

La Constitución y la Economía.

LA CONSTITUCIÓN Y LA ECONOMÍA.	1
LA CONSTITUCIÓN COMO DOCUMENTO ECONÓMICO.	11
FEDERALISMO	16
II. LA CRÍTICA ECONÓMICA DE LOS PARTICULARES DOCTRINAS CONSTITUCIONALES	18
DOCTRINAS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITAMENTE ECONÓMICOS	19
EXPROPIACIÓN POSESORIA Y REGULATORIA.	20
LIBERTADES PERSONALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS.	20
UNA DOBLE MORAL	20
LOS EFECTOS MACROECONÓMICOS DE LA CONSTITUCIÓN	21
LA VISIÓN ECONÓMICA DEL CONSTITUCIONALISMO.	23
LAS CRÍTICAS ECONÓMICAS A LAS DOCTRINAS CONSTITUCIONALES.	27
DOCTRINAS CONSTITUCIONALES DE LÓGICA ECONÓMICA.	27
LAS FALLAS DEL MERCADO.	28
LAS FALLAS DE JERARQUÍA.	29
EL ESTADO Y LAS CUESTIONES ECONÓMICAS.	30
¿QUE HA DE PRODUCIRSE?	31
¿CÓMO DEBE PRODUCIRSE?	31
¿PARA QUIEN HA DE PRODUCIRSE?	32
¿CÓMO SE TOMAN LAS DECISIONES?	32
LA ECONOMÍA NORMATIVA Y LA ECONOMÍA POSITIVA.	32
“LA MANO INVISIBLE” EN LOS MERCADOS COMPETITIVOS.	34
LOS DOS TEOREMAS FUNDAMENTALES DE LA ECONOMÍA DE BIENESTAR.	34
PRIMER TEOREMA FUNDAMENTAL.	35
SEGUNDO TEOREMA FUNDAMENTAL.	35
UN ANÁLISIS NORMATIVO.	36
EL ANÁLISIS POSITIVO.	37

El libro más importante en economía política aplicada no está hecho todavía. Sería aquel que tuviese por objeto estudiar y exponer la incoherencia de nuestra legislación civil de origen greco-romano, con las leyes naturales que rigen los hechos económicos y los medios prácticos de ponerla en consonancia con ellas.¹

Los abogados conocemos profundamente las características del discurso constitucional, somos expertos en la argumentación de acuerdo con los límites y reglas establecidos en el derecho. De esta manera utilizamos argumentos normativos, sobre la historia constitucional, sobre las fuentes históricas del texto analizado, sobre los precedentes judiciales a que dio origen y finalmente conceptos mucho más indeterminados como los fundamentos éticos de la norma. Raramente analizamos las consecuencias de una decisión

¹ Alberdi, J.B. *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Buenos Aires, 1954, Editorial Luz del Día. Capítulo III # 3.

judicial, o de una norma jurídica. En esta obra proponemos concentrarnos en los efectos económicos de las normas constitucionales, ya sea que éstas provengan del texto constitucional en sí mismo o a través de concretización en un precedente constitucional. La herramienta utilizada es el análisis económico del derecho, es decir, el uso de herramientas creadas por la doctrina económica, o más precisamente, microeconómica, para determinar las consecuencias de las normas jurídicas. Supone la asociación de la ciencia normativa más antigua como es el derecho con la ciencia social más precisa en sus predicciones, como es la economía. Es una unión que revoluciona la visión del derecho.

La visión del abogado es generalmente práctica, está menos interesado en el tamaño óptimo del gobierno que en los límites que la Constitución establece a la acción de los gobernantes. Por ejemplo, tomemos el ejemplo de la delegación legislativa, el abogado medio no está interesado en las formas de la labor parlamentaria a menos que ésta influya en la división de poderes y de esta manera pueda tener una consecuencia concreta en un caso. Si el derecho constitucional es considerado una materia de prestigio dentro de las investigaciones jurídicas es porque se considera que los argumentos de los constitucionalistas pueden influir en las decisiones de la Corte Suprema. Es por ello que existe un particular interés en los temas constitucionales que pueden llevar a una decisión judicial, es decir a las consecuencias concretas de la aplicación de la Constitución. Ahora bien, ¿Qué elementos integran el discurso constitucional? Hay un discurso histórico utilizado para revelar las intenciones de los constituyentes y para determinar la evolución de las normas constitucionales en el tiempo. El discurso filosófico provee de justificaciones éticas para los temas centrales del derecho constitucional tal como son control judicial, para la determinación de la razonabilidad o para una solución socialmente aceptable en casos particulares. Pero una visión retrospectiva nos indica que los constitucionalistas nos hemos ocupado demasiado en temas de teoría general del derecho, de la interpretación de normas y de la historia constitucional y no lo suficiente en los problemas estratégicos básicos que las constituciones deben resolver. Entre ellos puedo citar la distribución del poder, la jerarquía de la autoridad, la elección de los gobernantes, y sobre todo sobre la manera que el gobierno ejerce el poder que la Constitución le ha otorgado.²

Es probablemente este sea un buen momento para que los constitucionalistas prestemos nuestra atención a estos temas.

La despreocupación por las consecuencias de las normas puede llevar a fracasos institucionales. Hay fracasos institucionales cuando se

² Eric A. Posner *STRATEGIES OF CONSTITUTIONAL SCHOLARSHIP Law and Social Inquiry*, Spring 2001

eligen soluciones ineficientes, es decir, distribuciones de derechos que dejen a algún sector peor de lo que estaba sin que exista un beneficio para ningún otro sector. Deben entonces buscarse soluciones que cumplan con un criterio de eficiencia, es decir, que mejoren a las personas cuya situación se desea beneficiar, pero sin empeorar la de otros, o por lo menos, que las ganancias sean superiores a las pérdidas, lo que permitiría eventualmente efectuar compensaciones.

Los abogados tenemos un gran interés, y en ocasiones también respeto, por la ley. Pero no nos preocupamos sobre cual es el origen de ésta. Es decir conocer qué mecanismo decisorio dió origen a la norma. En principio, sólo nos interesa el resultado, la norma, y en mucha menor medida, el procedimiento que le dió origen. Este tema nos lleva a reflexionar sobre **los grupos de interés** organizados que influyen en las legislaturas con el objetivo de obtener leyes que transfieran recursos de la población. A través de contribuciones en las campañas electorales, la organización de votantes, la provisión de información y asesoramiento a los legisladores y gobernantes, y la promesa implícita de incorporarlos a la actividad privada luego que finalice la actividad pública, los grupos de interés pueden extraer concesiones legislativas y regulatorias, que el público, desorganizado e ignorante, no descubre y por lo tanto no puede castigar a través del voto. Existe, en esos casos, una falla institucional porque los grupos de interés “pagan” por leyes que los benefician menos que lo que perjudican al público. Es decir, existe una transferencia de rentas que es ineficiente. Se plantea en esos casos, el conflicto reflejado en el modelo de principal – agente, es decir que los intereses del principal, en este caso el elector, están en conflicto con los intereses del agente, en este caso el legislador. Una solución posible es la utilización del control judicial como remedio a éstos costos de agencia.

La Constitución, en este marco del derecho y economía, es un contrato que acepta la población, es decir, que la Constitución incluye un contrato que establece derechos y cargas, tanto a la población como al gobierno que organiza. Este modelo nos permite utilizar la teoría económica de los contratos para analizar el comportamiento constitucional. En principio, la Constitución es un contrato muy general, si fuera uno muy detallado requeriría de reformas cotidianas, lo que iría en contra de la vocación de futuridad que tiene todo texto constitucional. Pero, al mismo tiempo, la existencia de cláusulas genéricas hace que la Constitución no cumpliera con el objetivo de dar garantías concretas a los habitantes, ya que la vaguedad de las normas permitiría interpretaciones contradictorias o interesadas. Es por ello que **la Constitución establece un órgano de gobierno para interpretarla**. Este órgano de gobierno es **la Corte Suprema** y los tribunales en general. **La Corte es el agente de la generación actual que vive bajo una Constitución, el principal en esa relación son, por una parte, los constituyentes que sancionaron la Constitución y por la otra la población que busca en el tribunal normas**

