

Estado de Derecho. Requisito para el desarrollo económico

Conversatorio entre los doctores Francisco Fernández Segado (F.F.S.), Baldo Kresalja Rosselló (B.K.R.), Jorge Danós Ordóñez (J.D.O.) y Eduardo Hernando Nieto (E.H.N.)

Eduardo Hernando Nieto (E.H.N.): Comenzaremos tratando de señalar lo que significa, o puede significar, la llamada economía social de mercado. De hecho, hay dos perspectivas en cuanto se refiere a los modelos económicos, la primera denominada economía social de mercado, que vamos a tratar de perfilar ahora, por lo menos a mí no me queda muy clara su definición, y el segundo el modelo actual que es el de la escuela hayekiana o austríaca que en el contexto anglosajón se llama libertarianismo. Entonces tenemos que comenzar precisando cuál de estas dos corrientes —o si es que las dos— están presentes en nuestro texto constitucional.

Francisco Fernández Segado (F.F.S.): Yo creo que desde luego la economía social de mercado está presente sólo desde una perspectiva puramente semántica y no me cabe la menor duda de que quizá la reforma más profunda que la Constitución de 1993 ha hecho respecto de la del 79 afecta a la concepción constitucional de la economía social de mercado hasta quedar alejadísima de esa definición.

Si la Constitución del 79 respondía plenamente a la concepción de economía social de mercado, la Constitución de 1993 está demasiado lejos de esa concepción. Es indiferente que se postule una definición puesto que me parece que esa definición está desprovista de contenido. Yo creo que lo que late bajo la Constitución del 93 es una feroz economía de libre mercado.

EHN: ¿Podría precisar en relación a lo que significa? Sobre la economía social de mercado en particular...

Baldo Kresalja Rosselló (B.K.R.): Me parece importante tener presente que los términos economía de mercado y economía social de mercado no son fácilmente definibles. En esto están de acuerdo tanto los economistas como los juristas. En verdad, el término economía social de mercado fue acuñado como respuesta a una situación muy particular en Alemania, y posteriormente hizo fortuna. Fue promovido por los seguidores del pensamiento social-cristiano. Puede entenderse como una autorización al poder público para intervenir en la vida económica cuando los agentes, fundamentalmente privados, no pueden satisfacer las necesidades de la población. Sólo puede entenderse en un contexto en el que la vida económica está regida por la libertad de empresa y la libertad de contratación. Aceptado esto, la discusión surge sobre cuáles son los límites de esa intervención: puede ser muy amplia, y entonces el Estado planifica e interviene empresarialmente, o simplemente ser de carácter indicativo y excepcional.

Jorge Danós Ordóñez (J.D.O.): Creo que los constituyentes de la Carta de 1993 tuvieron el propósito deliberado de establecer un régimen económico de corte fundamentalmente liberal, no estoy seguro de poder calificarlo, en estricto, de régimen económico liberal, pero en definitiva quisieron diferenciarse de los anteriores constituyentes consagrando un régimen acusadamente liberal. Esto lo compruebo haciendo un balance de los preceptos que consagraba la Carta de 1979 y que permitían en mayor grado la intervención del Estado en la economía, los que han sido suprimidos por la Carta de 1993, como por ejemplo la posibilidad del Estado de hacer planificación del desarrollo. Tampoco se ha recogido el precepto que permitía al Gobierno intervenir empresas en casos de requerir hacer frente a situaciones económicas graves. Asimismo, la posibilidad que el Estado desarrolle actividad empresarial ahora está sujeta a fuertes restricciones, por lo que si comparáramos en un apretado resumen los preceptos de las Constituciones antes referidas, comprobaremos mi aseveración inicial de que la Carta de 1993 apunta hacia un régimen económico de orden liberal.

Sin embargo, aunque pareciera lírico que en el artículo 58° se conserve alguna alusión a una «economía social de mercado», considero que cabe la posibilidad que en un futuro, otro gobierno de orientación política diferente, que requiera intervenir en mayor grado en la actividad económica, podría encontrar algunos preceptos constitucionales que podrían servirle de cobertura constitucional para dicho fin. Es el caso, por ejemplo, del artículo 58° que determina el rol del Estado de promotor en determinadas materias como : empleo, salud, educación, servicios públicos e infraestructura, es el caso también del artículo 59° que asigna al Estado la promoción de la pequeña empresa. El artículo 60° limita la iniciativa pública en la actividad empresarial, condicionando su procedencia a la aprobación de norma expresa, consagrando por primera vez de manera expresa el principio de subsidiariedad, aunque sin prohibir de manera absoluta dicha actividad, aunque con ciertas trabas y límites como lo ha señalado hace un momento Paco.

Otros dispositivos de particular importancia son también los artículos 61°, que encarga al Estado la defensa de la libre competencia ; y el Art. 65° que asigna al Estado

la defensa de los consumidores, por lo que se trata de otros campos en los que eventualmente futuros gobiernos con orientaciones políticas distintas podrían utilizarlos como cobertura para desarrollar algún tipo de intervención en la economía.

Recapitulando, en mi opinión es evidente que hay bastante distancia entre el régimen económico previsto por los Constituyentes del 79 y los del 93, puesto que la Constitución vigente ha impuesto mayores límites y restricciones a la intervención del Estado en la economía, sin embargo, considero que dependiendo de la orientación política, de la programación económica que pueda tener un futuro gobierno, existen algunos preceptos constitucionales que otorgarían cobertura constitucional a la intervención del Estado en mayor o menor medida en algunos campos económicos.

FFS: Complementando la intervención de Baldo, con la que estoy en completo acuerdo, yo añadiría tan sólo que junto a las normas más propiamente ordenadoras de la actividad socio-económica, la Constitución nos revela otro conjunto normativo, el referente a los derechos sociales, en el que también puede apreciarse una notable falta de sensibilidad con los postulados propios de un Estado social de Derecho. Unas y otras normas constitucionales revelan una patente falta de sensibilidad social, una falta de coherencia con los valores que subyacen en este tipo de Estado. Esta circunstancia no es un impedimento radical para que un Gobierno con otro tipo de sensibilidad, con otro tipo de política social, no pueda llevar a cabo una política diferente al Ejecutivo actual, una política más sensibilizada hacia «lo social». Pero de lo que no me cabe la más mínima duda es de que la Constitución en su conjunto tiene un claro déficit de valores sociales.

BKR: Yo quisiera añadir algo a lo que ha dicho Francisco y es que en el Art. 3º de la Constitución vigente se habla del Estado Democrático de Derecho, a diferencia del Estado Social y Democrático de Derecho de la Constitución anterior. Y esto, me parece, le da un color distinto a todo el texto constitucional, porque el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho está bien definido en la doctrina y responde a circunstancias históricas perfectamente identificables. Creo que los constituyentes del '79 sabían que ello significaba la lucha por la igualdad real y la conquista del Estado del Bienestar. Ello no ocurre con la expresión Estado Democrático de Derecho en la Constitución actual; se trata de una concepción distinta, que tengo entendido fue introducida en España como una alternativa superadora del Estado Social de Derecho neocapitalista, y como un agente para la transición al socialismo. Este hecho puede influir en la interpretación y alcance de las normas de nuestra actual constitución económica.

