

LA CONSTITUCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Gabriel Ortiz de Zevallos M.

RESUMEN

La Constitución a ser aprobada en referéndum implica modificaciones sustanciales respecto de la de 1979 en el ámbito económico. Este artículo reseña las principales modificaciones introducidas, y analiza el grado de coincidencias, entre la mayoría y la oposición, en el Congreso peruano respecto de este tema en el proceso de reforma constitucional. Finalmente, concluye en un análisis de las implicancias de estas coincidencias y discrepancias para la estabilidad de las modificaciones adoptadas.

ABSTRACT

The Constitution to be approved by referendum implies significant changes with respect to the 1979 Constitution in the area of economic normativity. This article reviews the principal modifications introduced, and analyzes the degree to which the majority and the opposition in Congress have agreed in this area of the constitutional reform process. The article finishes with an analysis of what these coincidences and differences imply for the stability of the changes adopted.

Advertencias

Este artículo se escribe a una semana del referéndum que, según se prevé, aprobará el dictamen constitucional elaborado en el Congreso, y será leído (espero que sea, al menos) luego del referéndum. Ello implica la disyuntiva entre llamarlo dictamen constitucional, lo que corresponde a su actual categoría o a la que tendría si no es ratificado, o Constitución, en el caso de que sí lo fuera, como todo hace suponer. La economía aconseja echar mano de las probabilidades en estos casos de incertidumbre, y dado que resulta un uso irracional de recursos llamar por dos palabras lo que puede ser nombrado con una (especialmente si el que tipea es uno mismo), opto por llamar Constitución a este dictamen.

Debo enfatizar la perspectiva económica bajo la cual se escribe este artículo, sin conocimiento suficiente del Derecho Constitucional, lo que en mi opinión constituye una característica fundamental del mismo. Las reflexiones contenidas en este artículo son producto de haber participado, en el Instituto

APOYO, como director de un estudio sobre las implicancias de la Constitución de 1979 en el ámbito económico, que fue alcanzado a los Constituyentes, junto con propuestas de reforma. En ese estudio también primó un enfoque principalmente económico, a pesar de la valiosa participación de las abogadas Pierina Polarollo, Rosa María Palacios y Leoní Roca. La intención de hacer primar este enfoque sobre cualquier otro se justifica porque, la mayoría de las veces, los expertos constitucionales saben poco de economía, de la misma manera que los economistas sabemos muy poco de Derecho Constitucional. Sin embargo, las Constituciones sí tienen implicancias muy importantes en materia económica, aun las que no contienen una sección destinada al Régimen Económico, como la de los Estados Unidos. Como es de suponer, en este esfuerzo por acceder a terrenos poco conocidos, uno toma riesgos. Nada de lo que aquí se dice debe tomarse sin un ejercicio serio de cuestionamiento por parte del lector, y sin ánimo de molestar a mis amigos constitucionalistas, la mayoría de lo que señala el Derecho Constitucional debería pasar por el mismo rigor.

¿Qué Contiene la Constitución en el Campo Económico?

Con el ánimo de simplificar, en el ámbito económico, la Constitución contiene, en relación a la Constitución de 1979: una mayor precisión de ciertos derechos económicos fundamentales; restricciones a la acción del Estado en la economía; una flexibilización del marco laboral; una modernización relativa de lo establecido en el Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas; una adecuación en el campo de la seguridad social que facilita un régimen privado de pensiones y atención de salud; en el campo de la educación, una serie de artículos algo enrevesados introducen la cuña necesaria para permitir el sistema de subsidio por alumno, el cobro de pensiones por las universidades estatales en los casos de alumnos con suficiente capacidad económica o en los de bajo rendimiento, así como la prestación de servicios educativos con fines de lucro; además de algunas modificaciones de importancia en el Régimen Tributario y Presupuestal.