constitucionales que resuelvan sus conflictos. La Corte, por una parte, resuelve los conflictos de concentración de poder entre las ramas políticas y por otra, determina normas que aunque no se encuentran estrictamente en el texto constitucional pero que se requieren como solución a conflictos sociales. **Estas decisiones son respuestas a juegos de coordinación.** Se incluyen entonces en el análisis constitucional las pautas de la teoría de los juegos.³ La sociedad considera que el tribunal puede dar buenas respuestas sobre que normas deben establecerse, por lo tanto la decisión judicial se auto aplica. No solamente no se rechazarán los precedentes constitucionales de los tribunales, sino que los habitantes anticiparán sus comportamientos previendo las decisiones judiciales que tendrán lugar sobre un posible conflicto. De esta manera llevará a que más personas elijan estrategias idénticas en anticipación que otros harán lo mismo. De esta manera, la función de la Corte es la de decidir conflictos entre equilibrios múltiples en juegos de coordinación actuados por los individuos en todo el país.⁴ Los poderes políticos no desafiarán a la Corte en la medida que crean que los ciudadanos responden a lo que el tribunal dice. Los ciudadanos responden a lo que la Corte dice, porque sus decisiones coinciden generalmente con sus preferencias, por lo tanto, la adaptación que requiere una nueva decisión no es dislocadora de la voluntad social. El aumento del poder del tribunal es, en gran medida, debido a la ambigüedad de las normas y puede entonces escoger entre alternativas, pero cuando el texto constitucional o los precedentes existentes son precisos, las personas pueden no adaptar su comportamiento a la nueva norma propuesta y los poderes políticos pueden reaccionar frente al tribunal.

De esta manera, la historia constitucional consiste en vaivenes entre momentos de activismo que ocurren cuando la Corte tiene una reputación de identificar correctamente las normas que requiere la sociedad, anticipando tendencias, limitando las ambigüedades y resolviendo conflictos. O momentos de pasividad que ocurren luego que la Corte sufre un golpe en su reputación porque se extendió excesivamente en la interpretación constitucional.

La jurisprudencia constitucional será incoherente o intransitiva si existen decisiones inestables o cíclicas. Esta situación ha sido puesta en evidencia por la paradoja de Condorcet y más precisamente por el Teorema general de la imposibilidad de Arrow.⁵ Ello conforma la llamada “dependencia del camino” por la cual la forma de tomar la decisión influye sobre el resultado, independientemente de la voluntad

³ Sobre el tema de la utilización de la teoría de los juegos al derecho ver Baird, Gertner, Picker. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press, 1998.

⁴ El ejemplo del juego de coordinación es cuando dos personas quieren encontrarse, si un jugador está un lugar durante el día, el otro jugador estará en una mejor situación si está en ese lugar para encontrarlo que si lo espera en otro lugar y a otra hora. Si ambos eligen para encontrarse en la ventanilla de la estación de ferrocarril, tendrán una estrategia común para encontrarse. Cf. Baird, Gertner & Picker, p. 40.

⁵ Kenneth J. Arrow, *Elección social y valores individuales*. Planeta Agostini. Ed. Original 1951.p. 110.

de los decisores, en este caso los jueces. Es una explicación a la inestabilidad de los precedentes y una manera de prevenir su difusión. El haber resaltado la **eficiencia del derecho de precedentes** es una de las contribuciones del análisis económico del derecho.

Algunos críticos del análisis económicos del derecho han señalado que representa un cierto “imperialismo” de los economistas que pretenden avanzar con sus recetas sobre las otras ciencias sociales. La situación es realmente la inversa, una vez conocido lo necesario de método económico, son los investigadores especializados en el derecho los que deben avanzar sobre el tema. Podemos recordar la opinión de Ronald Coase:

Pero si la principal ventaja que trae el economista a las otras ciencias sociales es simplemente su manera de observar el mundo, sería difícil de entender que una vez que el valor de esa sabiduría económica es reconocido ésta no fuera adquirida por algunos practicantes en esos otros campos. Esto es lo que ocurre actualmente en derecho y en ciencia política. Una vez que algunos de estos practicantes hayan adquirido las sencillas pero valiosas verdades que la economía tiene para ofrecer, y ésta es la respuesta competitiva natural, los economistas que tratan de trabajar en las otras ciencias sociales habrán perdido su ventaja principal y se enfrentarán a competidores que sabrán más que ellos sobre el tema. En esa situación, solamente un economista extraordinariamente capacitado tendrá la posibilidad de hacer una contribución a nuestro conocimiento de las ciencias sociales.⁶

La Constitución actúa como un triunfo en un juego de cartas, es decir, es la más fuerte de las normas y prevalece cuando es contradecida por cualquier otra. Al mismo tiempo una constitución está más arraigada y es más conocida que el resto de las normas y es mucho más difícil de reformar. Cuando una ley se hace más general y poderosa, cambiarla causa gran perturbación. Para evitar estas perturbaciones, las leyes generales deben cambiarse menos rápidamente que las leyes particulares. Consecuentemente, cambiar la Constitución generalmente requiere de un procedimiento extremadamente complejo, mucho más que la sanción de una ley o la aprobación de un reglamento o la ratificación de un tratado, hay, por lo tanto, una relación entre la generalidad de las normas y los costos de transacción para cambiarlas. Este elemento de generalidad en la Constitución amplía los argumentos que se pueden utilizar en un debate constitucional, por lo que la argumentación puramente normativa no parece suficiente para completar el debate que integra el texto constitucional muy general. La pregunta que se nos presenta es si necesitamos la colaboración de las ciencias sociales para la

⁶ Ronald Coase, *Economics and contiguous disciplines*. En *Essays on Economics and Economists*. University of Chicago Press. 1994. p. 45.

interpretación constitucional. La influencia de las ciencias sociales en el Derecho debe dirigirse a conocer las consecuencias que los actos del legislador, del constituyente, del administrador y del juez tendrán entre los particulares, ya sea las partes en un caso, como en toda la sociedad.

Uno de los elementos que se debe incorporar a ese debate son los argumentos sobre las consecuencias económicas que tendrá cada interpretación. La Constitución es de alguna manera el límite entre el derecho y la pura argumentación política y económica, pero debido a la generalidad de los textos constitucionales, argumentos históricos, filosóficos, religiosos, políticos, sociológicos y económicos son habitualmente utilizados para describir o completar una norma constitucional. Esta falta de límite en los argumentos puede llevar a que las constituciones y sus interpretaciones causen sufrimiento en vasta escala, o establezcan las bases para la libertad y la prosperidad de la nación. Por lo tanto, al hacer una Constitución, al reformarla, al interpretarla, se entra en un juego de apuestas muy elevadas y es importante que la teoría constitucional que se aplique lleve a la prosperidad y bienestar de los habitantes. Al analizar las consecuencias de las normas constitucionales, la teoría constitucional informa al público, guía a los políticos y mejora las decisiones de los tribunales. Las consecuencias para el bienestar general de las interpretaciones alternativas de la Constitución deben contar como argumento para todos, incluyendo a los jueces. Es decir, que antes de tomar una decisión constitucional deben tenerse en cuenta las consecuencias de cada alternativa.

Normalmente la teoría constitucional se concentra en determinar cuales son los conceptos que describe el texto de una norma. Sin embargo, el significado de las palabras de la Constitución y las intenciones de los constituyentes no pueden predecir la respuesta de las personas frente a la ley. Desde el punto de vista de una persona que se toma las consecuencias con seriedad, los teóricos de la Constitución se concentran demasiado en las palabras correctas y no demasiado seriamente en las causas concretas. Es decir, corresponde también analizar la extensión de las consecuencias que tendrán para la sociedad las palabras de la Constitución. Existe una confusión de algunos críticos del derecho y economía de suponer que la teoría económica coincide con el utilitarismo. Esto es incorrecto en principio pero con otro defecto suplementario, que es que quienes parten de ese preconcepto creen que con la crítica al utilitarismo es suficiente para desvirtuar el razonamiento económico. Hay también una tendencia en la teoría constitucional a concentrarse en argumentos filosóficos y descartar argumentos basados en la economía. La metodología económica es suficientemente amplia y comprobada y no coincide con una posición filosófica. Por el contrario, la economía positiva se limita a determinar los efectos de cada alternativa normativa y deja la decisión final al político o al juez.

La existencia de una Constitución parte de la limitación que los ciudadanos ponen al futuro comportamiento del gobierno. En este sentido, es útil la metáfora del contrato, ya que la Constitución es similar al comportamiento de una persona que se compromete a un comportamiento futuro firmando un contrato y asumiendo los costos del incumplimiento. La Constitución representa el más fuerte compromiso jurídico de una sociedad. Una vez establecida la Constitución crea incentivos a los funcionarios y a los ciudadanos para hacer o no hacer ciertas cosas. A pesar del tumulto de la política que oscurece estos incentivos la utilización de la teoría económica permite descubrirlos.