EHN: Lo que no me queda claro en torno a este debate entre Estado social y democrático de derecho y Estado democrático de derecho es cómo podríamos compatibilizar las nociones de libertades positivas y libertades negativas que sostendrían cada uno de estos modelos. No se si entonces primero se da más énfasis a lo que significan los derechos positivos o libertades positivas, donde evidentemente entrarían principios de distribución y luego nos dirigiríamos a satisfacer las libertades negativas o siguiendo por ejemplo, a John Rawls tendríamos primero que asegurar la libertad y después preocuparnos por la distribución. ¿Podría haber algún tipo de contradicción entre uno u otro principio?

FFS: Bueno, yo no creo que haya incompatibilidad en modo alguno entre ambas perspectivas. Yo creo que hay unas reflexiones muy atinadas, de Frosini, el gran filósofo italiano, donde si no recuerdo mal, viene a decir que el Estado de nuestro tiempo y más concretamente la bondad del Estado en nuestro tiempo se mide no tanto por el respeto a las libertades, formales, esto es, hacia las clásicas libertades individuales, cuanto por la sensibilidad hacia el más pobre y débil.

Es decir, no tanto por la igualdad formal, que puede en un determinado momento significar una consolidación de una serie de diferencias sociales injustas, como por la igualdad material. Lo que trata es de nivelar positivamente esas desigualdades. Aproximando las diferencias sociales, a las clases sociales en inferioridad de condiciones respecto de las que más tienen y ello es necesario, si se quiere realmente como dice la Constitución, acercar el ordenamiento jurídico y todo el orden político al respeto y dignidad del ser humano.

La dignidad del ser humano conlleva libertades formales, libertades negativas y libertades positivas. Parece difícil que esas libertades positivas tengan realidad, sean reales, si no es con la intervención de los poderes públicos.

Por lo menos, yo no creo que los poderes privados puedan satisfacer de un modo mínimamente aceptable esas grandes necesidades sociales y mucho más en un Estado como el Perú con las enormes diferencias sociales que aquí hay. Una política presupuestaria redistributiva me parece un instrumento fundamental, con vistas al logro de esos fines exigidos por el respeto a la dignidad del ser humano, valor supremo del orden jurídico-político.

BKR: Deseo recordar que el término de economía social de mercado fue incorporado a última hora en el texto constitucional. La mayoría fujimorista, en sus papeles de trabajo o proyectos iniciales, había eliminado el concepto de economía social de mercado. Se incorporó por presión de la opinión pública. Sobre su contenido propiamente dicho se dijo poco en el debate.

JDO: ¿Me permite una interrupción?

BKR: Cómo no, por favor.

JDO: A manera de anécdota nada más, yo creo que se suprimió la palabra social de casi todo el texto. Tu puedes contar las veces que ha quedado la palabra social y solamente quedó allí.

Esto fue objeto de un gran debate, incluso se debatió también, argumento retrógrado, donde Tudela fue el que dijo que parecían conceptos de la economía colonial. Por último, se dice el tema de propiedad, lo que es normal en toda Europa, la coordinación de alguna manera de la propiedad al uso social queda desaparecido. Esto es a modo de anécdota....

BKR: Se aceptó a última hora para aquietar a la opinión pública. Tengo aquí el que creo fue el texto inspirador de las intervenciones del Sr. Joy Way en el Congreso Constituyente Democrático, que es la única de las intervenciones más o menos valiosa, entre comillas, en materia de constitución económica. Se trata de un informe de la firma de consultoría Apoyo S.A. en el cual se señala, expresamente, que debe eliminarse todo

lo que tenga que ver con lo social y suprimirlo por interés público, etc. Hay que decir, y esto puede apreciarse como un síntoma del estado en el que se encontraba la discusión política de ese momento, que en la presentación, Apoyo agradece la colaboración de la AID, una agencia del gobierno de los Estados Unidos, en la elaboración del estudio y a la Southern Perú Copper Corporation por su apoyo en la edición. Ese estudio, creo, fue el inspirador de la mayoría en el debate del Congreso Constituyente Democrático en materia económica, de propiedad, etc., lo que no es poco decir.

JDO: Como acabas de decir, en la redacción de la Constitución del 93 no hubieron grandes debates como los producidos en la Carta del 79, claro después de un gobierno militar, después de una política de estatización, expropiación, etc., acá, en la del 93 no había esa situación. Evidentemente, el rol protagónico lo tuvo Joy Way con un documento de Apoyo como dices, en el cual una de las tareas que tuvo Joy Way fue buscar donde estaba la palabra social para suprimirla.

BKR: El texto de Apoyo es extremo; me parece que se inspira en la Escuela de Chicago y en el análisis económico del Derecho.

JDO: Lo cierto, es que es, aunque nada más es anecdótico, fue un tema que lo criticaron. Si revisamos la legislación preexistente, en materia de intervención en la economía. Sirve también de fuente de comprensión de esta carta. Es decir, esta carta más que regulada por leyes posteriores, fue previamente regulada. Es decir las leyes que dictó el gobierno entre el 91 y el 93 se hicieron para explicar el contenido económico de este régimen.

FFS: Voy a retomar un tema que habéis planteado y que me parece necesario señalar : el numeral 16 del Art. 2º habla a secas de que toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia, esa es una visión decimonónica que a mí me recuerda a los liberales burgueses del primer constitucionalismo de principios del XIX.

Creo que hoy no se puede enunciar el derecho a la propiedad y a la herencia, en esos términos.

JDO: Hay otro artículo que se refiere a propiedad por decirte que se pone en armonía con el bien común. Eso no estaba, eso lo pusieron después, como dices, en la época de la revolución francesa decía nada mas : la sociedad es inviolable, le faltó decir que es sagrada. Eso fue incorporado luego.

FFS: Ciertamente, el Art. 70º de la Constitución de 1993, norma de apertura de un Capítulo monográficamente dedicado a la propiedad, algo que ya por sí mismo es harto significativo, a mi modo de ver, de la importancia que el constituyente ha dado a este derecho, prevé que el derecho de propiedad se ejerce «en armonía con el bien común» y dentro de los límites de la ley, pero, a mi juicio, eso no es lo más significativo del precepto en cuestión, sino que lo más notable del mismo es la fórmula, de inequívoco corte decimonónico, con la que el Art. 70º se abre : «El derecho de propiedad -se dice- es inviolable», para apostillar de inmediato que «el Estado lo garantiza».

No debe pasar desapercibido que nos encontremos en presencia de uno de los derechos que más rotundamente se enuncian en toda la Constitución.

El constitucionalismo de nuestro tiempo ya no puede seguir consagrando la propiedad en términos del pasado siglo. Hoy, la propiedad cumple, debe cumplir una importante función social, que se ha de incorporar como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación de su contenido. El derecho a la propiedad en un Estado social de Derecho entraña, desde luego, y como antaño, una haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. En definitiva, el derecho de propiedad presenta en nuestro tiempo una vertiente institucional derivada de la función social que cada categoría de bienes sobre la que se ejerce el señorío dominical está llamada a cumplir, lo que supone la incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular del derecho en la definición de cada derecho de propiedad o en la delimitación concreta de su contenido. Esta es la visión que en un Estado social se ha de tener del derecho de propiedad.