Señaladas las principales modificaciones concretas respecto de la Constitución de 1979 en el ámbito económico, cambios que presentaré en más detalle en un momento, conviene analizar el marco general contenido en los Principios Generales del Régimen Económico (lo que en Derecho Constitucional habría sido objeto de análisis primero). Se establece la libre iniciativa privada, que se ejerce en una economía social de mercado, precisándose los alcances de este concepto, mediante la redacción siguiente: "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" (art. 58). El artículo siguiente agrega, luego de señalar que el Estado estimula la creación de riqueza, que las libertades de trabajo, comercio e industria están garantizadas por el Estado, supeditadas a que su ejercicio no sea lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. Finalmente, se establece que "El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desi-

gualdad; en tal sentido promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades" (art. 59). El resto de artículos contenidos en los Principios Generales los he incorporado dentro de la presentación de las modificaciones más concretas. El marco general, entonces, respecto de la Constitución de 1979, otorga prioridad al reconocimiento de la libre iniciativa privada, que constituye el primer principio general que es mencionado. Por otro lado, mantiene el concepto de economía social de mercado, aclarando el sentido del término al definir los principales ámbitos de acción del Estado en la economía. Esta enumeración de funciones del Estado, que deben ser entendidas como las que se desprenden del reconocimiento de una economía social del mercado, no son taxativas, puesto que se señalan como labores principales y no únicas. Además, la enumeración considera objetivos tan amplios como la orientación del desarrollo del país y la promoción del empleo, dentro de los cuales se pueden inscribir una gran variedad de instrumentos de política. La acción del Estado en la economía no está, entonces, limitada por este principio general, sino por los artículos siguientes del Régimen Económico, que se refieren a temas más concretos.

Por ejemplo, el Estado podría querer cumplir su rol orientador del desarrollo a través de una política arancelaria (cuya determinación se mantiene en manos del Ejecutivo) que favorezca a determinados sectores, siempre y cuando esta política no pueda ser considerada como una violación a los artículos 63 (libre comercio exterior e igual tratamiento a la inversión nacional y extranjera) ó 60 (iguales condiciones para las empresas estatales y privadas). En ese sentido, no cabría que dicha política arancelaria prohíba determinadas importaciones (violación al libre comercio exterior), o que discrimine entre importadores nacionales y extranjeros (violación al principio de igual trato a la inversión nacional y extranjera), o entre empresas públicas o privadas (violación al principio de iguales condiciones para empresas estatales y privadas). Sí cabría, en cambio, un tratamiento arancelario diferenciado, si las diferencias de tasas son razonables. Como es obvio, si determinados bienes estuvie-

ran gravados con un arancel del 500%, eso también atentaría contra la libertad de comercio exterior. Si bien una interpretación a rajatabla de la libertad de comercio exterior obligaría a que el Estado se abstenga de cualquier acción que limite el libre flujo comercial, esa interpretación no es posible, dado que también se señala que la fijación de aranceles es potestad del Ejecutivo (art. 74).

Asimismo, el Estado podría otorgar tratamientos tributarios diferenciados en cumplimiento de este rol que le señala la Constitución, al amparo de los artículos 74 y 79, que establecen los mecanismos para otorgar exoneraciones tributarias, consistentes en una ley (que requiere dos tercios de los votos en el Congreso cuando se discrimine en favor de una determinada zona del país) con informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas, o un decreto legislativo. Señalo estos ejemplos, no porque considero que sean tipos de política convenientes para el desarrollo del país (pienso más bien lo contrario), sino para graficar que el marco establecido para la acción del Estado no es tan rígido como ha sido presentado en la discusión previa al referéndum. De lo anterior se desprende, por ejemplo, que el Estado puede perfectamente tener un rol planificador en la economía según lo señalado en esta Constitución, otorgando regímenes preferenciales a determinados sectores en cuanto a aranceles y tributos (siempre que no discrimine entre empresas nacionales y extranjeras, o estatales y privadas). Como es evidente, también puede cumplir su rol orientador de maneras menos intervencionistas, como informando al sector privado de sus planes de inversión pública que afectan el desarrollo de mercados, financiando y difundiendo investigaciones sobre potenciales mercados en el exterior, o posibilidades de producción en el país, etc.