La democracia es un sistema de competencia popular para la dirección de los poderes monopólicos del Estado. Todo gobierno ejerce un monopolio del poder público y puede utilizarse para analizarlo los modelos que existen sobre monopolios. Al mismo tiempo, la extensión y amplitud de la **competencia política** es lo que distingue a la democracia de otras formas de gobierno. Las elecciones competitivas hacen que el gobierno responda a los ciudadanos de la misma manera que los mercados competitivos hacen que la economía responda a los consumidores. La competencia electoral es la mejor garantía que el Estado dará a los ciudadanos las leyes y los bienes públicos que prefieren. Esta creencia conjuntamente con la definición de la democracia como competencia popular para dirigir los poderes monopólicos del Estado implican que la democracia es la mejor forma de gobierno para **satisfacer las preferencias políticas de los ciudadanos**. Las otras formas de gobierno que pueden ser la monarquía, una dictadura individual, una teocracia, un partido hegemónico, una clase social dominante o una burocracia que se separa de la competencia popular, son **formas no competitivas de gobierno**, y de esta manera pueden ser descritas como formas o **tipos diferentes de monopolios**. La democracia es un gobierno competitivo y sus alternativas son gobiernos monopólicos. **Los monopolios típicamente otorgan a sus dueños beneficios excepcionales a expensas del resto del pueblo**. Como poder más amplio en una sociedad, el Estado es potencialmente el monopolio más exitoso y proveedor de medios para cualquiera que puede controlarlo, y es también el más peligroso para todo el resto. Cualquiera sea su forma, el monopolio político es el enemigo de la democracia.

Al competir en la actividad política una persona debe decidir su comportamiento anticipando el comportamiento de los demás y anticipando las respuestas que los demás tendrán a su actividad. Por esta razón, **la competencia política es estratégica**. La teoría económica de modelos es utilizada para predecir el comportamiento estratégico. Se puede analizar las constituciones democráticas utilizando modelos de comportamiento estratégico desarrollados para

los mercados y adaptados a la actividad política. Las ciencias sociales aspiran a reemplazar los juicios intuitivos con pruebas, pero las pruebas científicas requieren información. Si bien los estudios empíricos son muchas veces realizados utilizando información limitada, es preferible utilizar análisis empíricos imperfectos que análisis perfectos pero no empíricos. Es decir, análisis no empíricos son los que provienen fundamentalmente de un razonamiento histórico o ideológico. Una de las presuposiciones del comportamiento estratégico es la racionalidad individual. Esta es una medida útil aun cuando pueda parecer imperfecta si se tienen en cuenta doctrinas psicológicas. Un modelo económico es correcto **si permite predecir el futuro**, sin tener en cuenta si las bases de análisis son incorrectas.

Utilizamos doctrinas contractualistas como modelo para describir la Constitución. Aun cuando, las doctrinas contractualistas no tengan un contenido histórico, es interesante el concepto de contrato social como elemento preconstitucional y como forma de legitimación de la Constitución existente. El contractualismo está incluido en la teoría de la elección pública, el *Public Choice*. Esta doctrina analiza el hecho que los gobiernos asignan los bienes públicos mientras que los mercados asignan idealmente los bienes privados. La democracia requiere que un grupo de personas decida a través de una votación mientras que un individuo puede decidir por si mismo, si compra un producto en el mercado. Esta doctrina utiliza modelos económicos de comportamiento racional para explicar las actividades de las instituciones políticas, incluyendo las normas sobre el comportamiento de las mayorías y de los representantes y funcionarios en el gobierno.

Dentro de los instrumentos que utiliza el análisis económico del derecho podemos mencionar **la teoría de precios**. Por ejemplo si legisladores se preguntan como el público responderá a la modificación de una obligación dentro de una norma, por ejemplo, si se requiere que el Estado indemnice a los propietarios de terrenos expropiados para la construcción de proyectos públicos, esta decisión, ¿Llevará a que la inversión privada en propiedad inmueble aumente? Sin análisis económico del derecho los juristas responderán a estas preguntas de la misma manera que sería en la época de los romanos, es decir utilizando la intuición y los datos que puedan encontrar. Sin embargo **si utilizamos la teoría de precios que es precisa tenemos una respuesta exacta y confiable.**

La teoría de precios ha sido aplicada al derecho para reinterpretar las sanciones establecidas en la ley como si fueran precios. Si bien en el Derecho Constitucional no siempre las normas tienen establecida una sanción explícita que se aplique en caso de incumplimiento, las normas fundamentales proveen el marco para competir en la actividad política. Toda Constitución democrática provee un marco de reglas para la competencia por los cargos

públicos. Una Constitución efectiva constriñe y canaliza la competencia política. En todo juego interactivo los jugadores trazan estrategias para anticipar los movimientos de los otros jugadores. Esto lleva a algunos jugadores a simular comportamientos como ocurre con cualquier juego de equipos como el fútbol u otros deportes. Pero en los mercados perfectamente competitivos hay demasiadas transacciones para que un solo actor económico pueda tener efectos sobre el precio, por lo **tanto la teoría de los precios asume habitualmente que el actor actúa de una manera no estratégica**. Por el contrario, en **la teoría de los juegos, se analiza el comportamiento estratégico que supone que existe cuando el número de competidores es limitado o pequeño**.

El derecho y la política sin embargo incluyen muchas veces **pequeños números de actores que se comportan de manera estratégica**. Es el caso de quienes litigan en un pleito o quienes son candidatos en elecciones, conforman estrategias anticipando el movimiento de sus oponentes. Corresponde utilizar la teoría de los juegos para analizar los problemas en Derecho Constitucional que se refieren al comportamiento estratégico. En cambio, cuando existen muchas transacciones en mercados competitivos, ningún actor puede afectar el precio, de la misma manera en el caso de elecciones cuando hay muchos votantes ninguno de ellos puede influir la elección con su voto. En los mercados competitivos y en las elecciones la gran cantidad de actores generalmente impide que los individuos actúen en forma estratégica. En estas circunstancias la teoría de los precios provee una herramienta analítica adecuada.

Otro elemento a considerar es el de los **costos de transacción**, que son los costos que surgen debido a la interacción entre las personas. Su utilización más importante y, sin duda, la más conocida, es el teorema de Coase. El teorema tiene muchas versiones pero en general considera que la negociación tiene éxito, independientemente del derecho aplicable, en la medida que los costos de transacción sean bajos. El análisis de los costos de transacción es uno de los elementos centrales en el análisis económico del derecho. Coase insistía que una de las funciones principales que debían tener economistas y abogados en el futuro era determinar la extensión de los costos que tenía cada transacción. Muchos de los costos de transacción son los que surgen de la aplicación del derecho.

El análisis económico del derecho incluye dos tipos de valores que son **la eficiencia y la distribución**. El análisis económico intenta explicar como las normas influyen en la producción y distribución de ingresos y riqueza de grupos de personas. La economía es la ciencia social que se especializa en la eficiencia y la distribución. Estos dos valores tienen una base política diferente. Todos consideramos que al buscar objetivos correctos es mejor hacerlo eficientemente que hacerlo en forma ineficiente. Nadie señala públicamente que se debe gastar

dinero de más. Por el contrario, mucha gente de distintas visiones políticas está en importante desacuerdo en el tema de la distribución. Hay quienes consideran que el Estado debe favorecer la igualdad al redistribuir el ingreso, y otros objetan la redistribución del ingreso en forma obligatoria. Existen doctrinas económicas que sostienen posiciones enfrentadas en este punto. Ahora bien, la distribución es un tema central en el debate constitucional que trata los problemas de la igualdad económica y de la pobreza. Aún cuando las constituciones redactadas en el siglo XVIII y XIX no mencionaban estrictamente el tema de la redistribución de ingresos, estos temas se planteaban al analizar la protección de los derechos de propiedad y también la cuestión de la igualdad como valor constitucional. Las constituciones que tienen contenidos sociales redactados en épocas posteriores han establecido cláusulas importantes en materia de redistribución de ingresos. Aunque estos derechos sociales establecen objetivos sin establecer de que manera se implementan. Existe también una vieja tradición en la economía que impone tasas progresivas y que transfiere ingresos a los ciudadanos más pobres. Los Estados llamados de bienestar continúan políticas redistributivas a través de la legislación y por lo tanto la redistribución es un tema central en el análisis económico del Derecho Constitucional.