BKR: En el antes mencionado documento de Apoyo, se dice, entre otras cosas, «eliminar la invocación al interés social o en todo caso sustituirlo con referencias con contenido más claro como el orden público, seguridad nacional, utilidad pública, salud pública y otros». Es muy discutible esta afirmación, más aún cuando el concepto de «seguridad nacional» puede dar lugar, en estos días, a dar interpretaciones tendenciosas. Dice más adelante: «Incluir normas que garanticen el adecuado funcionamiento del mercado. Por ejemplo, hacer explícitas las garantías a los derechos de propiedad». Yo no conozco una sola Constitución peruana desde la época de la Independencia que no haya garantizado plenamente el derecho de propiedad. Está, pues, clarísimamente dibujada la tendencia ideológica. Creo que con esas afirmaciones se perseguía crear una atmósfera que permitiera la aplicación de un modelo económico extremo, impuesto desde el exterior, así como un gobierno autocrático. El paso del tiempo lo confirmaría.

JDO: Creo que el tratamiento de la propiedad como ha sido visto por ustedes va a poner en evidencia la opción del Constituyente. En este caso, como comenta Paco, una visión que parece de un siglo atrás.

Nunca ha habido la defensa de la propiedad, aparentemente. Creo que hay otras normas importantes, no se si es el momento o me estoy adelantando, que es el de libertad de contratar, el Art. 72º, creo que tiene muchas connotaciones, fue un tema bien polémico, que hasta el final cuando se había terminado el debate, aún se seguía debatiendo el texto del Art. 72º.

EHN: Este tema de la propiedad, de repente desde la perspectiva neoliberal, es fundamental pues creo que tiene aristas que nos pueden llevar a comprender cuales son realmente sus intenciones. Hay un autor que se llama Robert Nozick, cuyo libro titulado «Anarquía, Estado y Utopía» esboza el siguiente argumento: la propiedad no solamente abarca el derecho natural sobre bienes externos o exteriores sino que existe un inalienable derecho natural a la «autopropiedad» (*self ownership*) lo cual implica que yo soy dueño de mis talentos, esfuerzos, virtudes etc., etc. y por lo tanto solamente el Estado bajo mi consentimiento podría reclamarme el pago de tributos que escapan a los montos dedicados a mi protección. Lo demás sería literalmente un robo....

FFS: Pues eso me parece que nos plantea volver a la época de la edad de piedra. Una visión así es de la época de la edad de piedra. Porque evidentemente el ser humano vive en comunidad social y evidentemente que está claro que la solidaridad y la convivencia entre los seres humanos conduce a la acción de afirmación de esto.

EHN: Bueno, pero es popular todavía...

En fin, pasemos a la segunda pregunta. ¿Son justificados los límites que la Constitución ha impuesto a la iniciativa pública o a la actividad económica?, ¿cómo observa la proliferación de órganos administrativos reguladores para ciertos sectores económicos?

Bueno, un poco el contexto de esto tiene que ver con ciertas contradicciones que existen con las teorías económicas neoliberales o libertarias sustentadas en derechos negativos o libertades negativas que, como sabemos, exigen la ausencia de coerción.

Sin embargo, para proteger las libertades individuales evidentemente, el Estado necesita crecer, es decir necesita coerción. Esa es justamente la paradoja que se produce en el Estado actual. En el caso peruano vemos por ejemplo, el surgimiento de instituciones como el Indecopi, o algunos otros órganos de control del mercado...

BKR: Yo creo que acá hay dos preguntas, que si bien están conectadas, son distintas. La primera es si son justificados los límites que se han impuesto a la iniciativa pública. En esta materia hay que recordar el desastre económico que significaron las empresas públicas en el Perú, fundamentalmente durante el gobierno de Alan García. En esto, no cabe ninguna duda, hay que partir de ciertos datos de la realidad; el número de empresas públicas era excesivo, inclusive desde una posición favorable al Estado del Bienestar. En el Perú, el Estado era propietario desde empresas de aviación hasta cadenas de cines y siderúrgicas. Un exceso. Si a eso se suma el hecho comprobado de que muchas de esas empresas públicas eran un medio para dar trabajo a los miembros del partido en el poder, así como la indiferencia gubernamental sobre su manejo, sobre sus inmensos déficits, y sobre el impacto social que ello tenía en los más pobres, estábamos frente a una situación que calificaría de negligencia punible. Entonces, si bien puede ser criticable esa limitación desde una perspectiva política atemporal, es perfectamente explicable que la Constitución de 1993 haya tratado de poner límite a las intervenciones empresariales por parte del Estado. Por cierto, a algunos les parecerá excesiva la limitación constitucional, porque considerarán que eso es un inconveniente para hacer posible el Estado del Bienestar o para velar por el bien común. Pero yo creo que la limitación es explicable. Para mí, no es el punto más criticable de la Constitución, inclusive desde el punto de vista ideológico; posteriormente deseo referirme a otro campo de acción del Estado en el terreno económico, que es el de los servicios públicos.

JDO: Yo tengo un par de ideas, no más, uno más de los límites que la Constitución impone a la intervención del Estado. Es decir esta es una forma más de intervención del Estado, de regular, tiene otros mecanismos para poder actuar en la economía.

Acá lo que se le prohíbe, o se restringe sin lugar a dudas, es la actuación directa a través de formas empresariales, la justificación o no, creo que ha sido explicada por

Baldo, y probablemente yo no podría entrar a juzgar cuánto fue provocado, en su momento, o cuánto no.

Lo que creo, sí que no se puede compartir la idea de que la empresa estatal *per se* sea mala. Creo que es un dogma que no admite probanza, aunque probanza no, simplemente es un dogma, nada más. *Per se* no es mala, creo que la empresa estatal en nuestro país ha estado mal llevada. Ha sido puente de clientelaje político, ha originado déficit. Sin duda.

Pero también como conversábamos antes de comenzar, fue también llevada a esa condición por una política de subsidio obligatorio.

Yo lo que quiero es hacer hincapié en un tema que es obvio, me parece, y que es que la norma del 93 introduce tres restricciones que antes no existían.

Anteriormente la Constitución no imponía límites a la iniciativa del Estado en la actividad económica directamente. Esto lo establece ahora, dice uno, mediante ley expresa, lo cual está reservado a norma con rango de ley y se puede entender ley del Congreso, es decir, con debate público.

Otro, el carácter subsidiario, es una palabra que tiene varias connotaciones que podemos discutir sobre lo que es lo subsidiario donde no hay, o la iniciativa privada trabaja de manera deficiente, cual es la intervención.

El otro tema es el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, lo cual implica un juzgamiento por parte de los políticos de cuando se dan esas consideraciones.

Hay límites, son importantes y creo que esto también responde a una lógica pre-existente del Estado que es la política del gobierno que es de privatizar al sector privado las empresas del Estado.

Vale decir, que el Estado se desprende de la gestión directa de la empresa y la encarga a los particulares de allí viene la lógica de la proliferación de órganos administrativos, reguladores de algunos sectores económicos.

Ha proliferado fundamentalmente porque ha juntado los roles del Estado. El Estado deja de ser el prestador para pasar a ser el regulador, en orden de cautelar el rol que le corresponde como titular de los servicios públicos.

Eso en determinados tipos de reguladores, hay otros supervisores nuevos, no sólo el Indecopi, pero cumplen otro rol. No es el caso de Indecopi, que no es el tema porque aún no lo ha tratado Baldo, pero cumplo con argumentar, que es probablemente hacer efectivo el rol del Art. 51º y el Art. 65º también respecto de proteger el libre mercado.

