangibilidad contractual, siendo ello así, iniciaremos por definir el termino derecho que trae consigo al derecho subjetivo, el principio del pacta sunt servanda, que es el efecto de la autonomía que posee el ser humano, entendida como libertad en su actuar; y de la cual nos afianzaremos para que se amplíe la excepción de intangibilidad contractual que nuestra Constitución regula en cuanto a los contratos de concesión. Para ello definiremos cada término a continuación.

2.1.4.1. Derecho

Resulta complejo definir esta palabra, por lo que vamos a ayudarnos de la definición que nos brinda el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española, el que define al termino Derecho como “conjunto de normas, principios, costumbres y concepciones jurisprudenciales y de la comunidad jurídica, de los que se derivan las normas de organización de la sociedad y de los poderes públicos, así como los derechos de los individuos”. Diremos entonces, que se entiende por Derecho a las normas jurídicas en su conjunto, que han sido elaboradas por el Estado con la finalidad de regular las diversas conductas que emanan del hombre y de no ser cumplidas serán sancionadas judicialmente. (Flores Gomes González & Carvajal Moreno, 1986, p. 50)

Resulta interesante, apreciar como los seres humanos van adaptando su comportamiento al derecho, entendido como “Orden jurídico de un estado determinado... que condiciona las actitudes y relaciones humanas dentro de un orden político- social”. (Del Carmen Iparraguirre & flores Apaza, 2005, p. 93); cuya finalidad es llegar a vivir en una sociedad, con normas de organización que hagan una vida justa y con orden.

2.1.4.2. Derecho subjetivo

Casado define al derecho subjetivo como “una prerrogativa, un poder que tiene un sujeto (o varios) para existir de otro u otros (inclusive de todos los demás o del estado mismo) una determinada conducta”. (Casado, 2011, p.285); es decir es la facultad que posee el ser humano para ser titular de derechos que el Estado les reconoce como por ejemplo el derecho a la salud, a la educación, a la nacionalidad, a la libre expresión, entre otros. Siendo ello de este modo, es que el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico lo define como “poder jurídico reconocido a un sujeto de derecho que le permite disfrutar y disponer de una cosa”.

2.1.4.3. Pacta sunt servanda

EL principio pacta sunt servanda es considerado como “Los pactos deben ser cumplidos”. (Del Carmen Iparraguirre y Flores Apaza, 2015, p. 305); de aquí la importancia de plasmar la voluntad de las partes en las cláusulas de los contratos, siendo estas de obligatorio cumplimiento de acuerdo a ley. (Torres Méndez, 2016, p. 55).

2.1.4.4. Autonomía

Para celebrar contratos las partes deben de gozar de autonomía, entendida como la “Facultad que posee una población para dirigir sin tutelaje extraño los intereses específicos de su vida interna, que puede expresarse en la creación de instituciones políticas propias para los espacios donde conviven”. (Chanamé Orbe, 2015, p. 50); es decir, somos autónomos en nuestras decisiones, incluyendo las de contratar o no contratar, debiendo siempre ser conscientes que lo pactado es ley para las partes. Torres Méndez al respecto, afirma que todos gozamos de autonomía entendida como la libertad individual que posee el ser humano para celebrar actos jurídicos, estando esta libertad reconocida constitucionalmente. (2016, p. 63)

2.1.4.5. Excepción

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española define a la excepción como “Circunstancia que puede suponer un obstáculo para la continuación o estimación del proceso”. Es decir, cuando mencionamos ampliar la excepción de intangibilidad, nos referimos a la posibilidad de añadir argumentos válidos que nos permitan apartarnos de la regla común de intangibilidad contractual regulada por el artículo 62 de nuestra Constitución, siempre y cuando haya de por medio un interés social, un bienestar común y una necesidad justificada de acceder a los derechos fundamentales que todo ser humano posee.

2.1.4.6. Concesión

Corresponde ahora analizar el concepto de concesión, para ello partiremos de la definición que nos brinda Serra Rojas, quien la define como un “acto administrativo por medio del cual la administración pública... confiere a una

persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público de bienes del estado”. (1979, p. 226); o en términos propios diremos que es un acto administrativo por medio del cual el Estado faculta a un particular, para que este puede ejecutar en su provecho los bienes o servicios propios del estado por determinado tiempo, ello con la finalidad de satisfacer un interés social. (Cano Meléndez, 1964, p. 54)

2.5. Hipótesis

Los fundamentos constitucionales para ampliar la excepción de intangibilidad contractual en concesiones con el Estado en materia de salud y educación son:

- La necesidad justificada en asuntos de interés social y bienestar común.
- La necesidad de garantizar el acceso a derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la salud y el derecho a la educación.