1. Derechos Económicos que han sido Consolidados

La Constitución consolida un conjunto de derechos económicos respecto de la Constitución de 1979. Entre ellos, el derecho de propiedad y la libertad de contratar quedan

bastante consolidados. El derecho de propiedad se refuerza al limitarse las causales de expropiación a las de seguridad nacional y necesidad pública, y al señalarse que la indemnización, que debe ser en efectivo, es susceptible de ser cuestionada ante el Poder Judicial. Otros derechos vinculados también son reforzados, como el de la concesión de recursos naturales y de bienes de uso público. También se consolida el derecho a la libre contratación: "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" (art. 62). Esta irretroactividad de las normas se aplica también a los contratos ley celebrados por el Estado. Este artículo también hace mención al rol del arbitraje en la solución de conflictos: "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". Dependiendo de lo que establezca dicha ley, podría ampliarse o restringirse los casos en que el arbitraje es la opción que corresponde.

Como ya hemos visto, el derecho a la igualdad frente a la ley, que constituye el segundo derecho de la persona que la Constitución menciona, no es aplicable en el caso de empresas, donde el tratamiento diferencial sí es posible. La Constitución aclara algunos puntos respecto de cómo puede (y como no puede) ser dicho tratamiento diferencial: (1) no puede discriminar entre empresas nacionales y extranjeras; (2) no puede favorecer a empresas públicas en desmedro de privadas; (3) no puede implicar la concesión de monopolios mediante ley (art. 61); salvo los que resultan de otorgar en concesión los servicios públicos, monopolios que deberán desaparecer progresivamente; (4) requiere ley o decreto legislativo en el caso de exoneraciones tributarias; (5) las exoneraciones tributarias en favor de determinada zona del país requieren dos tercios de los votos en el Congreso y son temporales; (6) debe respetarse la libertad de contratación, según lo señalado en el párrafo anterior; (7) no puede implicar tratamiento preferencial en materia cambiaria,

puesto que la libre tenencia y disposición de moneda extranjera es garantizada de manera irrestricta (art. 64); (8) el sector más favorecido es el educativo (el artículo 19 establece la inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de centros educativos en su finalidad educativa y cultural, además de posibles tratamientos preferenciales en materia arancelaria, estando ambos beneficios sujetos a que los centros educativos califiquen según la legislación que se establezca, y a fiscalización posterior); (9) otros sectores favorecidos son el agrario (el artículo 88 señala que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario) y la pequeña empresa (el artículo 59 habla de la promoción de las pequeñas empresas en todas sus modalidades); (10) las referencias en el artículo 59 respecto de la obligación del Estado de brindar oportunidades de superación a sectores que sufren cualquier desigualdad y el artículo 58 de orientar el desarrollo del país pueden servir como base para aplicar tratamientos preferenciales a otros sectores.

2. Garantías a la Inversión Extranjera

Se incluyen un conjunto de mejores garantías para la inversión extranjera. Como se ha señalado anteriormente, la inversión nacional y extranjera se deberá sujetar a las mismas condiciones. En lo referente a la resolución de conflictos con el Estado, se mantiene la disposición que obliga al sometimiento a las leyes y órganos jurisdiccionales peruanos y a la renuncia a toda reclamación diplomática, siendo factible exonerar de la jurisdicción nacional a los contratos de carácter financiero. No obstante ello, consta también que "el Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de los tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que disponga la ley" (art. 63). De esta manera, mediante tratados o leyes, se puede acceder a otros mecanismos de solución de conflictos, que puedan ser considerados como una mejor garantía por parte de los inversionistas extranjeros. Por

otro lado, la libre tenencia y disposición de moneda extranjera impide que se establezcan restricciones a la repatriación de utilidades, uno de los principales factores que afectan el interés de los inversionistas extranjeros. Otra garantía importante radica en las limitaciones impuestas a la expropiación, incluida la posibilidad de cuestionar el justiprecio ante el Poder Judicial que, como se acaba de señalar, podría llevarse a tribunales internacionales o mecanismos de arbitraje.