El primer objetivo en la Constitución es **imponer el Estado de Derecho y proteger la libertad**. La teoría de los juegos provee una visión útil de este objetivo. Un jugador lleva adelante **la estrategia minimax⁷ en un juego cuando minimiza el daño máximo que pueda sufrir**. En un juego de suma cero minimizar el máximo daño es equivalente a maximizar el mínimo beneficio. De esta manera se puede decir que una estrategia minimax es igual que una estrategia maximin. Cooter⁸ habla de la Constitución minimax en un concepto que dice que minimiza el daño cuando las peores posibilidades políticas se materializan. La Constitución **minimax** busca los **objetivos políticos clásicos de seguridad, legalidad y libertad**. Luego de proveer seguridad, legalidad y libertad una Constitución puede buscar la prosperidad de sus ciudadanos. Para obtener la prosperidad la Constitución debe proveer un marco jurídico para asignar los recursos en forma eficiente en los bienes públicos y en los bienes privados. **El marco legal incluye mercados competitivos para los bienes privados y políticas competitivas para los bienes públicos**. La organización de competencia política para dar a los ciudadanos las normas y los bienes públicos que desean es una tarea que debe cumplir la Constitución. Y este es un razonamiento de proceso. Es decir que como forma de determinar un valor constitucional podemos señalar que la Constitución es también un proceso por el cual eficazmente se proveen bienes públicos, se proveen normas, se provee un sistema eficaz de competencia política, se

⁷ También llamada estrategia maximin cuando el jugador maximiza el daño mínimo que pueda sufrir.

⁸ Robert Cooter. *The Strategic Constitution*. Princeton, 2002.

provee un sistema eficaz de protección de los bienes privados que desean los habitantes. También se provee una defensa de la autonomía de la voluntad a través de la libertad de contratar.

Podemos citar a David Hume que dice “*Al organizar cualquier sistema de gobierno y al establecer diversos frenos y controles a la Constitución, cada hombre debe ser supuesto un canalla, y que no tiene otro fin en todas sus acciones que su interés privado*”.⁹ Debido a que la actividad pública trae gente muy talentosa que tiene ambiciones inmensas¹⁰ y puede traer al mismo tiempo al gobierno su vitalidad, su inteligencia y también una fuente de peligro. De esta manera el análisis económico supone habitualmente que los individuos buscan su interés privado definido en forma estricta en términos de riqueza y de poder.

La Constitución como documento económico.

La Constitución es un documento económico, pero el significado es esta palabra es en alguna medida equívoco.¹¹

La primera visión sobre una teoría económica de la Constitución fue creada por Charles Beard en una obra muy difundida particularmente en las décadas de los años '20 y '30 en la que sostenía que el objetivo de la Constitución era el de redistribuir la riqueza de los sectores más pobres de la sociedad hacia las clases más poderosas que eran a la que pertenecían los constituyentes de Filadelfia. Sostenía también que la Constitución era un documento económico para sostener los privilegios de la clase alta, propietaria de tierras y esclavista, frente a las acciones de sectores empobrecidos.¹² Si bien la recordamos como una iniciadora de la interpretación económica de la Constitución, su utilidad en la actualidad es puramente histórica.

En la idea más reciente, la de Richard Posner, la interpretación económica de la Constitución supone el estudio de por lo menos ocho puntos diferentes:

- (1) La teoría económica del constitucionalismo, es decir, las propiedades económicas y las consecuencias probables que tiene exigir una mayoría calificada para algunas formas de cambio político.

⁹ David Hume, "Of the Independency of Parliament", (1741) in *Essays Moral, Political, and Literary*. Rpt. Oxford: Oxford University Press, 1963, pp. 40-47. La versión original dice: *Political writers have established it as a maxim that, in contriving any system of government and fixing the several checks and controls of the constitution, every man ought to be supposed a knave and to have no other end, in all his actions, than private interest. By this interest we must govern him and, by means of it, make him, notwithstanding his insatiable avarice and ambition, cooperate to public good.*

¹⁰ *A veces tan grandes como sus egos.*

¹¹ Richard A. Posner, *The Constitution as an economic document*. *George Washington Law Review*. November, 1987

¹² C. BEARD, *AN ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES* (1913).

- (2) La teoría económica del diseño de las reglas que constituyen un sistema político, y por lo tanto (a) de la separación de poderes dentro del gobierno federal y (b) del federalismo (es decir, la superposición de soberanía el gobierno federal y la de las provincias).
- (3) Los efectos económicos de determinadas doctrinas constitucionales, tales como la regla de exclusión de prueba en los casos penales o las limitaciones de los que la Corte Suprema ha impuesto en defensa de la libertad de expresión a demandas en contra de los medios de comunicación por calumnias e injurias
- (4) La interpretación de las doctrinas constitucionales que pueden tener una lógica económica implícita como la libertad de expresión, que puede concebirse como un garante de un mercado libre de ideas, la cláusula comercial, cuando se imagina como un garante de una mercado nacional único, y la cláusula de no confiscatoriedad, cuando se concibe como un garante de los derechos de propiedad.
- (5) propuestas de interpretación de la Constitución para que sea una protección integral de la libertad de mercado.
- (6) El problema del dualismo en la interpretación constitucional frente a la paradoja de la Corte Suprema está comprometida con la libertad en la esfera personal y casi indiferente a la libertad en la esfera económica.
- (7) La relación entre la Constitución y el crecimiento económico.
- (8) La medida en que los jueces deben sentirse libres de utilizar el análisis económico como una fuente de mejor información para la interpretación constitucional.

1. La teoría económica del constitucionalismo, es decir las características económicas y sus consecuencias de requerir mayorías calificadas, o súper mayorías para lograr cierto tipo de cambios políticos. Esto se asocia a la idea de Buchanan que la existencia de una Constitución supone la existencia de requerir mayorías amplias para tomar ciertas decisiones. Si solo se requiriera una mayoría simple, o una única mayoría, aunque fuera calificada, para todas las decisiones colectivas no existiría una Constitución.¹³

Palabras como "constitución" y "constitucionalismo" tiene múltiples significados. Se puede hacer referencia a la idea de gobierno limitado, a las reglas constitutivas del gobierno y tipo de normas que no pueden ser revisadas por el proceso legislativo ordinario. Es el último de estos significados que voy a empezar, porque es quizás la característica más distintiva de la Constitución de que sólo se puede cambiar por una

¹³ Ver en general sobre este tema. BUCHANAN & TULLOCK, *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*. Planeta Agostini. (1962).

mayoría calificada y un procedimiento complejo. Esta característica plantea la cuestión sobre la que hay una literatura económica sustancial de lo que las reglas constitutivas y los derechos individuales deben ser colocados fuera del alcance de la mayoría circunstanciales, aún de amplias mayorías circunstanciales. Existe un problema económico inherente a la decisión de tener una constitución escrita que no se puede cambiar a través del proceso legislativo ordinario y es el problema de la gobernabilidad por las normas en el tiempo.

El problema ha sido discutido ampliamente en relación con los contratos a largo plazo en general y en particular con los contratos de largo plazo y la regulación de los servicios públicos. Un contrato no puede ser revocado o modificado sin el consentimiento unánime de las partes. En este sentido, es similar a una constitución, ya que requiere una mayoría calificada y un procedimiento complejo para modificarse, que a una ley, que requiere sólo una mayoría para ser modificada y por lo tanto, es relativamente fácil de cambiar según puede requerir el cambio de las circunstancias. Al igual que una constitución, pero a diferencia de una ley, un contrato se establece una norma que es difícil de cambiar porque está diseñado para gobernar el futuro.

Es un contrato contingente con el gobierno relación con las eventualidades que pueden ocurrir por las normas en el tiempo. El costo de anticipar y predecir de forma explícita todas las contingencias posibles es muy alto, y en el caso de un contrato diseñado para permanecer en vigor por tiempo indefinido donde rigen una amplia gama de interacciones sociales, es a todos los propósitos prácticos infinito. De manera que si surge alguna contingencia, ¿cómo buscar una respuesta específica para ella dentro del contrato? Una posibilidad es una interpretación por un tribunal que permite suministrar la solución que las partes podrían haber propuesto si el contrato se hubiera negociado con referencia a esa contingencia. La dificultad es que si la contingencia se produce muchos años después de que el contrato fuera redactado, puede ser casi imposible para un tribunal averiguar lo que las partes hubieran decidido hacer con especial referencia a la contingencia que se había previsto.