2.6. Test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad ha sido usado con frecuencia en nuestra jurisprudencia constitucional, a partir de los cambios en la democracia y la recomposición del Tribunal Constitucional, para evaluar diversas medidas y así justificar su racionalidad, debiendo aplicarse a cada caso en concreto. Consta de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sensu.

a) Idoneidad

Se va argumentar la constitucionalidad de la medida, explicando la relación medio-fin, teniendo en cuenta que se afecta a otro principio o bien jurídico constitucional, en el caso concreto diremos:

- i. El objetivo de la medida es evitar la afectación y vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la educación (reconocidos a nivel mundial por diversos organismos como primordiales, como se detalla en el desarrollo de la investigación), al no aplicarse la excepción que se plantea para beneficiar estos derechos fundamentales.
- ii. La excepción a la intangibilidad contractual a aplicarse en beneficio de los derechos de salud y educación en contratos de concesión, va a impedir la afectación de los mismos, logrando un mejor disfrute y acceso a estos derechos, ello en favor de las personas, quienes podrán gozar de una vida digna.

b) Necesidad

En este segundo paso, se realiza un examen comparativo de medios a utilizarse, es decir un medio menos gravoso que sea idóneo para lograr el fin constitucional, cerciorándose que el medio utilizado es el necesario, al no existir otro que logre el fin en igual medida. Plasmándolo en nuestro caso en concreto de la siguiente manera:

- i) No existen medios alternativos que sean igualmente eficaces para lograr que excepcionalmente se deje de lado la intangibilidad contractual en concesiones en beneficio del derecho a la salud y el derecho a la educación,

logrando un mejor beneficio a favor de las personas. Consideramos que el único medio a aplicarse es esta excepción que proponemos.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

Nos preguntamos en este paso, si la satisfacción del bien es mayor o igual a la afectación del derecho contrapuesto; Se pone en una balanza ambos derechos y se decide el valor de cada, identificando el grado de intensidad tanto de la intervención como de la satisfacción, lo plasmamos en el caso en concreto de la siguiente manera:

- i) La ponderación tiene lugar ante el conflicto de los derechos a la salud y a la educación de las personas en beneficio a su mejor goce y acceso, frente a la libertad de contratar y a la seguridad jurídica de los contratos de concesión. Siendo ello así, concluimos que la intensidad de la intervención, la libertad de contratar y la seguridad jurídica en un contrato de concesión es leve, ya que la excepción a aplicarse no establece una limitación absoluta a estos derechos, porque solo se aplicara la excepción cuando va a beneficiar los derechos de salud y educación en contratos de concesión más no limita a otro tipo de contratos; siendo ello de este modo se evidencia una limitación parcial a estos derechos que se contraponen mientras que las personas podrán gozar del acceso a los derechos de salud y educación ampliamente.

CAPITULO III

METODOLGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de investigación

El tipo de nuestra investigación, es referido al método de lege data, pues lo que se busca es dar una solución al problema de la intangibilidad contractual estableciendo supuestos en casos de contratos con el Estado (concesiones) pueda aplicarse una ley nueva creando mejores beneficios en cuanto a la salud pública y a la educación, al existir una ponderación de derechos constitucionales. No se busca una reforma sino una solución excepcional.

3.2. Diseño de investigación

El diseño de la presente tesis es experimental, ya que se va a identificar un antes y un después (causa-efecto) de aplicar lo que proponemos. Plasmándolo a la investigación en concreto determinamos los supuestos para aplicar una ley nueva en base a las razones jurídicas y sociales, también hemos tomado en cuenta la incidencia de los casos reales que se presentan al caso de contratos celebrados con el Estado (concesiones) cuando una nueva ley a aplicarse modifica esta supuesta libertad para contratar, beneficiando a la salud pública y a la educación cuando haya de por medio un interés social y un bienestar común, dándose una ponderación de derechos constitucionales.

3.3. Área de investigación

Esta investigación se ha desarrollado en el campo del Derecho, limitándonos al área de contratos, teniendo como nuestra línea de investigación a la intangibilidad contractual contenida en el artículo 62 de nuestra Constitución Política de 1993.

3.4. Dimensión temporal y espacial

La investigación es transversal, pues hemos analizado la realidad de la legislación vigente de los casos de intangibilidad contractual y proponer los supuestos concretos para que esta se pueda modificar en contratos con el Estado.

3.5. Unidad de análisis, población y muestra

Al ser estas características de una investigación fáctica o empírica, ya que esta investigación no lo es, entonces no hemos considerado estas características.

3.6. Métodos

3.6.1. Dogmática jurídica

La dogmática es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico (sistema) es la interpretación de la ley. En palabras de Tantaleán Odar “estudia a las estructuras del derecho objetivo –o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico– por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo.” (2016, p. 3)

Así mismo, ordena los conocimientos, las particularidades, establece categoría, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza; todo en referencia al derecho positivo, cuya finalidad es proporcionar seguridad jurídica. El caso en concreto requiere siempre de una adecuada diferenciación, la dogmática aporta los instrumentos esenciales y accesorios para una adecuada interpretación de la norma.

Teniendo en cuenta que, a fin de contrastar la hipótesis, la presente investigación se realizará aplicando criterios y concepciones que trascienden al

ordenamiento jurídico, puesto que se tendrá en cuenta el contexto de la intangibilidad contractual, así como las diversas concepciones doctrinarias que rodean el problema jurídico de la “intangibilidad” en los contratos.

3.7. Técnicas de investigación

Observación documental, por cuanto se recopiló información de los diferentes materiales bibliográficos y medios de comunicación, que nos permitan calificar y distinguir a la intangibilidad contractual.

3.8. Instrumentos

Se utilizó la hoja de guía de observación documental.

3.9. Limitaciones de la investigación

Los problemas o limitaciones que pudimos evidenciar en la presente investigación es la falta de estudios previos en el tema investigado, debido a que no existen investigaciones similares; así mismo evidenciamos la falta de desarrollo de las concesiones en nuestra legislación, situación opuesta ocurre en la minería y el derecho minero, en donde si hay variedad de estudios realizados.