La mención a que la concesión otorga un derecho real en el caso de los recursos naturales, uno de los sectores más atractivos para la inversión extranjera, también ayuda, así como el hecho de que este marco legal se regule por ley orgánica, lo que obliga a requerir la mitad más uno de los votos en el Congreso antes de cualquier cambio, dando un entorno legal más estable. También en el campo de la seguridad jurídica, la limitación que se establece respecto de que el Estado no puede modificar los contratos-leyes unilateralmente (art. 62) es otro mecanismo de garantía para los inversionistas.

3. Limitaciones a la Acción del Estado

La acción del Estado está limitada en una serie de artículos constitucionales, aunque en la discusión política previa al referéndum se ha exagerado (en uno y otro bando) el alcance de estas limitaciones. Ya he abordado algunas de estas limitaciones, por lo que sólo haré mención a aquellas que no han sido analizadas todavía.

La actividad empresarial directa o indirecta del Estado está restringida a casos en que mediante una ley expresa, se establezca que existe "alto interés público o manifiesta conveniencia nacional" en que se proceda de dicha manera. La actividad empresarial que se realice bajo estos supuestos debe ser subsidiaria. De estas limitaciones, el requisito de ley expresa y el principio de que la actividad empresarial sea subsidiaria a la del sector privado constituyen las más precisas. Finalmente, la otra limitación se reduce a que la ley en cuestión invoque el "alto interés público" o la "manifiesta conveniencia nacional". Cabe

reflexionar que, siempre que se trate de una actividad económica en que el sector privado no participe o lo haga de manera limitada, una ley invocando estos motivos basta para que el Estado realice actividad empresarial. Por ejemplo, si estos artículos constitucionales hubieran estado vigentes al momento de crear SiderPerú, podría haberse cumplido con todos los requisitos: no existía en ese momento actividad privada en la industria siderúrgica, y hubiera bastado con cambiar el argumento de las industrias "estratégicas" por el "alto interés público" o la "manifiesta conveniencia nacional". Lo que no hubiera sido posible es que SiderPerú consiguiera un mejor tratamiento arancelario para sus insumos, como ha tenido en los primeros años de este gobierno.

Es claro, sin embargo, que no todas las empresas estatales calificarían dentro de estos requisitos. Sería difícil argumentar que el Banco Continental cumple un rol subsidiario al sector privado, pero sí sería posible conformar una empresa financiera estatal para sectores que no están suficientemente abastecidos por el mercado, como el agro o la pequeña empresa. Los servicios públicos también califican como áreas en las que el Estado podría conformar empresas estatales, directa o indirectamente, dado que el carácter subsidiario en estos casos se cumple (aun si un sector importante se entrega en concesión a empresas privadas), y es también fácil sostener que existen las razones de "alto interés público" o "manifiesta conveniencia nacional". Aquí, como en el caso de un Estado que oriente la economía mediante políticas sectoriales, la primera impresión que uno tiene de la Constitución es más liberal de lo que realmente es.

Existen también algunas limitaciones al poder tributario que puede ejercer el Estado. A partir de ahora, los decretos supremos de urgencia (durante los últimos 12 años, no menos de uno de cada tres normas con rango legal han sido decretos supremos de urgencia) no podrán contener materia tributaria (una de las principales formas de modificación de la normatividad tributaria hasta el momento). Esto mejora la estabilidad jurídica, pero dificulta, por ejemplo, el estructurar un programa de

estabilización. En adición a ello, el Estado está obligado a devolver lo recaudado por impuestos que se consideren inconstitucionales.