Otra posibilidad es la renegociación por las partes. Esta solución puede ser razonablemente satisfactoria si la situación es un monopolio bilateral, y por lo tanto de dependencia mutua, lo cual crea una presión para una solución aunque a través de negociación costosa. La situación tiene mayores complejidades en los casos en que donde una parte del contrato va a tener el monopolio de la contingencia que se produce, por ejemplo, donde una sola empresa (ferrocarriles, proveedor minorista de electricidad, la compañía telefónica local, etc) debe enfrentarse a una masa de consumidores organizados por tiempo indefinido. Esta en esencia sería la situación en el derecho constitucional si la Constitución solo resuelve conflictos

previstos y sería considerado inoperante si no es un problema advertido y resuelto por los redactores de la Constitución, dejando las demás disposiciones constitucionales de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo.

Otra posible solución reglamentaria es tener un órgano de representación permanente de los consumidores frente al contratista de servicios públicos. Este órgano se aproxima dentro de la estructura de la Constitución a la función de la Corte Suprema, que está diseñada para ser independiente de los otros poderes del Estado. Cuando se ve así, como una especie de protector de reglamentación de la ciudadanía, la Corte no puede adoptar una interpretación restrictiva del texto constitucional, ya que el texto no se prevén todas las contingencias posibles, especialmente los que surgen en un período de más de ciento cincuenta años. Desde esta perspectiva, el significado del texto constitucional como una restricción general a en los tribunales en el establecimiento de amplios límites externos para el ejercicio de la discreción judicial y no en la descripción de las reglas reales de decisión. Como una cuestión realista, este enfoque se describe al derecho constitucional, sino que es un cuerpo de normas creadas por los jueces, restringidos por la Constitución pero que no deriva de ella en un sentido estricto.

Los precedentes judiciales no son solo normas sino fundamentalmente estándares.

Una norma es una directiva precisa que deja poca discrecionalidad a quienes la aplican o interpretan, un estándar en cambio proporciona una cierta dirección, pero permite un alto grado de discrecionalidad a quienes deban aplicarlo. Un estándar es más adaptable a las circunstancias cambiantes que una norma y es por lo tanto, preferible cuando lo que se reglamenta es un futuro indefinido.

La existencia de derechos individuales nos lleva a preguntarnos cómo una constitución podría incluir protecciones importantes para las minorías desfavorecidas, como los acusados de delitos o miembros de sectores marginales, ya que una minoría lo suficientemente poderosa como para obtener la protección constitucional no tendría miedo frente a la legislación adversa. Tres respuestas posibles vienen a la mente. En primer lugar, quienes temen un día convertirse en miembros de una minoría desfavorecida podría apoyar la protección constitucional de las minorías, incluso a costa de ampliar la protección a las personas que desagradan. Por otra parte, y este es mi segundo punto, los intereses de grupos minoritarios y mayoritarios, o de grupos minoritarios que agregándose forman una mayoría, puede estar tan entrelazados que exista un apoyo mayoritario a una disposición constitucional, porque los integrantes de estos grupos temen que el equilibrio del poder político puede algún día modificarse en su contra. Tercero, los grupos de interés no están excluidos de la

deliberación constitucional, y un grupo minoritario puede tener el poder político para obtener una disposición constitucional aunque sea contraria a la voluntad de la mayoría de los votantes.

2. La economía del diseño constitucional, de las reglas constitutivas del sistema político y también (i) la separación de poderes dentro del gobierno nacional y (ii) del federalismo, es decir de la soberanía compartida del gobierno nacional y las provincias.¹⁴ Esto incluye también las consecuencias de los sistemas electorales y la influencia de los grupos de interés en la legislación y la administración.

El punto esencial, sin embargo, es que la distribución de poderes legislativo, ejecutivo y judicial entre las diferentes ramas, con o sin mucha superposición entre ellos, incrementa los costos de transacción de gobierno. El gobierno eficaz requiere la concurrencia de los tres poderes. Por lo tanto, la separación produce una situación análoga a la un duopolio o de un monopolio trilateral. Aunque no son idénticos debido a que ninguna de las ramas es un maximizador de beneficios, tanto los incentivos para impedir el acuerdo y los incentivos para negociar una solución de beneficio mutuo son diferentes que en el caso habitual de monopolio bilateral. Sin embargo los costos de transacción de gobierno con división de poderes son de hecho más altos de lo que serían en un sistema unitario.

Es una cuestión teórica determinar si la separación de poderes establezca una mejora neta de bienestar social en comparación con sistemas parlamentarios. En estos los poderes ejecutivo y legislativo se confunden primero en el parlamento en luego y fundamentalmente en el Consejo de Ministros, además en los tribunales aunque gran medida independientes en el mismo sentido que nuestros tribunales, no tienen el poder para invalidar la legislación. Una respuesta inicial indica que la separación de poderes aumenta la eficiencia del sistema político, ya que favorece una mayor transparencia en el proceso legislativo, permite normas más estables reduciendo los costos de información, y baja los costos de transacción del control sobre los actos de gobierno a través del acceso a jueces con competencia constitucional.

Otro matiz es que la separación de poderes puede reducir así como elevar los costos de transacción del gobierno, no sólo por el aumento de la deliberación, sino también al permitir una utilización más eficiente de la división del trabajo. Si la estabilidad de los jueces

¹⁴ Prefiero utilizar la palabra soberanía provincial, limitada por la Constitución, que la palabra autonomía que me parece más apropiada al concepto de la autonomía de la voluntad de las personas. El concepto de una soberanía limitada coincide también con la expresión de los constituyentes norteamericanos y argentinos. La idea de una soberanía ilimitada del Estado es un sinsentido y también contrario a la idea del estado de derecho.

estuviera sujeta a las vicisitudes políticas, sería difícil atraer a personas capaces a que hicieran una carrera en la justicia, la ley sería aún menos estable de lo que es, porque iba a cambiar con los cambios en las opiniones o deseos de los legisladores poderosos, y la calidad de la justicia dispuesta por los tribunales dependientes sería baja en los casos en que legisladores o funcionarios políticos demuestran su interés. Incluso podría ser difícil para el Congreso para hacer acuerdos con grupo de interés que son como un elemento básico de la actividad legislativa. Porque para ello se necesita un poder judicial independiente que asegure el acuerdo con sus términos originales, y no un poder judicial que se doblega con cada brisa que surja de la voluntad del Presidente o del Congreso. Para un grupo de interés es más probable llegar a un acuerdo si se tiene cierta confianza en que va a obtener beneficios que se extienden más allá del plazo de la aprobación del Congreso.

La separación de poderes es en parte un esfuerzo por aumentar la eficiencia gubernamental mediante la adaptación de la estructura institucional para determinadas tareas gubernamentales. Al mismo tiempo al invertir los diferentes poderes gubernamentales en ramas diferentes e independientes limita en el crecimiento del gobierno.

Federalismo

La distribución de poder entre el gobierno nacional y las provincias, podría parecer simplemente otro aspecto de la separación de poderes. Esto es cierto en un sentido pero no en otro. Es cierto en el sentido de que el gobierno de la descentralización, como la creación de oficinas especializadas, puede aumentar la eficiencia. El federalismo permite evitar las enormes desventajas de escala que se encuentran para gobernar una sociedad tan grande, poblada y compleja de como la nuestra desde un gobierno descentralizado

También se fomenta la experimentación con diferentes métodos de prestación de servicios gubernamentales y puede fomentar la prestación de servicios adaptados a las diferentes condiciones locales, aunque éstos son en realidad aspectos de cómo evitar las desventajas de escala.

Sin embargo, el federalismo no aumenta sustancialmente los costos de transacción de gobierno de la misma forma en que lo hace la separación de poderes porque el gobierno nacional siempre limita y aún anula la actividad regulatoria de las provincias. Si el gobierno federal podría gobernar sólo con el consentimiento de los gobiernos de las provincias, tendríamos una federación, no una nación, y los costos de transacción de gobierno serían extremadamente elevados. Pero, por supuesto, el federalismo aumenta los costos de transacción en un

sistema jurídico más complejo que si tuviéramos un sistema judicial unitario con una aplicación uniforme de la ley.