EHN: ¿podríamos decir que el Estado ha crecido?

JDO: Yo creo ... vamos a decirlo así, el Estado ha mutado. En mi opinión, un poco más administrativa, creo que se han independizado algunos tipos de funciones.

En el tema de liquidaciones, regulación empresarial, materias que antes estaban en el orden administrativo.

No estoy muy convencido de que el Estado haya crecido. Sino que se le ha asignado un rol a la administración para efectos de controlar esta política.

FFS: Un poco abstrayéndome al margen de la realidad del Perú, hay que decir que el neoliberalismo feroz explica la progresiva privatización de empresas públicas como un fenómeno universal.

Pero como aquí no estamos hablando de la realidad de los tiempos que corren, sino de lo que debe ser en el ámbito de las normas constitucionales, yo creo que un Estado social que sea mínimamente coherente con sus postulados y valores debe admitir junto a la iniciativa privada en relación a la libertad de empresa, una iniciativa pública, un principio de subordinación de la riqueza al interés general, un principio de planificación indicativa, un principio de participación, etc.

En verdad que en un Estado social de derecho que reconoce la iniciativa pública como España, asistimos a feroces procesos de privatizaciones, pero yo no pienso que tal circunstancia deba conducir a eliminar el principio de iniciativa pública. Porque ese principio viene a ser la modulación del principio de la iniciativa privada y a reconocer simplemente lo que en el marco de la realidad económica de nuestro tiempo es algo incontrastable : que hay una iniciativa privada y que cabe también la iniciativa pública en sectores especialmente ausentes de la iniciativa privada, porque hay que pensar que la iniciativa privada, por su propia naturaleza, es una iniciativa que se va a consolidar en aquellos sectores que produzcan un beneficio inmediato. Por lo menos a corto y mediano plazo.

Ciertos sectores empresariales, los ferrocarriles, por ejemplo y, en fin, tantos otros, no van a producir un beneficio inmediato y quizá no van a producir un beneficio nunca, y no por ello deben de ser abandonados.

Por lo tanto la iniciativa pública tendrá algo que decir en estos ámbitos. Consiguientemente, un elemento esencial a un Estado social de derecho que quiera ser coherente con esos postulados, es el reconocimiento de la intervención pública junto a la iniciativa privada.

BKR: Creo que hay que distinguir entre un intervencionismo administrativo y un intervencionismo empresarial. El primero no genera mayor discusión, aunque debe utilizarse con moderación. En cuanto al segundo, estoy de acuerdo que si bien teóricamente no hay ninguna razón para impedir la existencia de empresas públicas productivas, también creo que hay que reconocer la existencia de algunos factores que no son jurídicos y que no favorecen su creación.

En primer lugar, por ejemplo, las empresas públicas son generalmente deficitarias. Esto repercute en los más pobres. Hay excepciones, pero en general así es en todas partes. En segundo lugar, asistimos a un cambio tecnológico muy significativo, que hace que el funcionamiento empresarial clásico pierda sentido. Las empresas de propiedad estatal, en términos generales y especialmente en nuestro medio, no están equipadas para enfrentar ese cambio tecnológico, sus decisiones no tienen la velocidad debida. Quiero aclarar que en el caso de los servicios públicos las consideraciones pueden ser distintas.

JDO: Quería acotar sobre lo de Francisco, la empresa pública y la privada habla de darle salida de trato, yo quería hacer notar nada más, a partir de lo que en la Constitución en el último párrafo del Art. 60° se ha cuidado además de establecer en el fondo un tipo más de control a la empresa estatal, no solamente la ley, la subsidiariedad, el bien público, sino además, en la misma línea de hacer preponderar la iniciativa privada. Ha establecido también allí que la empresa pública o la privada sigan el mismo tratamiento.

Se habla del pluralismo económico, se reconoce el pluralismo económico, pero ha cuidado, también la Carta del 93 de darle paridad de trato a ambas. Es decir, allí no importa a qué atiendes.

BKR: Inclusive en el caso de haber sido autorizada la creación de la empresa por ley expresa.

JDO: Si, inclusive en ese caso, tiene que ser así. Siempre en esa línea, insisto, de hacer primar la iniciativa privada de la economía. Esa misma línea que conlleva a que se restrinja la actividad empresarial del Estado, la intervención directa de la economía, vía empresa. Hay otro detalle adicional que creo que vale la pena hacer notar que es además la paridad en el trato. Es decir, que aún cuando el Estado intervenga con todas esas restricciones, tiene que hacerlo en los mismos niveles que en la privada. No importa el fin a que atienda. No puede haber diferencias en el tratamiento.

BKR: Volviendo a la segunda parte de la pregunta, el Indecopi no me parece que sea un buen ejemplo. Yo soy uno de los causantes de la creación del Indecopi (risas) y conozco algo de los argumentos que dieron motivo a su nacimiento. En primer término, se debe a la necesidad de que exista un organismo que otorgue los títulos y la protección que requieren los Derechos Intelectuales, sean los de la Propiedad Industrial como los correspondientes a los Derechos de Autor; esta tarea ya la hacía su antecesor, el Itintec. Pero a ello se suma algo nuevo, que es la necesidad de proteger la libre y leal competencia. Ahora bien, su composición y facultades se deben también, y no en poca medida, al convencimiento de que el Poder Judicial no está capacitado para resolver adecuadamente los conflictos que surgen en esas materias. Países vecinos, por ejemplo, en el ámbito de los derechos intelectuales, ventilan sus controversias en la vía judicial. Aquello es importantísimo, porque se trata de crear una vía para la satisfacción de necesidades sociales, más que de una respuesta ideológica propiamente dicha. Lo que no significa, por cierto, desconocer que después, desgraciadamente, se ha politizado e ideologizado mucho. Pero volviendo al tema específico, se puede decir que en el Perú, si bien es cierto que se puede acudir al Poder Judicial pidiendo la nulidad de una resolución administrativa, el 99% de los casos en esas materias terminan en el Indecopi. En el Perú se mantiene la creencia que el Poder Judicial está incapacitado para atender los temas vinculados al Derecho de la Competencia; y la realidad demuestra, por desgracia, que esa creencia tiene sustento en múltiples aspectos. No quiero seguir con el tema del Indecopi, porque me parece que la pregunta iba hacia otro tipo de organismos reguladores, como son los que se aplican a las «*public utilities*» norteamericanas.

EHN: Bueno, en realidad estaba dirigido...

JDO: Por favor, déjame tocar el tema, quiero hacer un comentario sobre...

EHN: Entonces, si la definición es así, evidentemente el Indecopi es transitorio, vale decir, que el Indecopi va a desaparecer en algún momento.

BKR: Estoy convencido de ello.

JDO: Solo quiero hacer una disquisición sobre un aspecto administrativo, y es que el Estado se reduce, ciertamente, deja de ser prestador, que es lo que estamos hablando, pero se «desjudicializan» ciertas materias y se «administrativizan» otras.

En ciertas materias que son muy técnicas, que el Poder Judicial no puede atender y además en todo caso, son administrativas, pero es como un paso previo para ir a lo judicial. El poder judicial también puede tener un informe técnico, una resolución administrativa previa. Entonces, es cierto que eso se da, verdad, pero es también sobre algunas materias.

Yo sí vincularía, pero es un tema para hablarlo después, claro el Indecopi no es la única posibilidad, el encargado de un municipio, un ministerio, pero también el Estado tiene en el Art. 61° la libre competencia y defensa al consumidor.