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. La necesidad justificada en asuntos de interés social y bienestar común

En esta investigación, al determinar la necesidad justificada en asuntos de interés social y bienestar común, como un fundamento constitucional para ampliar la excepción existente de intangibilidad contractual identificamos que, el Estado garantiza la libertad de contratar mediante el artículo 62 de nuestra Constitución Política de 1993, otorgando al privado seguridad jurídica con el denominado principio de intangibilidad contractual, siendo este el soporte para la celebración de diversos contratos entre ellos el contrato de concesión.

En efecto, el principio de intangibilidad contractual brinda seguridad jurídica, es decir garantiza la inamovilidad de los términos contractuales con la finalidad de que una vez celebrados los contratos, estos no puedan verse afectados por disposiciones posteriores a ellos, garantía constitucional que a nuestro parecer es aceptable pero no clara; por el hecho de que la mencionada intangibilidad contractual deja abierta la posibilidad de que surjan excepciones al referir que los términos contractuales no pueden ser modificados, no haciendo mención a que los contratos no pueden ser modificados cuando medien razones que involucren y beneficien directamente a la población.

Realidad, que se evidencia con la demanda de inconstitucionalidad de dos de las disposiciones complementaria y transitoria de la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna silvestre, la que trae consigo la sentencia recaída en el expediente N°

006-2000-AI/TC, de fecha 11 de abril de 2002, la misma que saca a la luz la existencia de la excepción a la regla de intangibilidad contractual; en la cual se argumenta que el Estado debe promover la conservación, protección, incremento y uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre, prohibiendo la extracción de caoba y cedro por un plazo determinado de 10 años, teniendo en consideración que son bienes cuya conservación y desarrollo son de interés público y salvaguardado también por normas constitucionales, impidiendo la desaparición de estos recursos, que son de interés social y bienestar común.

Aparentemente, se está vulnerando el derecho a la propiedad y a la libertad de trabajo en consideración al artículo 62 de nuestra carta magna, sin embargo se ha de resaltar que estamos frente al deber que tiene el Estado de proteger y conservar recursos naturales de propiedad de la Nación en resguardo del interés general, y más aún cuando se trata de contratos que derivan de concesiones otorgadas por el mismo, en las que conserva la titularidad del bien o servicio, por ende debe de vigilar y velar en beneficio de la sociedad en general.

Así mismo, el Estado debe valorar si la vigencia de una ley nueva que resulta de interés social y trae consigo bienestar común; debe de aplicarse a los contratos de concesión, así como a sus efectos siempre y cuando no se haya terminado con la ejecución de ese contrato, entrando a tallar la nueva ley en la ejecución del mismo. Frente a lo mencionado, la hipótesis que planteamos en esta investigación resulta totalmente aceptable, porque se justifica la intervención del Estado en asuntos de interés social y bienestar común, aspectos que el Estado debe de garantizar.

Este resultado es corroborado con la sentencia recaída en el expediente N° 006 – 2000 AI/TC, la misma que permite la aplicación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre a contratos de concesión celebrados con anterioridad a esta ley, cuya finalidad es promover la conservación, protección, incremento y uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre; se ha de tener presente que la séptima disposición complementaria transitoria de la mencionada ley deja en evidencia claramente el nacimiento de la excepción constitucional que respalda y garantiza, con la prohibición de la extracción de caoba y cedro por un plazo determinado de 10 años el interés general, por tratarse de recursos naturales de propiedad de la nación y sobre los cuales el Estado tiene las obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación.

Como se sabe, existe una norma constitucional que brinda seguridad jurídica al privado, norma no del todo clara en cuanto a la prohibición de plantear excepciones fundamentadas es razones justificadas, y la que a nuestro parecer no se está vulnerando porque la excepción de intangibilidad contractual que surge en cuanto a la ley Forestal y de Fauna Silvestre se fundamenta en impedir la desaparición de recursos madereros y preservar su productividad por haber un interés público y beneficiar no solo a los actuales generaciones de ciudadanos sino también a las futuras. Siendo ello así es que, excepcionalmente se deja de lado la intangibilidad contractual y se aplica esta norma a los contratos de concesiones celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley. Ya que de no aplicarse excepcionalmente esta ley no se hubiera resguardado estos recursos y actualmente no gozaríamos de los beneficios de estos recursos madereros.

En tal sentido, enfocándonos en nuestra investigación y en el fundamento que planteamos para ampliar esta excepción, vemos claramente que la necesidad justificada en asuntos de interés social y bienestar común va a beneficiar de gran manera al desarrollo de la sociedad actual para lograr una vida digna y también generar un beneficio para las futuras generaciones, teniendo claro y presente que el interés social está referido al interés que tiene una persona propiciándose los medios necesarios para alcanzar un desarrollo exitoso dentro de una sociedad en función a que se cumplan y garanticen sus derechos fundamentales como ser humano. En cuanto al bienestar común, afirmamos que las personas de una sociedad y todas estas gocen de sus derechos fundamentales; en ambos casos se debe dar los medios necesarios al existir un interés y un bienestar a favor de las personas en un Estado, para gozar de sus derechos y así lograr su desarrollo es decir una vida digna.