El punto que quiero destacar es la eficiencia de parcelar los poderes gubernamentales entre los que compiten las instituciones. Con respecto a los poderes del Estado que desempeñen en el ámbito estatal, o incluso más claramente en el nivel local, existe una competencia entre los gobiernos para ofrecer un buen servicio a bajos costos tanto tributarios como por mejor provisión de servicios. Los gobiernos que no lo hacen tienden a perder a los residentes e inversiones frente a las demás. Es tipo de competencia que existe también a nivel internacional, pero en forma severamente atenuada ya que los costos de transacción de trasladar personas y bienes a través de fronteras internacionales son muy elevados. En cambio son muy bajos entre provincias. La competencia no es perfecta no sólo hay costos de la reubicación, sino que muchos activos imponibles son inmóviles, la tierra y los recursos del subsuelo, por ejemplo. Los constituyentes fueron prudentes al crear una estructura competitiva entre las provincias dentro del mercado único en el territorio nacional. En la cláusula comercial que autorizó el Congreso para regular el comercio interprovincial e internacional (art. 75 inc. 13) y por lo tanto evitar que las provincia puedan imponer externalidades perjudiciales hacia otras o sus habitantes y para internalizar las externalidades beneficiosas, otras disposiciones también limitan el poder de las provincias de establecer impuestos que puedan distorsionar el comercio interprovincial o internacional. Los gobiernos provinciales no quieren competir entre si, porque de esa manera si bien se ofrecen mejores bienes y servicios a los habitantes, se reducen los ingresos que los gobernantes pueden disponer. Es habitual que los gobernantes locales formen oligopolios para disminuir y aún eliminar la competencia entre las provincias. A esta práctica que busca quitar la eficiencia del sistema político federal creado por los constituyentes, se la llama con el nombre algo pomposo de “federalismo de concertación” aunque un nombre más correcto sería “eliminación de la competencia del federalismo a través de oligopolios gubernamentales”.

La garantía del debido proceso y la garantía de la igualdad tributaria proporcionan cierta protección a los propietarios de los recursos inmóviles que sin estas protecciones federales podrían estar a merced de la expropiación por cualquier gobierno local. Si los gobiernos estatales y locales sólo fueran las conveniencias administrativas decretadas por el gobierno central, que no sería obstáculo para la centralización, es decir, el monopolio gubernamental. Solo

puede existir federalismo en la medida en que los gobiernos locales sean independientes del gobierno central y proporcionan alternativas competitivas para los consumidores de servicios gubernamentales aunque hoy en día sean muy limitados.

Pero la descentralización es un arma de doble filo. Esto otorga al gobierno una mayor eficiencia de costos, pero todo lo que esto significa es que permite al gobierno hacer más con una cantidad determinada de recursos. El resultado no puede ser un gobierno más pequeño con la misma producción de servicios, sino un gobierno igual de grande o más grande, con una mayor producción de servicios, y la mayor producción puede ser ineficiente, ya que puede tomar la forma de interferencias económicas injustificadas, redistributivas o paternalistas con un fuerte agravio a la libertad comercial y personal.

II. La crítica económica de los particulares doctrinas constitucionales

La función del análisis económico es recordar a los tribunales que todas las doctrinas jurídicas tienen un costo. Al mostrar los costos, ya sea analítica o cuantitativamente, el análisis económico puede ejercer una presión justificada a los partidarios de las diferentes doctrinas regulatorias para que se establezcan posibles compensaciones a quienes sufren por la nueva regulación. Por ejemplo, la regla de exclusión de la prueba mal obtenida en materia penal, habitualmente llamada 'los frutos del árbol prohibido', conduce a una disuasión excesiva para las investigaciones policiales. Los costos resultantes del proceso legal, y para la sociedad, en forma de una tasa de criminalidad más altas, ya que las investigaciones penales se hacen más engorrosas e inciertas, pueden estar equilibradas si existe una pena sustitutiva a través de la responsabilidad civil. que si está bien configurada proporcionan un elemento disuasorio adecuado. Si la sanción por el delito civil está limitada a condena por un delito penal, como ocurren en la Argentina, la regla de exclusión es doblemente costosa para la

sociedad.¹⁵

Doctrinas constitucionales Implícitamente Económicos

Una serie de disposiciones de la Constitución tienen una lógica económica implícita. Esta es quizá la más clara con respecto a la cláusula comercial "negativa" o "durmiente", es decir, la interpretación de la cláusula de comercio como la prohibición de las provincias para levantar barreras al comercio interprovincial a menos que el Congreso las autorice. Cuando así se interpreta, la cláusula de comercio se convierte en una carta para el libre comercio en toda la Nación, es decir transforma a todo el territorio en un mercado único. un objeto de un análisis económico y relacionado con un federalismo eficiente. Por la preservación de la soberanía de las provincias por los redactores de la Constitución crean el peligro de que, como naciones independientes, las provincias podrían ser presionadas por los grupos de interés para establecer barreras comerciales. La cláusula comercial "negativa" es un dispositivo para prevenir que algunas provincias pudieran abusar de su "poder de mercado" y por lo tanto asegura que el principio federal se utilice para promover en lugar de retardar la competencia interprovincial con el objetivo de optimizar el costo y la calidad de los servicios gubernamentales.

Toda la actividad racional implica un equilibrio entre los pros y los contras de una decisión, y si bien la economía se encuentra en su más amplio sentido como la ciencia de la elección o ciencia de las alternativas¹⁶, pero esto no significa que cada elección requiere de un análisis económico. Por otra parte, las cosas podrían no ser adecuadamente convertidas en valores monetarios ni siquiera en principio, o podría tener una ponderación de una manera alejada del cálculo económico. Este tipo de argumentos supone una forma vacía del análisis económico del derecho que se conforma con pegar la etiqueta económica a todas las

¹⁵ Para una visión más amplia sobre este tema ver Akhil Reed Amar, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*. Yale University Press, 1998.

¹⁶ Según la expresión de Wilhelm Röpke, ver. Juan Vicente Sola *La Corte Suprema y el análisis económico del derecho*. Revista Jurídica *La Ley*.

circunstancias jurídicas que requieran analizar alternativas.

La prohibición de la extracción de pruebas mediante tortura salta fácilmente a la vista para ser objeto de un análisis económico.¹⁷ Una larga historia de uso de la tortura ha demostrado que es un método ineficiente de la investigación y la prueba criminal. Tiene costos muy altos de error, crea mucho sufrimiento gratuito, y los encargados de hacer cumplir la ley no utilizarán los recursos adecuados para resolver crímenes difíciles, ya que a veces es más fácil de extraer una confesión de una persona inocente por la tortura que a condenar a una persona culpable.

Expropiación posesoria y Regulatoria.

Limitar la cláusula expropiación a la incautación de la propiedad privada e ignorar por completo los efectos de la regulación en la disminución o incluso la destrucción del valor de la propiedad es erróneo, porque las consecuencias de los dos tipos de actos gubernamentales son a menudo las mismas. Es cierto que también hay diferencias. Muchas personas más se ven afectados por una regulación que por una expropiación posesoria, lo que hace más factible la organización de la resistencia política. Al mismo tiempo los costos de compensación son mayores cuanto más personas son afectadas por expropiación regulatoria y este número puede no fácilmente previsible.

Libertades personales y libertades económicas.

Una doble moral

Entre las décadas de 1890 y finales de 1930 la Corte Suprema norteamericana y en cierta menor medida la argentina eran extremadamente activas frente a las violaciones de la libertad económica, pero prestaban poca atención a las infracciones de los derechos civiles o

¹⁷ Como lo hizo Beccaría en su obra famosa obra *De los delitos y las penas* de 1764, recordemos que Beccaría era profesor de derecho y economía y que en 1804 se publicarían sus clases como *Elementos de economía pública*

libertades civiles. En EEUU esta situación se revirtió plenamente a partir de la década del '50 y en la Argentina a partir de 1983. No hay una explicación satisfactoria para este cambio de actitud aunque puede señalarse como un cambio de énfasis en la eficiencia de hacer hincapié en los valores de distribución, y una visión más amplia sobre el papel del gobierno durante este intervalo.

No es cierto que los constituyentes pensaran que las libertades personales eran más dignos de protección constitucional de las libertades económicas o que la competencia de los grupos de interés de alguna manera producir un óptimo social. Basta para demostrar ello una breve lectura a la obra de Alberdi, Sistema Económico y Rentístico de la Constitución de la Confederación Argentina. Tampoco es cierto que los tribunales sepan más sobre el ámbito personal y social que sobre el ámbito económico, es confundir la técnica con la dificultad, como si la evaluación de las consecuencias de una norma de control de alquileres, que es una forma de impuesto sobre los propietarios y tema de una literatura económica amplia y convergente, fuera más difícil de evaluar un impuesto a los periódicos o las implicaciones éticas y las consecuencias sociales de la despenalización del aborto.