Sacar algunos roles que la Constitución dice que el Estado debe controlar para corregir las disfunciones del mercado y ese rol está encargado actualmente en una institución y que mañana puede ser otra o con otro mecanismo.

BKR: Estos son órganos administrativos reguladores, tienen una clara influencia norteamericana.

EHN: Sí, anglosajona.

BKR: Creo que la lógica es la siguiente: desde el momento en que el Estado no puede o no debe intervenir en la economía, se tiende a privatizar las entidades prestadoras de servicios públicos, no todas, pero muchas; entonces, es necesaria la creación de entes reguladores, para que en lo posible compitan -imposible en el caso de los ferrocarriles- las empresas privadas que bajo concesión o contrato han sustituido al Estado en la prestación de esos servicios públicos. Es el caso, por ejemplo, de la sustitución del Seguro Social por entidades privadas prestadoras de salud, o es el caso de la telefonía, o podría ser el caso de la televisión si se la calificara como servicio público.

Esos organismos, tomados del modelo norteamericano de las «*Regulatory Commissions*», deben de gozar de independencia respecto del Gobierno y situarse por encima de la contienda política, de los partidos, en una línea de imparcialidad propia de los asuntos técnicos que tienen a su cargo. Lo que se persigue es que la función de regulación que poseen, aunque materialmente integrada en el Poder Ejecutivo, quede fuera, y de manera estable, de la influencia de las mayorías parlamentarias.

Ahora bien, algunas de las decisiones técnicas por las que tienen que optar tendrán gran influencia en la vida cotidiana de la población. Por ejemplo, cuando se hace una licitación en el ámbito de la telefonía, la opción tecnológica que se escoja no puede variarse durante un largo período. Entonces, toda la industria vinculada está

condicionada por la opción técnica. El público ve el poder de los entes reguladores, por lo general, en los aspectos tarifarios. Esa es la parte, vamos a decir, que sale en los periódicos. Pero la parte esencial se encuentra en otro lugar. Para decirlo de alguna manera, yo creo que el Estado tradicional, en nuestro caso los ministerios, no están capacitados para tomar ese tipo de decisiones. Por eso es que han tenido tanta acogida y se han creado con tanta facilidad ese tipo de órganos administrativos reguladores.

EHN: Estaba pensando...

BKR: Un caso en el Perú es el de Osiptel (Organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones).

EHN: Por ejemplo en el caso de Inglaterra, sube Margaret Thatcher y comienza a aplicar las políticas neoliberales. Se necesitaba para construir este modelo, por ejemplo, mecanismos de coerción muy eficientes, y lo que hace Margaret Thatcher es aumentar el número de policías y aumentar el salario de los policías. Evidentemente eso significa un incremento del Estado.

Eso también nos lleva un poco a esas posiciones, hay que revitalizar la coerción para que el mercado pueda estar funcionando...

JDO: Lo cierto es que en el Perú y en la actividad económica tenemos órganos reguladores, para todo aquello necesario, la palabra mágica es la superintendencia. Cualquier proyecto nuevo se llama ahora superintendencia, no importa lo que sea, verdad. Pero lo que está atrás es el tema de que el Estado ha mutado, su rol de prestador se ha vuelto regulador. Quiere regular también la libre competencia, fomento de la producción en actividades de servicios mejores, además desde la perspectiva administrativa hay toda una explicación.

Estamos hablando fundamentalmente de actividades que son de servicio público, donde en teoría hay una titularidad estatal. Donde el Estado en todo caso transfiere el ejercicio, pero conserva intactas sus facultades de intervención y regulación, hay principios también del servicio público, la continuidad, la defensa del usuario, todos esos son roles que el Estado crea organismos especializados como Sunat, Sunass, Osinerg, la creación de Osinerg demuestra que el Estado ha sido muy malo para generar electricidad suficiente, para poder abordar el tema de electricidad.

Pero, ojo, no olvidemos que en nuestro país los órganos reguladores han existido, y han existido otros en servicios públicos como es el caso de la Banca y Seguros, en Perú es un órgano regulador constitucional que no atiende un servicio público expreso. Lo que pasa es que hay actividades económicas fuertemente intervenidas en la administración o fuertemente administrativizadas, y lo que sucede es que pasan desapercibidas, es la de Bancos como es de otras actividades económicas más, por ejemplo en la pesquería. Ojo no tienen la misma importancia, pero hay actividades que independientemente que hayan sido gestadas por el Estado y ahora estén privatizadas, hay actividades económicas donde es tradicional que haya una fuerte intervención del Estado. Es un comentario suelto a propósito de esto.

EHN: Pasemos entonces a otro punto, tal vez el quinto tema.

BKR: Antes, me parece, habría que tratar el tema de la titularidad del Estado en el área de los servicios públicos. Creo que es uno de los temas menos estudiados en el Perú y tiene una vinculación muy importante con el Derecho de la Competencia.

El contenido de libertad de empresa, que es el fundamento del sistema económico constitucionalizado, se encuentra en cuatro facultades, a saber: en la libertad de acceder al mercado, en la libertad de organizarse, de competir y de finalizar las actividades. Ello no tiene aplicación íntegra en el caso de los servicios públicos, porque su titularidad pertenece al Estado y así lo dispone el Art. 58º de la Constitución. Entonces, cuando una empresa brinda este tipo de servicios, o es porque ha nacido de la iniciativa estatal, mediante una ley, o porque cuenta con un contrato de concesión, o con un régimen especial, y no puede cerrar de improviso, pues el servicio no puede dejarse de dar a la población. Cuando esa actividad es entregada a la actividad privada, porque se presume que es más eficiente, el rol de los órganos reguladores consiste en preservar la competencia entre las empresas que dan el servicio, no el de decidir sobre su nacimiento o cese, que siempre queda en manos del poder político.

JDO: Yo quería acá decir solamente dos cosas si me lo permiten, primero que eso dependerá del tipo de actividad, en tanto que la actividad sea calificada como servicio público allí el Estado va a tener que ser quien autorice o no.

Segundo, hay determinado tipo de actividades, aun inclusive aquellas en las cuales no son servicios públicos, pero en el cual no debemos olvidar que la iniciativa privada puede estar sujeta a las regularizaciones administrativas pero en mayor o menor magnitud.

Es decir, el Estado puede también intervenir administrativamente a través de una serie de regulaciones que a veces pasan desapercibidas, pero son muy importantes. Por tanto, no se puede abrir un casino sin antes acreditar garantía, tiene que tener un local con determinadas características, o si se quiere abrir una empresa, una fábrica de pescado de iniciativa privada, hay que presentar también una carta fianza, a lo que voy es que no obstante las proclamas constitucionales la iniciativa libre y privada eso no nos debe quitar de vista de que hay una serie de errores del Estado y de la administración. Desde el punto de vista regulador, la actividad del Estado puede ser mucho más intensa.

BKR: Hay que tener en cuenta que si se regula bien, ambiciosamente, la actividad del Estado en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos, infraestructura (Art. 58º), etc., ello significa una muy buena parte de la torta económica. Hay que recordar que el Estado es el titular de esas actividades. Entonces, mediante esta vía se puede definir en la realidad cuál es la intervención o participación del Estado en la economía. Podría inclusive ejercer esa titularidad a través de la clásica empresa pública. Desde el punto de vista de la conquista del Estado del Bienestar, este es un tema importantísimo, pero ausente en nuestro debate político. Creo, además, que es un tema que no trataron en profundidad los constituyentes, tanto los neoliberales como los otros.