Es entonces que consideramos en esta investigación a los derechos fundamentales de salud y educación como derechos por medio de los cuales se lograra alcanzar una vida digna, ya que son reconocidos mundialmente como derechos primordiales para lograr el desarrollo de un Estado. Es así que identificamos que existe una necesidad justificada de las personas en una sociedad o comunidad, enmarcada en un interés social y bienestar común, siendo un fundamento para que excepcionalmente se amplié la excepción a la intangibilidad contractual en un contrato de concesión.

4.2. La necesidad de garantizar el acceso a derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la salud y el derecho a la educación

Al determinar la necesidad de garantizar el acceso a derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la salud y el derecho a la educación como segundo fundamento Constitucional, para ampliar la excepción de intangibilidad contractual, identificamos que tanto el derecho a la salud como el derecho a la educación, son derechos fundamentales del ser humano, por medio de los cuales se garantiza condiciones de vida adecuadas, que permiten el disfrute de los demás derechos que se les reconoce como tales, siendo las herramientas por medio de las cuales el país se encaminara para dejar de ser un país en vías de desarrollo.

En efecto, cuando los derechos fundamentales de las personas se ven vulnerados por la ejecución de los contratos de concesiones, se está afectando la vida de las mismas, siendo deber del Estado garantizar a corto, mediano o largo plazo una vida digna para su población. Como es la excepción de intangibilidad contractual que salta a luz en el expediente N.º 006-2000-AI/TC; la misma que declara infundado el pedido de inconstitucionalidad de la séptima disposición complementaria de la Ley N.º 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, por tratarse de la extracción de especies maderables caoba y cedro, especies en peligro de extinción que son de interés público y que la falta de estas afectara a todos los ciudadanos, por lo que se ha de preservar su productividad.

Sentencia que como ya se ha mencionado deja notar la excepción a la regla de intangibilidad contractual regulada en el artículo 62 de nuestra constitución, lo que nos motiva a buscar que esta excepción se amplié en consideración a dos derechos que a nuestro entender son de suma importancia para el ser humano por

el hecho que desde que nace se ve expuesto a diversos peligros de salud como peligros a causa de la falta de conocimiento (educación); por lo que en aras de buscar una mejor calidad de vida planteamos que tanto salud y educación después de realizar un estudio de ponderación sean razones suficientes para que se amplíe la excepción existente.

En este sentido, adviértase que el derecho a la salud así como el derecho a la educación son derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente como medios idóneos del que todo Estado debe de valerse para brindar una mejor calidad de vida a su población; frente a lo mencionado resulta aceptable la hipótesis que hemos planteado en la presente investigación referente a la necesidad de garantizar el acceso a derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la salud y el derecho a la educación, ya que consideramos que son razones justificadas y respaldadas por diversos organismos a nivel mundial siendo el fin el mismo, proteger y garantizar derechos del hombre.

Queda decir que, hemos corroborado el resultado con las investigaciones realizadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946, la misma que define en su preámbulo al derecho a la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades; así también en su artículo 25 la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, menciona a la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, esta también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el mismo que ratifica que el derecho a la salud es reconocido como un derecho humano; del mismo modo en cuanto al derecho a la educación se corrobora el resultado con el artículo 26 de la Declaración universal de los derechos humanos

de 1948, el que lo reconoce como derecho fundamental a nivel universal por medio del cual el ser humano puede alcanzar una vida digna, así mismo la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura de 1960 reconoce al derecho a la educación como el medio por el cual se lucha contra la discriminación en cuanto a la esfera de la enseñanza y finalmente en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 reconoce al derecho a la educación como un derecho intrínseco orientado al desarrollo de la personalidad de ser humano.

Como se advierte, salud y educación son derechos inherentes al ser humano, por lo que al analizar los resultados confirmamos que ambos derechos no pueden verse vulnerados ni mucho menos limitados por ser fundamentales por ende necesarios para garantizar el disfrute de otros derechos reconocidos constitucionalmente, de este modo se avizorará el desarrollo del país garantizando la salud y la educación como derechos necesarios para que el ser humano pueda en base a ellos alcanzar un nivel de vida adecuado. Siendo estas las razones que nos motivan a ampliar la excepción de intangibilidad en contratos de concesión; queda entonces claro que cuando entre en vigencia una nueva norma que verse sobre el derecho a la salud o el derecho a la educación se dejará excepcionalmente de lado la intangibilidad contractual garantizada en el artículo 62 de nuestra Constitución, recordemos que por esta intangibilidad muchas veces se restringe su aplicación y se limita a las personas a su adecuado acceso para el goce en igualdad de estos derechos fundamentales. Por lo que se ha de tener presente que el Estado debe de velar por la no vulneración de derechos fundamentales de las personas, derechos que son de suma importancia cuando se habla de interés social y bienestar común,

por lo que se ha de trabajar en políticas que permitan el libre acceso al derecho a la salud y a la educación, considerando que estos derechos son medios idóneos para garantizar la condición humana, por ende, que el país salga de las vías del desarrollo.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- Con la presente investigación hemos identificado los fundamentos constitucionales para ampliar la excepción de intangibilidad contractual en concesiones respecto a salud y educación, al ser estos derechos fundamentales del ser humano por medio de los cuales se busca reconocer y mantener condiciones necesarias que aseguren una vida digna para las personas, siendo esta la razón que enmarca nuestros fundamentos, que son la necesidad justificada en asuntos de interés social y bienestar común; y la necesidad de garantizar el acceso a derechos fundamentales del ser humano como son el derecho a la salud y el derecho a la educación, todo ello en beneficio de la colectividad social.