Los Efectos Macroeconómicos de la Constitución

la Constitución garantiza la autonomía o soberanía limitada a los estados y por lo tanto aumenta la probabilidad de que los servicios gubernamentales, incluyendo la provisión de un sistema de justicia, seguridad y educación que permitan la protección de la propiedad básica y los derechos contractuales , se proporcionen de manera eficiente. la Constitución a través del gobierno federal aumenta la eficiencia, ya que evita que el sistema federal degenera en una confederación, llena de externalidades. La cláusula comercial y la cláusula de privilegios e inmunidades son dispositivos con este fin, como lo es la cláusula de habilitación del Congreso para expedir las patentes y derechos de autor y de la cláusula que otorga al Congreso

nacional el monopolio de la ley de quiebras a fin de evitar la fuga de los deudores a las provincias en los que podrían influir sobre el gobierno y evitar el cumplimiento de sus deudas.

La Constitución tiene otros efectos económicos. Al poner los arreglos básicos gubernamentales más allá del control del proceso político normal, libera las energías de las personas para que puedan dedicarse a las actividades productivas privadas. Las cuestiones políticas básicas han sido simplemente eliminadas de la agenda por hacer los arreglos fundamentales muy difícil de cambiar. Un gobierno suficientemente fuerte como para mantener la ley y el orden, pero demasiado débil para lanzar y ejecutar planes ambiciosos de la regulación económica, o imponer en una redistribución extensa hacia sus simpatizantes políticos, es probablemente el gobierno óptimo para el crecimiento económico.

Los efectos económicos, definidos en forma amplia, de **doctrinas constitucionales específicas**. Es el caso del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, en cuanto a las limitaciones de los juicios contra los medios de comunicación. Es conveniente conocer sus consecuencias económicas.

La interpretación de las **disposiciones constitucionales** que puedan tener una **lógica económica implícita**, como son la libertad de expresión como garantía del mercado libre de ideas, la cláusula comercial como garante de un mercado común en nivel nacional, y las normas sobre expropiación y contrarias a la confiscación concebidas como garantía a los derechos de propiedad.

El análisis de la inclusión en el derecho constitucional de **otros mecanismos de protección** del mercado, como son las cuestiones de **equilibrio presupuestario** y el control en la asunción por la Nación y las provincias de **deuda pública**.

El problema del dualismo, que supone el análisis que la Corte Suprema sea un activo garante de las libertades personales y al mismo tiempo permanezca indiferente a las libertades económicas. En este punto basta simplemente recordar la jurisprudencia de sobre emergencia económica instalada definitivamente en la década del '30 sin prácticamente un límite posterior.

La **relación** existente entre **la interpretación constitucional y el desarrollo económico**. En este sentido la importancia que ha adquirido la llamada cláusula del progreso en el establecimiento de privilegios tributarios.

La extensión en la cual los **jueces** pueden **utilizar el análisis económico** en la interpretación constitucional, de la misma manera que utilizan métodos de otras ciencias sociales, como la historia, la sociología y la ética.

Intentaré hacer una introducción a alguno de estos temas.

La visión económica del constitucionalismo.

El término constitucionalismo incluye varios significados, supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección de los derechos humanos. Supone también que la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria, se requiere una mayoría calificada o una súper mayoría.¹⁸ Esto también plantea la necesidad de establecer que derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

El problema económico que plantea la existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, es el de la estructura de gobierno (governance) de las normas en el tiempo¹⁹. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y solo tendrían los límites de las convenciones constitucionales.²⁰

El tema de la estructura de gobierno ha sido debatida en torno de los contratos de largo plazo y a situaciones similares como son las concesiones de servicios públicos. Un contrato no puede, en principio, ser reformado o anulado sin el consentimiento unánime de las partes. En este sentido el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro.

Tradicionalmente el concepto de Constitución ha sido asociado al contrato social. Las doctrinas contractualistas clásicas desde Hobbes han sido base para la creación de constituciones que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del constitucionalismo en la idea que la Constitución es aceptada por

¹⁸ Cf. En este tema la obra ya mencionada de Buchanan & Tullock y además, G. BRENNAN & J. BUCHANAN, THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY (1985)

¹⁹ La palabra "governance" utilizada particularmente por la escuela neo institucional en economía puede ser traducida como "estructuras de gobierno" o "buen gobierno".

²⁰ Es decir un límite puramente cultural, según la expresión de Dicey. Pero nuestra tradición política no ha tenido un respeto generalizado de las normas constitucionales, sino todo lo contrario.

todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por otros e impuesta a los ciudadanos. En cuanto los límites del contrato social que establece la Constitución puede hacerse referencia a las acciones privadas fuera de la autoridad del Estado establecidas expresamente en el artículo 19. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados a la idea contractualista de Constitución.

Un contrato que establece una estructura de gobierno para interpretar las normas que se aplicarán en el tiempo para resolver contingencias probables o hipotéticas es un “contrato contingente”. El costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran ocurrir es muy elevado. En el caso de contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido o gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la posibilidad de contingencias es muy grande. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas especificadas en el contrato. Una alternativa frente a estas circunstancias es una interpretación del contrato hecha por un tribunal que pueda ofrecer la solución que las partes hubieran podido brindar si hubieran negociado con relación a esta contingencia concreta. La dificultad es que la contingencia puede ocurrir muchos años más tarde de la redacción del contrato y a un tribunal puede resultarle imposible imaginar lo que las partes hubieran resuelto en esa contingencia si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto contractual.

Otra alternativa es una renegociación entre las partes. Esta solución podría ser razonable si la situación es un monopolio bilateral en los que existe una dependencia mutua que crea un incentivo para encontrar una solución, aunque también la negociación es costosa. Esta solución es inaplicable en los casos que una parte en el contrato tenga un monopolio cuando la contingencia ocurre, como es el caso de una empresa de servicios públicos, que debe enfrentar un conjunto de consumidores desorganizados en un futuro indefinido. Esta última sería la situación del derecho constitucional si la Constitución debiera enfrentarse a problemas no previstos en su texto por los constituyentes, y dejara a los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo.

Otra solución posible es que exista una agencia permanente que actúe como representante de los consumidores, este es el marco constitucional de la Corte Suprema, que fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Cuando es percibida como un protector regulatorio de la ciudadanía, la Corte no puede adoptar una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular

las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. De esta manera la importancia de la Constitución es que establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas consecuencias son variadas y precisas, expresiones como “usar y disponer de su propiedad” o “bienestar general” han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Podemos entonces describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación, si bien limitado por el texto de la Constitución, antes que como el agente de los constituyentes. Esta última situación no es realista ya que los costos de agencia serían muy elevados porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron extremadamente vagas y aún los textos modernos pierden actualidad con el paso del tiempo. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser un agente fiel del pasado.

El tema de los incentivos judiciales lleva a la perplejidad, ya que la estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario tienden a reducir la función del interés propio en la toma de decisiones por los jueces. Podemos entonces preguntarnos porque las minorías confían en la protección que les brindan los jueces y que incentivos tienen éstos para apoyar a éstos grupos antes que a la mayoría que es generalmente más poderosa.²¹ Al mismo tiempo ¿no deberían las minorías concentrarse en el proceso legislativo donde los grupos de interés, que invariablemente son grupos minoritarios, tienen éxito influyendo en la legislación? La respuesta no puede ser definitiva, pero la estabilidad judicial, tanto en el cargo como en el salario, les permite dar soluciones independientes de la influencia política y en este caso pueden proteger a las minorías “discretas e insulares” que no tienen protección en el proceso legislativo.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como incluidas en el consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran poseído una

²¹ La función judicial en la protección de las minorías “difusas o insulares” fue establecida en la nota N° 4 en el voto del Chief Justice Harlan Stone en el caso “U.S. vs Caronene Products” y también analizada en la obra de John Hart Ely, “Democracia y Desconfianza”.

información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. En general apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, la Constitución no es estrictamente uno. Ello no impide que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional.

La interpretación constitucional plantea costos, costos debido a la inflexibilidad si las normas son demasiado precisas o costos de agencia si las normas son demasiados generales. Pero esos costos son aceptables cuando la característica súper mayoritaria que separa a la norma constitucional de otras normas legales es la que permite extraer ciertos temas de la agenda política habitual.