JDO: Hubieran dicho como en Chile, únicamente vía ley pueden regular. En Chile indican que vía ley, y en un debate del Tribunal Constitucional Chileno, cuando yo estaba, tenía que ser ley del Congreso, nada de decretos.

EHN: Hay una pregunta de fondo en la que vamos a tratar de relacionar lo político con lo económico, porque finalmente estamos discutiendo lo económico porque esto es hoy muy relevante para la política, de pronto, lo económico podría servir para reforzar instituciones políticas, etc., o en todo caso perseguir el bienestar general. Voy a leerles entonces la pregunta número cuatro: Para los «Papeles del El Federalista» (texto clave para la explicación del sistema político y económico de Norteamérica) se asumía que en principio el poder republicano es el sistema político que facultaba a los ciudadanos a participar en la elaboración de sus propias leyes, además de velar por sus libertades y era alimentado directamente por la sociedad comercial que se sustentaba a su vez por la propiedad privada y el mercado. La preguntas en concreto son: ¿estimula en verdad la llamada sociedad comercial al sistema político republicano? ¿Fomenta la sociedad comercial el interés público?

FFS: La pregunta de si estimula en realidad la llamada sociedad comercial el sistema político republicano, supongo que se refiere a los valores del sistema político republicano, y los valores del sistema político republicano yo los definiría como valores democráticos.

Por cierto, que no son distintos los valores del sistema político republicano a los del sistema político monárquico, en las monarquías parlamentarias.

Yo pienso que la sociedad comercial, si se entiende en los términos que aquí se enuncian, es decir, el principio participativo, sí que fomenta este principio.

El principio participativo es un principio del Estado democrático y es un principio que se debe dar en la sociedad de mercado, en la economía social de mercado. El Estado democrático y social de derecho en su forma organizativa, es un Estado que incorpora un principio democrático, de tal manera que hoy, en nuestro tiempo, no cabe establecer distingos. Teóricamente, el Estado social es una cosa y el Estado democrático es otra, como también lo es el Estado de Derecho, pero a la hora de un análisis global de esa realidad jurídico constitucional, los tres elementos se hallan íntimamente vinculados de tal manera que cada uno proyecta sus virtualidades sobre el otro.

Estamos ante un Estado que se caracteriza por tres rasgos indisolublemente unidos y de esa indisolubilidad de los rasgos emana la proyección de uno sobre otro. Y en consecuencia, el principio participativo se imbrica en ese Estado que siendo social es también democrático y de Derecho.

EHN: Digamos que solamente la economía social de mercado promueve el sistema democrático y no así la economía de mercado neoliberal, o no es así.

FFS: La economía social de mercado es plenamente compatible con el Estado de Derecho. El Estado de Derecho ha superado hace tiempo los aspectos puramente formales, el Estado de derecho es básicamente un Estado de valores. Por lo menos así lo entiendo yo. Y el Estado de Derecho no sólo se asienta en una estructura formal en la cual existen unos principios ordenadores del ordenamiento jurídico o si se quieren unos principios generales del Derecho, como se les ha conocido tradicionalmente. El principio de seguridad jurídica, el principio de legalidad, el principio de jerarquía normativa.

Evidentemente, esos principios conforman el Estado de Derecho, son ineludibles, pero no son suficientes. El Estado de Derecho hoy, o es un Estado asentado en un orden de valores, o no es Estado de Derecho, por lo menos tal y como yo lo entiendo, y desde ese punto de vista un Estado de Derecho acepta un orden de valores que conduce a la plasmación en el ordenamiento jurídico de valores tales como la igualdad, la libertad, la justicia, y por tanto eso a mi modo de ver pertenece al Estado social de Derecho. En nuestros días, la cohesión del ordenamiento jurídico hay que buscarla no en aspectos formales, sino en valores materiales.

EHN: Reformulando la pregunta sabemos que existen regímenes en los cuales no necesariamente hay un Estado de Derecho pero que sin embargo sí están estructurados en base a una economía de mercado, y aparentemente la economía y la sociedad funcionan bien. Por allí se podría decir que la economía de mercado puede funcionar sin Estado de Derecho, pero no a la inversa. Que el Estado de Derecho no puede funcionar sin mercado.

BKR: Aunque en estas cosas hay siempre matices, yo creo que al final no puede funcionar una economía de mercado en un Estado autoritario o absolutamente autoritario.

Quisiera responder a la pregunta desde otra perspectiva; si por sociedad comercial se entiende aquella donde los ciudadanos pueden producir y quedarse con el fruto de su trabajo en un plano de igualdad y de libertad, entonces, sí se va a fomentar una sociedad democrática. Ahora bien, ese fomento tiene necesariamente que complementarse con la educación y la satisfacción de necesidades básicas.

Hay que recordar que desde la perspectiva de una sociedad que persigue valores democráticos, las regulaciones del Derecho de la Competencia surgen como un freno a los abusos que se hacen de la libertad de competir, abusos que llevan a la concentración económica. La legislación anti-trust norteamericana, que es la pionera en esta materia, surge como respuesta a los excesos de la concentración de la riqueza, que desdibujan la libre y leal competencia, al generar una situación de desigualdad entre los productores.

EHN: Digamos que de lo que se trata es de ubicar a todos en el mismo lugar del partidario para empezar la competencia esto sería la idea final...

Pasemos entonces a la siguiente pregunta:

En cualquier modelo económico plantear las reglas de juego es importante para garantizar la previsibilidad de los objetivos de las políticas económicas públicas y privadas, pero acaso la crisis de las instituciones democráticas forman parte del cálculo del costo beneficio en la evaluación de los márgenes de ganancia. Si es así, entonces cuanto de manipulación y corrupción en los procesos de privatización de las empresas del Estado, desregulación del mercado, ¿cómo cerrar esas brechas inevitables del libre mercado aunque no exclusivas de él?

JDO: Bien, el constituyente supuestamente ha cuidado un nivel nominal de establecer ciertas reglas, generar digamos, algún tipo de ambiente o de instituciones que puedan garantizar la estabilidad jurídica. La prueba está en el Art. 62º que garantiza la libertad contractual, y además también que consagra los contrato leyes.

Si revisamos también la parte tributaria, vamos a encontrar una serie de normas que apuntalan de alguna manera u otra, ciertas reglas de estabilidad, ahora bien que eso garantice un sistema democrático, que haya relación entre sistema económico y sistema democrático, como lo estamos viendo actualmente evidentemente que no.

Pienso que no se puede contestar con certeza si para un inversionista la seguridad jurídica es importante, evidentemente puedo decir que sí es importante para un inversionista el que exista un buen poder judicial, saber que un nuevo gobierno va mantener determinada política que implica cierto consenso democrático, etc., pero también podría decir que si algún empresario ve un buen negocio no va a dejar de invertir porque la seguridad jurídica sea relativa.

Quiero centrarme brevemente, en el tema de análisis de lo que puede significar por ejemplo que el Art. 62 haya consagrado la libertad de contratar, la libertad contractual y los contratos leyes.