- Así mismo al relacionarse el contenido de concesiones con los elementos del principio del pacta sunt servanda, concluimos que, la voluntad del ser humano es la esencia de los contratos y de donde emana la obligatoriedad de su cumplimiento, debiendo ser lo pactado fielmente cumplido, de aquí que, a los contratos de concesión se le garantiza la libertad de contratar en el artículo 62 de la Constitución que versa sobre la intangibilidad del contenido de los contratos, sin embargo no regula la modificación del mismo por razones que tengan que ver con el derecho a la salud o el derecho a la educación, entendidos estos derechos como derechos inherentes del ser humano, por medio de los cuales se busca satisfacer necesidades básicas, por ende son de interés social y bienestar común, dejando abierta la posibilidad de que en consideración a ello haya una ampliación a la excepción de intangibilidad contractual.

- Al haber identificado el contenido y alcances de las concesiones con el Estado en el ordenamiento nacional en relación al principio de intangibilidad, concluimos que, estos contratos son salvaguardados por el artículo 62 de nuestra Constitución Política, el mismo que garantiza la seguridad jurídica para quien adquiere dicha concesión, debiendo mantenerse las cláusulas que se pactaron en un principio no siendo modificadas a posterior, sin afectar la ejecución de este contrato. Es entonces que se le va a dar una santidad contractual al contrato de concesiones. Por lo que consideramos que el mencionado contrato excepcionalmente debe ser modificado, sin afectar su ejecución ni vigencia, cuando la nueva norma a aplicarse verse sobre salud y educación, en beneficio de la colectividad social para lograr una vida digna por ende un pleno desarrollo.

- Al optimizar los valores fundamentales que surgen en la regulación de la intangibilidad y los valores subyacentes en la excepción referida a la Salud y Educación, hemos concluido que, los valores son cualidades que emanan del ser humano, son innatos por lo que guardan relación con los derechos fundamentales, siendo deber del Estado respetarlos, protegerlos y garantizarlos, como es el caso del derecho a la salud y el derecho a la educación, derechos que permiten que las personas alcancen un nivel de vida adecuado, es decir logren satisfacer sus necesidades básicas. Por lo que, al aplicarse la excepción que planteamos el Estado está garantizando la disponibilidad, accesibilidad y calidad del derecho a la salud y del derecho a la educación de manera efectiva.

5.2. Recomendaciones

- Considerando la importancia de la investigación, recomendamos a los investigadores interesados en el tema, realizar una investigación de tipo Legue Ferenda, en consideración a los fundamentos constitucionales identificados en la presente investigación para ampliar la excepción de intangibilidad contractual en concesiones respecto a salud y educación por tener relevancia jurídica y social.

- Recomendamos a nuestra facultad de Derecho y Ciencias Políticas motivar a los estudiantes de la facultad a realizar estudios sobre el tema desarrollado, teniendo en cuenta que hoy en día son pocas las investigaciones realizadas en cuanto al artículo 62 de la Constitución Política, el mismo que versa sobre la intangibilidad contractual, de este modo se estará contribuyendo en el área del derecho constitucional así como en el área del derecho contractual, ello atendiendo a que en los últimos años se han visto vulnerados muchos de nuestros derechos constitucionales que nos dan la condición de seres humanos.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alcántara Moreno, G. (junio, 2008). "La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad". *Revista Universitaria de Investigación. Venezuela.: Sapiens.*
- Alexy, R. (2006). *Discourse Theory and Fundamental Rights.* (trad., por P. Larrañaga). México, Fontamara.
- Alexy, R. (2009). "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 8-25.
- Aleinikoff, A. (2010). *El derecho constitucional en la era de la ponderación.* (Trad., por C. Bernal Pulido). Perú, Lima. *Palestra Editores.*
- Gallo Armosino, A. (2006). *Introducción a los valores.* Guatemala.: Universidad Rafael Landívar C. A.
- Arce Helberg, V. (1963). *El derecho de propiedad, prescripción y abandono.* Lima.: Biblioteca de Derecho.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis.* (t.1). Lima.: Normas legales.
- Ariño Gaspar. (1979). "La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión", *Revista de la Administración Pública.: Madrid.*
- Arroyo Jiménez, L. (mayo, 2009). Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. *Revista para el análisis del derecho.: Madrid.*
- Autonomía de la voluntad. (2014). En *Diccionario de la Real Academia española* (23^a ed.). Madrid.: Espasa.

- Barba, B. (2005). *Educación y valores. Una búsqueda para reconstruir la convivencia*. Revista Mexicana de Investigación Educativa (pp. 9-14). Ciudad de México: Consejo Mexicano de Investigación Educativa, A.C.
- Belaunde Moreyra, M. (2011). *Derecho minero y concesión*. (4^a ed). Perú.: San Marcos E.I.R.L.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid.: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2015). *Filosofía del Derecho constitucional. Cuestiones Fundamentales. La Racionalidad de la Ponderación*. México D.F.: UNAM.
- Bernarles Ballesteros, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. (5^{ta} ed.). Lima Perú: RAO.
- Bernarles Ballesteros, E. (2012). *La constitución de 1993*. Lima: Moreno S.A
- Bermúdez Tapia, M. (2005). *La Constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Lima: San Marcos.
- Bianca, M. (2007). *Derecho Civil* (t. 3). El contrato. Bogotá.: Universidad externado de Colombia.
- Bidart Campos, G. (1962). *Derecho Político*. Buenos Aires.: Aguilar.
- Bielsa, R. (1973). *Principios de derecho administrativo*. (3^{ra} ed). Buenos Aires.: Ediciones Depalma.
- Bovero, M. (2005). “*Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrayoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta*”. Pisarello G. (Ed.), Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid.: Trotta.
- Bravo Melgar, S. (2003). *Contratos Atípicos e innominados*. Perú.: Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L

Cano Meléndez, S. (1964). *Estudio sobre la concesión administrativa y su definición*. Revista del poder judicial del estado de Guanajuato (t. 1) octubre – noviembre.