Por otro lado, el Banco Central de Reserva está impedido de financiar al Tesoro, salvo mediante la compra de bonos en el mercado secundario y bajo los límites establecidos en su ley orgánica.

4. Flexibilización del Régimen Laboral

En primer lugar, se flexibiliza el régimen de protección que da el Estado a los trabajadores despedidos injustamente. Anteriormente, la mención a la "estabilidad laboral" obligaba a que el trabajador mantuviera el derecho a ser repuesto en el trabajo, aunque una modificación de la legislación anterior a la reforma constitucional llegó a quitar esta opción de manos del trabajador para dársela al juez, en una figura que fue cuestionada por algunos laboristas. Lo que era imposible, bajo ese marco, era dejar esta opción al empleador, aun cuando se aumentara el monto indemnizado importantemente. Esta posibilidad es viable según lo dispuesto actualmente, lo que en mi opinión favorece el entorno para la actividad privada y la generación de empleo.

Otra reforma importante es la limitación de la comunidad laboral a la participación obligatoria de los trabajadores en las utilidades de las empresas, promoviéndose otro tipo de participación, pero sin exigir la participación en propiedad y gestión. Existen otras reformas más de detalle, algunas de las cuales son de todas maneras importantes. Por ejemplo, se ha eliminado la disposición contenida en la Constitución de 1979 que establecía que las deudas laborales prescribían a los quince años. Para tener una idea de lo que ello implica, cabe señalar que bajo ese artículo todos los trabajadores que hayan dejado sus centros de trabajo de 1978 a la fecha estaban en capacidad de cuestionar los montos recibidos por tal efecto.

En el campo de los derechos colectivos, se ha puesto énfasis en que los mismos (sindicación, negociación colectiva y huelga) se ejerzan "democráticamente". Cabe anotar aquí que

se ha establecido que el Estado regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social, señalando sus limitaciones y excepciones (art. 28). El concepto de interés social ha sido removido como causal de expropiación y como criterio limitador de las libertades económicas por la ambigüedad de su contenido, pero se la ha utilizado para limitar el derecho de huelga. Esta diferencia de tratamiento debiera resolverse con urgencia, eliminando también la mención al interés social en este caso y cambiándola por una referente a los servicios públicos esenciales, como estaba contenido en la Constitución de 1979.

¿Qué Reformas están también Contenidas en el Proyecto de la Oposición?

Para sorpresa de muchos, la mayoría de estas reformas están también contempladas en el proyecto de la oposición. Es una lástima que la discusión política, por efecto del referéndum, haya teñido de blanco y negro, lo que en realidad es plomo y gris. Más allá de estar mejor redactado, lo que es más fácil por no haber sido el eje del debate, el proyecto suscrito por la oposición contiene muchas de las reformas aquí comentadas y, en algunos puntos, inclusive restringe en mayor medida el accionar del Estado. Por ejemplo, en lo referente al régimen de expropiación, el proyecto opositor permite cuestionar ante el Poder Judicial no sólo el monto indemnizado, sino la causal invocada. Asimismo, en lo referente al Banco Central de Reserva, donde fortalece su autonomía, al establecer un período para sus directores diferente al presidencial. El proyecto también contiene disposiciones sobre la libertad de contratar muy similares, la misma prohibición a establecer monopolios por ley, las garantías a igual trato para la actividad privada y estatal, límites a la actividad empresarial del Estado a casos de excepción señalados por ley expresa, garantías de iguales condiciones para la inversión nacional y extranjera, un régimen de comercio exterior libre, la posibilidad de resolver conflictos entre el Estado y particulares ante tribunales ordinarios o arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales, etc.