Primero, yo creo que la consagración constitucional de los contratos leyes no era indispensable, creo que ya existía, creo que había legislación abundante sobre el tema, sobre todo sectorial como era el caso industrial, minero con carácter general en la ley de promoción de la inversión privada.

Segundo, tal vez la única importancia que puede tener los contratos leyes es pensar que en definitiva el Estado nunca los puede modificar, es que antes de su consagración constitucional, sin embargo, el Estado podía variarlos y resolver los contratos.

Probablemente ese ha sido una brecha que se ha querido cerrar. Sin embargo, singularmente, si vemos los acuerdos que tiene el Perú con el FMI son todos de que el Perú no debe firmar contratos leyes

Si vemos la política tributaria de los últimos tiempos, son para terminar con los contratos leyes o para introducir cuñas tributarias en algunos contratos leyes, porque es cierto que los contratos leyes también pueden generar situaciones en las que no hay una libre competencia. Hay algunas situaciones, donde no hay igualdad.

Otro punto es el tema de la libertad contractual, falta todavía analizar y estudiar, quiero decir que incluso han habido circunstancias en las cuales, por ejemplo como en el proyecto de ley de sociedades, algunos expertos señalan que una nueva ley no sería aplicable bajo la interpretación que la libertad de contratar virtualmente congela y aísla el ordenamiento jurídico, lo cual es antidemocrático sin lugar a dudas.

Porque incluso, un análisis político o constitucional de los contratos leyes podría involucrar que una mayoría de turno pueda generar un marco legal de tal manera que permita determinar los sectores económicos de los contratos leyes y beneficiarse y condenar a las mayorías políticas. Lo cual no es del todo democrático, obviamente.

FFS: Hay una cosa muy concreta, yo creo que cuando se habla de si los inversionistas, es decir, los capitalistas, los grandes inversores internacionales ponen su interés y preocupación en la estabilidad democrática o en el modelo democrático, yo creo que los grandes inversores donde ponen su preocupación es en la generación del mayor beneficio

en el menor plazo posible y pensar lo contrario es ciencia ficción. El capital quiere beneficio en el menor plazo posible y cualquier otra reflexión es un tanto ingenua.

A partir de ahí ese beneficio se puede obtener con una estabilidad política en mejores condiciones que en una situación de inestabilidad.

La estabilidad política vale en tanto en cuanto genera una situación donde el beneficio puede ser más fácilmente conseguido. Esa estabilidad política no es sinónimo de modelo democrático ideal. El Perú es uno de los centros de los grandes inversores internacionales ahora mismo, y la estabilidad (que la hay efectivamente), no es sinónimo de modelo democrático perfeccionado, es simplemente sinónimo de estabilidad política independientemente de cuales sean los entresijos del poder.

Yo no diría que el capital exige un modelo democrático puro, y desde luego, la estabilidad política no es sinónimo de purismo democrático.

BKR: Estoy completamente de acuerdo con lo que dices, me gustaría ahondar en lo siguiente: en términos generales, si bien un contrato ley puede ser atractivo en un determinado momento para un inversionista, creo que su efecto es a la larga antidemocrático y anticompetitivo. Las disposiciones que fomentan la libre competencia en una economía de mercado se basan en que los operadores deben ganar clientela porque son más eficientes; es decir, porque tienen mejor calidad y mejores precios en sus productos o servicios. Esto presupone igualdad entre competidores. En consecuencia, desde el momento en que uno de los competidores tiene un contrato que le permite una situación de excepción o privilegio en el mercado ya no está en condiciones de igualdad y se comienza a dinamitar el ideal de una economía competitiva, que se presume es la que favorece a las mayorías.

JDO: Lo que creo es que generalmente hay una mala conciencia en el gobierno. Vamos a generar circunstancias que sean atractivas para el inversor y esta fue una de las normas del Art. 62º que según lo enfoca conserva la mayoría y que si es una norma fundamental para poder decir que el Perú es un país estable.

El tema de la libertad contractual que hasta ahora no se ha estudiado bien, y que significa todo esto, y tenemos contratos leyes consagrados, que mejor, como ha dicho el Dr. Kresalja los efectos de la libre competencia y el principio democrático y además creo que la experiencia de los últimos años lo demuestra en toda la política tributaria ha estado atacando los contratos leyes y veo poco ánimo en este tema.

EHN: Vamos a hacer la última pregunta. Los procesos de integración económicos mundiales, de la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio, Nafta, el Acuerdo Comercial de Asia Pacífico, requieren de procesos de homologación no sólo de políticas económicas estables, sino también de cambios institucionales comunes a través de la interpretación de la constitución por tribunales constitucionales o la modificación de la norma suprema mediante referéndum como se viene dando en muchos casos de tradición democrática occidental. ¿Consideran que la democratización de las decisiones constitucionales se agota en los órganos de los Estados representativos de Derecho, o es factible que al amparo de la Constitución las instituciones económicas fundamentales como la

política social, la privatización de las empresas públicas o la política de empleo entre otras deban y puedan ser materia de debate en la opinión pública y de votación popular posterior?

FFS: Pienso que los procesos de integración económica evidentemente exigen de alguna manera unas políticas económicas homogéneas, no diría idénticas, solamente homogéneas.

Ahora bien, la experiencia europea a lo que conduce es a que esa homogeneidad no deba entenderse como uniformidad. Ello significa cambios institucionales para acomodar las instituciones de los países de la Unión, la que sea, Mercosur, o la Unión Europea. Una homogeneidad que viene dada en base al acomodo de los ordenamientos jurídicos de cada uno de los países a la norma comunitaria.

Pero a mí me parece que de ahí a defender unas instituciones homogéneas, media una diferencia.

Yo no creo desde este punto de vista que hablar de tribunales constitucionales tenga sentido. En la Unión Europea hay países que cuentan con Tribunal Constitucional y otros que no. Me parece que es un elemento absolutamente accesorio, yo no diría de integración, entendida la integración como homogeneidad de las instituciones, eso sería un puro disparate.

Integración de las políticas sobre la base de unos puntos elementales como los modelos democráticos. Integración de las políticas de empleo, de las políticas sectoriales, de las políticas económicas, pero no de las instituciones democráticas que con unos u otros perfiles cada uno de estos países debe de contar con ellas.

Entonces, ese me parece que es el punto fundamental. Ahora, en ese marco, aquí se plantea la pregunta que pienso que se separa un poco de la reflexión anterior. De si las empresas públicas, la política de empleo, o cualesquiera políticas económicas deben de ser objeto de debate o más bien de debate de la opinión pública. Bueno, evidentemente, claro que deben de estar sujetas en cualquier Estado democrático a la libertad de expresión, a la libertad de los medios.

Ahora, de votación popular posterior, bueno yo no entiendo muy bien que se quiere decir, salvo que se entienda con esa pregunta el referéndum. Yo no creo que en modo alguno deba estar sujeto a referéndum cualquier decisión de la política económica.

Pienso que la voluntad de la ciudadanía se manifiesta cada tres, cuatro, cinco años en los procesos electorales y ahí es donde la opinión pública se manifiesta en torno a la bondad o maldad de determinadas políticas incluyendo las políticas económicas.

A mí me parecería una locura, un dislate, que solo tiene encaje en Suiza por las especiales peculiaridades de la confederación helvética, estar sometiendo permanentemente las distintas decisiones políticas a un referéndum.