Cruz Villalón, P. (1988). *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. Madrid. [s.n]

Camacho, W. (2004). *La libertad de contratación*. Lima.: Gaceta Juridica.

Casado, M. (2011). *Diccionario Jurídico*. (7a ed.). Argentina.: Valletta.

Cas N° 15470 – 2014 - Lima.

Cas. N° 0008-2003-AL – Lima

Cas. N° 0006-2000-AI/TC –Lima

Cas. N° 15470-2014- Lima.

Contrato. (2001). En Diccionario de la Real Academia española de la lengua. (22^a ed.). Madrid.: España.

Concesión. (2016). Real Academia Española y Consejo General Del Poder Judicial, *Diccionario del Español Jurídico*. Madrid: Espasa.

Chanamé Orbe, R. (1993). *Diccionario de ciencia política*. Perú: San Marcos.

Chirinos Soto, E. (2008). *La constitución: lectura y comentario*. (6^a ed). Lima: Rodhas.

Cruz Parceró, J. (2007). *El lenguaje de los derechos*. Ensayo para una teoría estructural de los derechos. Madrid.: Trotta.

Dasgupta, P. (2004). *Libertad positiva, mercados y estado de bienestar*. Bogotá.: Universidad externado de Colombia.

Derecho. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/derecho2>

Derecho subjetivo. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/derecho-subjetivo>

De la Puente y Lavalle, M. (1991). *El Contrato en General.*: t. 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De la Puente y Lavalle, M. (2001). *El contrato en general*. Lima: Palestra editores.

Del Carmen Iparraguirre, D & flores Apaza, E. (2005). *Diccionario del Latín Jurídico. Perú.*: Soluciones Gráficas. SAC.

Díaz del Mazo, L. (2010). *Principales valores para el personal de salud*. Revista electrónica de portales medicos.com. Recuperado de <https://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articulos/2570/1/Principales-valores-para-el-personal-de-Salud>

Diez Picazo, L. & Gullón, A. (1998) *Sistema del derecho civil*. (9ª ed). Madrid: tecnos.

Durkheim, E. (1922). *Educación y sociedad*. Península, Barcelona.

Estado, (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico* en <https://dpej.rae.es/lema/estado1>

Exp. N° 0001-2005- PI/TC, Lima

Excepción. (2020). *En diccionario panhispánico del español jurídico*. De la real academia de la lengua española. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/excepci%C3%B3n>

- Fernández Ruiz, J. (2002). *Servicios municipales*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INAP.
- Ferney Moreno, L. (2000). Teorías de la Constitución Económica. *Revista de Derecho y Economía*. Colombia.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y Garantismo*. Madrid.: Trotta.
- Figuroa García, R. (2013). Estudios constitucionales. *El derecho a la salud*. Chile: [s.n]
- Fundamental. (2014). *En diccionario de la real academia española* (23^e ed.) Madrid: Espasa
- Flores Gomes González, F & Carvajal Moreno, G. (1986). *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. (25 ed.). México.: Porrúa.
- Freire, P. (1971). *La educación como práctica de la libertad*. Barreiro, J. (3 ed.). Uruguay.: Tierra nueva Montevideo.
- Heller, H. (2002). *Teoría del Estado*. México.: Ed. Fondo de Cultura Económica
- García Montúfar, G. (1989). *Apuntes de derecho minero común*. Lima.: Cultural Cuzco S.A.
- Gastaldi, J.M. (2003). *Introducción al estudio del contrato*. Buenos aires: La Ley.
- Gorla, G. (1959). *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico* (t. 1). Barcelona.
- Guzmán Napurí, C. (junio, 2006). La realidad de la regulación económica como mecanismo de intervención administrativa en la economía, *Revista de la pontificia universidad católica del Perú*. Recuperado de

<http://revista.pucp.edu.pe/indes.php/derechoadministrativo/article/download>. Pdf.

- Häberle, P. (2001). *El estado constitucional*. México D.F: [s.n]
- Kant, M. (1921). *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*. Pedro M. Rosario Barbosa ed. (2007). (trad., por Manuel García Morente. Puerto Rico.: s.n
- Lacambra, L.(1952). *Derecho y libertad*. Buenos Aires: Libreria Juridica Valerio Alvedeo.
- Larenz, K. (2001). *Derecho justo*. Fundamentos de la ética jurídica. Madrid.: Civitas.
- Larroumet, C. (1993). *Teoría general del contrato*. (t. 1). Bogotá.: Temis.
- Latapí Sarre, P. (noviembre, 2007). *Recuperar la esperanza: La investigación educativa entre pasado y futuro*. En conferencia de clausura. IX congreso Nacional de Investigación. Mérida, Yucatán. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rmie/v13n36/v13n36a12.pdf>.
- Maquiavelo, N. (1985). *El Príncipe*. Madrid.: Ed. Alba.
- Massini, C. (2009). *El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli*. En Persona y Derecho, nº 61. p. 230
- Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: ediciones jurídicas Europa – América.
- Ministerio de Salud. (2016). *Balances y retos de los recursos humanos en salud en el Perú*. Dirección General de Gestión y Desarrollo de Recursos Humanos en Salud. Recuperado el 29 de septiembre de 2020, de https://www.observatoriorh.org/sites/default/files/webfiles/fulltext/2016/reu_andino_oct/peru.pdf.