En términos del marco general sobre Régimen Económico, el proyecto opositor establece: "El régimen económico de la República es libre y plural y se fundamenta en procesos de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana. La iniciativa privada es libre y la pluralidad de formas de propiedad y empresa son reconocidas y garantizadas por el Estado. Se ejercen en una economía social de mercado. El Estado ejerce función subsidiaria de ordenamiento, promoción y supervisión de la actividad privada. Formula su política económica y social mediante planes de desarrollo que son obligatorios para él y que se orientan por los objetivos del proyecto nacional. Coordina con el sector privado para recibir su aporte y para fines indicativos". Se trata de un enunciado de corte más intervencionista que el contemplado por la mayoría, pero cuya interpretación está limitada por las disposiciones que fueron comentadas en el párrafo anterior. Los planes de desarrollo a los cuales hace mención, no pueden establecer privilegios entre nacionales y extranjeros, empresas públicas o privadas, no pueden contravenir la libertad de contratación, etc. Leído desde esta perspectiva, el enunciado es mucho menos intervencionista que lo que aparenta. Por otro lado, el reconocimiento a diversas formas de propiedad también está contenida en el proyecto sometido a referéndum. En el ámbito económico, el proyecto de la oposición sólo tiene diferencias sustanciales en cuanto al régimen educativo, laboral y de seguridad social. Y en estos campos, tampoco existe una diferencia diametral. Por ejemplo, en cuanto a la comunidad laboral, se obliga a la participación en utilidades y gestión, y se señala que la participación en la propiedad de la empresa se conviene libremente entre las partes y se estimula por ley. En relación a la modificación de la estabilidad laboral, utiliza el mismo artículo que la mayoría, agregando: "... (la ley) establece el seguro de desempleo para quien lo pierde (el empleo)" (art 32 - oposición). En adición a ello, el proyecto contempla una asignación por familia numerosa como parte de la remuneración (¿dificultando, por tanto, que los

jefes de familia numerosa puedan obtener empleo!) y algunos detalles más. En el campo de la seguridad social, el proyecto reconoce específicamente al IPSS, establece que el régimen de aportaciones deberá contemplar necesariamente una contribución de solidaridad, y señala que las pensiones a cargo del IPSS se reajustan periódicamente de acuerdo al índice del costo de vida (sin hacer mención a las posibilidades de la economía nacional, como sí hace el de la mayoría).

¿Qué implica Ello para la Seguridad Jurídica en el Ámbito Económico?

El golpe de 1992 ha implicado que se planteen interrogantes sobre la legitimidad de esta Constitución, y por ello se cuestiona la seguridad jurídica de lo establecido en ella, incluido lo económico. El referéndum va a ayudar a dar estabilidad a lo dispuesto en la Constitución, pero no permitirá sanjar dicha discusión totalmente. En ese sentido, conviene analizar cómo afecta ello a los contenidos económicos de la Constitución. Como hemos visto ya, no existen tantas diferencias entre las ver-

siones de la mayoría y de la oposición sobre cómo debió reformarse la Constitución de 1979. En primer lugar, no cabe duda que ambas se han pronunciado a favor de una reforma muy importante de dichos contenidos. No cabe, entonces, volver a lo establecido en 1979 en materia económica. Segundo, los puntos de desacuerdo son tres: seguridad social, régimen laboral y educación. En el resto de temas hay, felizmente, más coincidencias que discrepancias. Finalmente, en algunos de estos campos, lo establecido por el proyecto de la oposición es factible de ser realizado por ley dentro del marco constitucional establecido por la mayoría: no hay impedimento alguno para establecer un seguro de desempleo, ni para establecer mecanismos de participación en la gestión, etc. De tal manera que, si se restringe el análisis al campo de lo económico, no hay razón para que las discrepancias respecto de lo que contiene la Constitución requieran modificaciones mayores. Es en el campo político (reelección, descentralización, etc.) y ético (pena de muerte, aborto, etc.) donde existen las discrepancias fuertes. Al país le conviene que esa diferencia esté bien clara.