JDO: Paco no ha estado acá, y por lo tanto no conoce mucho el contexto exacto de la pregunta. Yo creo que lo que tu preguntas no se refiere a someter a referéndum cada vez que haya una decisión por tomar, sino cuando hay voluntad de determinado sector social de someter a referéndum la privatización se debe o no permitir el referéndum.

Yo creo que voy a repetir un poco lo que ha dicho Paco en el entendido de que hay organismos representativos, por supuesto el debate se da a nivel de Parlamento, lo acompaña la opinión pública por los medios de comunicación o de determinados sectores que se expresan de múltiples maneras, pero obviamente lo que no se puede entender es que si hay el interés de algunos sectores de utilizar el mecanismo de democracia directa vía referéndum, el gobierno mismo que se supone ha consagrado esos mecanismos como gran novedad en la Constitución introduzca modificaciones en las leyes ya no de la Constitución si no las leyes de desarrollo de referéndum para hacer supeditar la convocatoria a lo que diga el órgano representativo. Entonces, obviamente ahí hay una clara muestra que por parte del gobierno hay interés de que pueda ser sometido en todo caso a la votación popular.

Ahora bien, creo que la experiencia, no estoy muy seguro de lo que voy a decir, yo estoy muy influenciado por un libro que acabo de traer de Chile, tengo la impresión de que en otros países que nos sirven de modelo (caso Chile) allí no ha habido nada de esto.

Más bien, la opinión pública fue variando en un momento determinado, hay mecanismos que el gobierno tiene para congraciarse con los otros grupos. El tema de la venta de acciones a los ciudadanos, venta financiada un poco subsidiaria, es un mecanismo para difundir la propiedad de las acciones de las empresas del Estado.

En las experiencias hasta donde he podido revisar en estos días, había sido que el gobierno mismo busca y obviamente tiene mecanismos para comprometer el consenso o la opinión pública a favor de determinadas políticas, como el caso de participación ciudadana.

En fin, creo que hay formas, pero que si hay interés de pronunciarse entonces obviamente que deberían permitirlo.

EHN: Pero en ningún caso podemos decir que son temas técnicos, que están al margen de la discusión de la opinión pública...

JDO: Si recordamos a un vocero de la mayoría, a Trelles, lo que dijo fue que el debate de privatización de algunas plantas de Petroperú no podía llevarse a cabo porque era materia presupuestal y en nuestra Constitución tenemos una norma que dice que los temas tributarios -igual es en Italia- no pueden ser objeto de referéndum.

Pero decir que el tema de privatización es un tema presupuestal, es un absurdo.

Yo creo que, obviamente si la Constitución establecía normas de participación ciudadana, dejemos que exista...pero acá hay otra muestra más que el gobierno utiliza no la vieja reforma constitucional, sino los mecanismos legales para poder modificar la ley de desarrollo.

Lo que dijeron fue: ojo, si es cierto, se necesitan tanta firmas, pero se requiere además, el visto bueno del Congreso, no de la mayoría parlamentaria, pero casi de la mayoría parlamentaria. Obviamente bloquearon cualquier intento.

BKR: Estoy de acuerdo; quisiera agregar solo un par de comentarios, El primero es que una decisión tan importante como la integración económica, debería ser, por ejemplo, consultada. En los procesos de integración que se han producido en los últimos años, como es el caso de la Comunidad Andina, el pueblo no ha sido consultado. En esto sucede algo tragicómico, porque mientras existe una especie de convencimiento panamericano de que todos somos iguales y tenemos el mismo destino en América Latina, en Sudamérica, lo que viene desde las proclamas de Bolívar y el Congreso de Panamá, etc., lo cierto del caso es que los nacionalismos emotivos, creo que inviables, representan un freno a la integración. ¿Quiénes son los que fomentan esa emotividad? Sin duda que muchos intereses, pero dentro de ellos no se ha analizado con detenimiento el papel de las fuerzas armadas como obstáculo para acelerar la integración política y económica, a lo que se suma, claro está, las evidentes dificultades geográficas; por todo ello, creo que debería ser el pueblo el que finalmente decida, porque es una decisión que afecta grandemente su futuro.

En otros temas puntuales, como los planteados por Jorge, muy técnicos, llamar a referéndum no me parece que sea lo más adecuado. Es más, para eso están los partidos políticos y para eso está el debate nacional que cada cierto tiempo se produce, con motivo de las elecciones. Desgraciadamente, creo que los instrumentos de la democracia directa siguen siendo en nuestro medio un arma de gobiernos autoritarios. Si la popularidad del actual gobierno hubiera sido muy alta, es probable que las consultas populares propuestas por diversas entidades y personas hubieran sido llevadas adelante.

EHN: A pesar de que hemos dicho que esta era la última pregunta, aun hay tiempo para una más, que tiene que ver con el rol que debe de tener dentro del campo constitucional la inversión extranjera.

FFS: Yo, simplemente, frente a la inversión extranjera, sería partidario de que sectores claves para la vida del Estado, como por ejemplo la defensa, fueran sectores en donde la inversión extranjera no digo que no pueda de alguna manera participar, pero en donde haya limitaciones a dicha inversión.

BKR: Conuerdo plenamente con Paco; creo que en esta materia los constituyentes se amarraron la soga al cuello, no fueron previsores, lo que resulta explicable de otro lado cuando se dan situaciones tan artificiales como las que dieron lugar a la creación del denominado Congreso Constituyente Democrático. Y sobre la parte final de la pregunta, sobre si actualmente se permite por la vía legal que se establezcan restricciones, la respuesta es que sí es posible, pero con carácter temporal. El Art. 63º indica, por ejemplo, que en el caso de que otros países adopten medidas discriminatorias y perjudiciales el Estado peruano puede adoptar medidas análogas, y el 72º que por ley se puede, por razones de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión y transferencia de determinados bienes; en otras palabras, de acuerdo a nuestra Constitución, el Estado puede establecer restricciones a la propiedad de extranjeros, pero sólo de tipo temporal. ¿Y quién define lo que debe entenderse por temporal? El poder político.

JDO: Yo lo que tengo dudas confieso es si el artículo clave, es decir el artículo 73º que da iguales condiciones a los inversionistas nacionales o extranjeros como está

redactado permite o pueda dar espacio para muchas restricciones. Entiendo justificado el Art. 72°. El problema es el concepto que abarca la seguridad nacional, que no es muy democrático como hemos conversado... y da para muchos pretextos y si bien probablemente mi juicio de valores dice que no es conveniente esto y que el Estado ha debido de reservar, y creo que si además recordamos más adelante que hay otro artículo que también en la parte de la Fuerza Armada...: « que la fabricación y la tenencia de armas de guerra solo es reservada para la fuerza armada y la policía nacional».

Entonces, el tema de seguridad nacional es la orientación, el núcleo pero el punto aquí es ver si esto puede dar pábulo a restricciones de otro tipo como la libertad de prensa en el caso de Baruch Ivcher que es un tema de coyuntura.

Saben lo que han dicho la mayoría, que la libertad de iniciativa para nacional o extranjero es igual, pero la libertad para intervenir en la política no es igual, es potestad de lo nacional, ergo entonces, si juntamos la libertad de empresa con la libertad de actividad política hay que poner restricciones a que los extranjeros sean propietarios de los medios de prensa, eso con una lógica pensada obviamente en el canal 2, lo cual demuestra que este principio impone otro tipo de restricciones.

EHN: Muchas gracias señores.