- Miro Quesada, F. (2006). *Introducción a la ciencia política*. Lima: Grijley
- Molano, E. (2007). *El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas*. Instituto Martín de Azpilcueta.
- Ninamanco Córdova, F. (2014). *La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico en la jurisprudencia de la corte suprema*. El lado oscuro de la denominada santidad contractual. ¿puede un acto jurídico nacer válido y luego devenir en nulo? Perú.: Gaceta Jurídica S.A.
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México.: Unam.
- Organización de las naciones unidas. (2008). *Un enfoque de la educación para todo basados en los derechos humanos*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia/ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/publications/files/Un_enfoque_de_la_EDUCACION_PARA_TODOS_basado_en_los_derechos_humanos.pdf
- Organización Mundial de la salud. (Junio, 2008). *El derecho a la salud*. Folleto informativo N° 31. Geneva.: Printed at United Nations. 3-8. Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>.
- Ourliac, P & De Malafosse, J. (1969). *Histoire du droit prive.*: t.1. Paris: presses univesitaires de France.
- Peñaloza. W. (1980). *Tecnología educativa*. (2 ed.). Lima Perú.: Ediciones de la escuela empresarial andina del convenio Andrés Bello.
- Pedreschi Garcés, W. (2009). *Notas sobre el régimen actualmente vigente aplicable a las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de ámbito municipal*. Revista de Derecho Administrativo N° 7.

- Pinilla Cisneros, A. (1999). *Los Contratos-Ley en la legislación peruana*. Lima: Universidad de Lima-Fondo de Desarrollo Editorial
- Ponderación de los derechos fundamentales. (2016). Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, *Diccionario del Español Jurídico*. Madrid: Espasa.
- Polanyi, k. (1989). *La gran transformación: Crítica del liberalismo económico*. Madrid.: ediciones de la piqueta.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Derechos Fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima.: Palestra.
- Radbruch, G. (1944). *Filosofía del derecho*. Madrid.: Editorial revista del derecho privado.
- Ramos Núñez, C. (2014). *Cultura Jurídica, proceso y hombres del foro*. Lima. Fundación Bustamante de la fuente
- Resico, M. (2009). *La economía social de mercado*. Una opción de organización económica para Latinoamérica. Guatemala.: Fundación Konrad Adenauer.
- Rezzónico, J.C. (2011). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos aires: Astrea.
- Ripert, G. (1948). *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris.: Librairie Generale de droit et de Jurisprudence.
- Rivadeneira Frisch, J. (2009). *Economía Social de Mercado*. Quito, Ecuador.
- Rodríguez Pérez, J. A. (2013) *El Derecho a la Libertad de Empresa del artículo 38 de la Constitución Española: Estudio sobre su interpretación y las Dificultades para su Desarrollo y Aplicación*. (Tes. para obtener el grado de doctor inédito) Universidad de las Palmas de Gran Canaria, España. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=80179>.

- Roppo, V. (2009). *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio Correa, M. (2007). *Aplicación de la Norma Jurídica en el Tiempo*. Lima.: PUCP.
- Rubio Correa, M. (2008). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2013). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salazar Bondy, A. (1976). *La educación del hombre nuevo*. Buenos aires Argentina.: Paidós.
- Salazar, Katya. (2005). *El derecho a la educación de niños y niñas en situación de desplazamiento y de extrema pobreza en Colombia*. Colombia.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Sánchez Buchón, C. (1964). *Pedagogía*. Madrid, España.: Talleres gráficos del sagrado corazón.
- Sandoval Manríquez, M. (2007). *Valores sociales y estéticas juveniles*. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362007000200006.
- Savater. F. (1997). *El valor de educar*. México D.F.: Estudios educativos y sindicales de américa.
- Schumpeter, J. (1944). *Teoría del desenvolvimiento económico*. México.: Fondo de Cultura Económica.
- Serra Rojas, A. (1979). *Derecho administrativo. (t. 1) (9^{na} ed.)*. México.

- Talancón Escobedo, J. (2006). *La Educación como eje del desarrollo nacional. ¿Qué tipo de educación y que tipo de desarrollo?* México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tantaleán Odar, R. (2005). Los vaivenes de la santidad contractual -entre los artículos 62° de la Constitución Política y 1355 del Código Civil. Recuperado de [http://www.derechoycambiosocial.com/ los _vaivenes_ de_santidad_contractual.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/los_vaivenes_de_santidad_contractual.pdf)
- Tantaleán Odar, R. (2012). Los vaivenes de la santidad contractual. *Derecho y Cambio Social*. 27, 2224-413.
- Tantaleán Odar, R. (2016). Tipologías de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*. 43, 2224-413.
- Terris. M. (1915–2002). American Journal of Public Health, defensor abierto de políticas progresivas de salud pública. Recuperado de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3020197/>
- Tietmeyer, H. (1980). *Las bases históricas y el desarrollo de la economía social de mercado en la república federal de Alemania*, en economía social de mercado (coloquio peruano – alemán), cámara de comercio e industria peruano – Alemana, Lima.
- Tomasevski, K. (2001). *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos.
- Torres Méndez, M. (2016). *Fundamentos de la Nueva teoría General del Contrato*. planteamiento de la contratación como problemática jurídica. Lima - Perú.: Grijley.
- Tuesta Madueño, A. & Polo Chiroque, R. (2014). *Apuntes en torno al Régimen fiscal de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. Revista Derecho & Sociedad N°43.
- Vallespinos, G. (1984). *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires.: Universidad.

- Vanetty Molinero, N. (junio, 2020). *El derecho a la educación en el Perú en tiempos neoliberales*. Recuperada de <file:///C:/Users/User/Downloads/1757-Texto%20del%20art%C3%ADculo-6787-2-10-20170911.pdf>
- Vasak, k. (1977). *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. Paris: UNESCO Courier: [United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization](#).
- Vasak, K. (noviembre, 1977). Derechos humanos: una lucha de treinta años, los esfuerzos sostenidos para dar fuerza de ley a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Correo de la UNESCO 30:11. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Vernengo, R. (1984). *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho. Racionalidad y conocimiento científico en la jurisprudencia*. México D.F: UNAM
- Villey, M. (1957). *Essor et décadence du volontarisme juridique*. Paris philosophie du droit.
- Weber, Max. «*La política.*» *El político y el científico*, trad. F. Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 5ª ed., 1979, p. 92
- Zagrebelsky, G. (2017). *El derecho dúctil. La ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid.
- Zegarra Valdivia, D. (1999). *Concesión e iniciativa privada*. Themis revista de derecho segunda época N° 39.

ANEXOS

HOJA DE RECOJO DE DATOS

Tema: _____ Código interno: _____

Disposición de archivo, tema investigado:

(a) Intangibilidad contractual (b) El contrato c) Derechos fundamentales

1. ¿En el tema estudiado existen derechos constitucionales salvaguardados?

No Si

2. En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿el autor interpreta los derechos salvaguardados en el artículo 62 de la Constitución?

(a) No los menciona, solo menciona el artículo.

(b) Los menciona, pero no los interpreta.

(c) Sí los interpreta.

3. En caso de interpretarlos como los define:

4. ¿Por qué deben ser salvaguardados estos derechos?

5. Observaciones complementarias

HOJA DE RECOJO DE DATOS

<p>¿Cuál es el objetivo del trabajo realizado por el autor? ¿Presenta su problema como pregunta?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidar las reglas para citas textuales. En caso no tener pregunta explícita ustedes pueden ensayar una.</p>
<p>¿Cuál es la hipótesis del autor? ¿Cuál es la idea central que defiende el autor?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidarse de las reglas para las citas textuales.</p>
<p>¿Con que argumentos o razones el autor defiende su postura?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidarse de las reglas para las citas textuales.</p>
<p>Según su punto de vista ¿cuáles son las virtudes y defectos de tema?</p>	<p>Sea preciso y claro. No olvide que los defectos se vinculan a la falta o erróneo tratamiento de su tema de investigación (tema de tesis) por parte del autor consultado.</p>
<p>De las fuentes utilizadas por el autor, ¿cuáles tiene que revisar para poder escribir su tesis?</p>	<p>Copiarlas adaptándolas al estilo de la APA.</p>

<p>¿Cuál es el objetivo del trabajo realizado por el autor? ¿Presenta su problema como pregunta?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidar las reglas para citas textuales. En caso no tener pregunta explícita ustedes pueden ensayar una.</p>
<p>¿Cuál es la hipótesis del autor? ¿Cuál es la idea central que defiende el autor?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidarse de las reglas para las citas textuales.</p>
<p>¿Con que argumentos o razones el autor defiende su postura?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidarse de las reglas para las citas textuales.</p>
<p>Según su punto de vista ¿cuáles son las virtudes y defectos de tema?</p>	<p>Sea preciso y claro. No olvide que los defectos se vinculan a la falta o erróneo tratamiento de su tema de investigación (tema de tesis) por parte del autor consultado.</p>
<p>De las fuentes utilizadas por el autor, ¿cuáles tiene que revisar para poder escribir su tesis?</p>	<p>Copiarlas adaptándolas al estilo de la APA.</p>
<p>¿Cuál es el objetivo del trabajo realizado por el autor? ¿Presenta su problema como pregunta?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidar las reglas para citas textuales. En caso no tener pregunta explícita ustedes pueden ensayar una.</p>

<p>¿Cuál es la hipótesis del autor? ¿Cuál es la idea central que defiende el autor?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidarse de las reglas para las citas textuales.</p>
<p>¿Con que argumentos o razones el autor defiende su postura?</p>	<p>Escribir lo solicitado, no olvidarse de las reglas para las citas textuales.</p>
<p>Según su punto de vista ¿cuáles son las virtudes y defectos de tema?</p>	<p>Sea preciso y claro. No olvide que los defectos se vinculan a la falta o erróneo tratamiento de su tema de investigación (tema de tesis) por parte del autor consultado.</p>
<p>De las fuentes utilizadas por el autor, ¿cuáles tiene que revisar para poder escribir su tesis?</p>	<p>Copiarlas adaptándolas al estilo de la APA.</p>