Si tomamos una norma constitucional inflexible pero de fácil interpretación, la que establece tres senadores por cada provincia, dos por la mayoría y uno por la minoría. Si este tema se dejara a la política de voto mayoritario llevaría búsqueda de rentas que serían muy costosas. Porque si el voto de una mayoría simple permitiera variar la representación política o expropiar la riqueza de una minoría, se dedicarían recursos enormes para lograr esa legislación o para evitarla. Baste recordar las consecuencias que para el erario público tuvo la reforma constitucional para lograr la reelección presidencial en 1994. La existencia del requisito súper mayoritario que tiene la norma constitucional, limita el debate legislativo a cuestiones de menor importancia, donde el riesgo para la libertad o los bienes de las personas no permite por su magnitud el gasto desproporcionado de recursos para redistribuir la riqueza entre las personas.

Posner señala que la preocupación para obtener un presupuesto equilibrado, inclusive a través de una reforma constitucional,²² debería concentrarse en una prohibición constitucional de la búsqueda de rentas a través de una legislación puramente distributiva. Una ley que distribuya rentas no aumenta el tamaño del producto social sino que en la práctica lo reduce ya que los grupos de interés dedicados a la obtención de rentas invertirán recursos para obtener la sanción de la norma. De la misma manera quienes se opongan a ella porque disminuye un privilegio existente gastarán recursos para resistir su sanción. Por lo tanto existe un argumento económico para prohibir este tipo de legislación y puede hacerse a través de una reforma constitucional. Un argumento contrario a este tipo de norma es muy difícil de identificar por los tribunales ya que generalmente toda legislación que redistribuye recursos utiliza en su

²² Ver el caso de la ley de Presupuesto equilibrado y control de emergencia del déficit de 1985, también llamada ley Gramm – Rudman. Esta ley fue declarada inconstitucional en el caso *Bomshar v. Synar* 478 US 714 (1986).

justificación argumentos basados en temas sociales o de salubridad o de seguridad.

Existe una paradoja referida a los derechos de las minorías, por un lado existe la tradición constitucional originada en la nota N° 4 en *Carolene Products* que un mayor escrutinio debe realizarse cuando una norma discrimine contra minorías discretas o insulares. Pero al mismo tiempo una minoría suficientemente poderosa que pueda obtener protección constitucional no debería temer una discriminación realizada por medio de la ley. Pueden imaginarse tres respuestas. La primera es que personas que teman pertenecer a una minoría desfavorecida en el futuro favorecerían una protección constitucional para todas las minorías aún en casos de personas que les disgustan. Una segunda posibilidad es que los intereses de los grupos mayoritarios y minoritarios puedan estar tan imbricados que se pueda formar una amplia mayoría que apoye una norma constitucional porque los miembros de estos grupos teman que el equilibrio del poder político pueda variar en contra de alguno de ellos. Finalmente, los grupos de interés participan también de las deliberaciones constitucionales y un grupo minoritario puede tener la fuerza política necesaria para obtener una norma constitucional que lo favorezca a pesar que una mayoría de votantes no la busque.

Las críticas económicas a las doctrinas constitucionales.

Si bien no todas las disposiciones de la Constitución aumentan la eficiencia. El análisis económico del derecho se caracteriza por demostrar la falta de sentido de algunas normas con referencia a sus consecuencias.

Una función del análisis económico es recordar que todas las doctrinas jurídicas tienen costos. Al establecer y precisar esos costos, tanto analítica como cuantitativamente, el análisis económico pone a la vista los problemas que la aplicación de una doctrina puede tener. Al mismo tiempo indica que quienes las sostienen, en el caso de ser grupos de interés pueden obtener rentas indebidas. Esto supone la extensión del análisis de costo beneficio para conceder una precisión al control de razonabilidad ya existente. Al establecer una relación entre el objetivo buscado por la norma, que incluye una determinación precisa del riesgo que se quiere evitar, y la valoración del costo que la reglamentación establece sobre la sociedad, el análisis de costo beneficio le otorga al juez elementos certeros para resolver adecuadamente los casos.

Doctrinas constitucionales de lógica económica.

Algunas normas constitucionales tienen una lógica económica implícita. Es el caso de la cláusula comercial en cuanto impide a las provincias establecer barreras al comercio interprovincial a menos que el Congreso las autorice. De esta manera la cláusula comercial establece una pauta de libre comercio creando un mercado único. El riesgo del federalismo es que algunos gobiernos provinciales puedan ser influidos por grupos de interés para establecer barreras comerciales. Como la competencia interprovincial es imperfecta ya que los factores no pueden moverse entre las provincias sin costo, existe el riesgo que se establezcan límites al comercio interprovincial. Sin una provincia prohibiera la importación de un producto para proteger a los productores locales, los consumidores sufrirían un perjuicio y por ser un grupo difuso y no organizado, por oposición a los productores que generalmente están organizados en cámaras, no podrían cambiar la norma. Al mismo tiempo por los altos costos de relocalizarse no podrían irse a vivir a otra provincia donde no existiera ese perjuicio.

Al mismo tiempo no podemos imaginar al mercado sin un sistema jurídico que lo sostenga. El sistema jurídico cumple cinco funciones económicas primordiales: primero, define derechos de propiedad y métodos para transferirlos (derechos reales y derecho de los contratos); segundo, provee los medios para proteger los créditos (fianza e hipoteca) y modificarlos en caso de imposibilidad de cobro (derecho de quiebras); tercero, establece reglas para la organización de las actividades productivas (derecho societario); cuarto, promueve la competencia vigilando las estructuras de mercado (derecho de defensa de la competencia), y quinto, remedia problemas derivados de asimetrías de información (derecho de protección del consumidor)²³. Todo esto supone una función constitucional en determinar estas instituciones económicas.

Las fallas del mercado.

Desde la gran depresión en la década del 30 los economistas empezaron a considerar un número de aspectos por los que incluso las economías más ricas del mundo no podían satisfacer ciertas necesidades sociales básicas. Como respuesta a la depresión los gobiernos asumieron un papel activo en el intento de estabilizar la actividad económica y aprobaron medidas legislativas para controlar muchos de los problemas: normas contra el desempleo, la seguridad social, la garantía de los depósitos, la estabilidad de los precios agrícolas, entre otros. Estos programas en los Estados Unidos dieron origen al llamado New Deal. Luego de la Segunda Guerra Mundial las economías occidentales conocieron un alto nivel de prosperidad y se planteó la necesidad de afrontar el problema de la distribución del

²³ Spector, Horacio "El costo de la justicia", *Diario Clarín, Suplemento Económico, Domingo 11 de julio de 1999*

ingreso. Debido a que muchas personas debido a su origen social o a su educación parecían estar sujetas a una vida de miseria y tendrían dificultades, entre otras cosas, para obtener trabajos de buena remuneración. Estas diferencias de oportunidades llevaron al gobierno a establecer que los programas de lucha contra la pobreza, que fundamentalmente eran programas destinados a facilitar alimentos, a asegurar empleo y asistencia médica. Frente a estas necesidades que aparentemente la economía de mercado no podía satisfacer, se utilizó el término falla de mercado. Hay un lugar en la teoría económica para el concepto establecido por **Pigou que frente a una falla del mercado debía establecerse la intervención pública**. Es como respuesta a la obra de Pigou que Coase plantearía años más tarde su propuesta de utilizar la negociación entre las partes interesadas para resolver las fallas del mercado.

La utilización de la reglamentación estatal para resolver las fallas de mercado, tal como fuera propuesta por Pigou y aplicada activamente por los gobiernos es criticada contemporáneamente. George Stigler, por ejemplo, señaló que identificar una falla del mercado y recomendar una intervención gubernamental es como otorgar el premio en una competencia musical al segundo ejecutante luego de haber solamente escuchado al primero. El segundo participante puede ser peor que el primero, y la intervención estatal puede ser peor que la falla del mercado.²⁴

Las fallas de jerarquía.

La falla del mercado llevó a la intervención por parte del Estado en programas de regulación económica, estos a partir de la década del 30, incluyeron la activa reglamentación de los mercados incluyendo la existencia de empresas públicas. Frente a la utilización de la reglamentación para resolver el problema de las fallas de mercado se ha presentado el otro inconveniente, el de determinar que **condiciones son necesarias para que funcione bien la actividad estatal y en que condiciones la actividad estatal fracasa**. Las causas de la incapacidad sistemática del Estado para cumplir con sus objetivos de reglamentación económica pueden reducirse a cuatro.

1) Información limitada.

Muchas medidas tienen consecuencias complejas y difíciles de prever. El alto costo de la información no sólo limita la actividad de los particulares sino también la del Estado.

2) Control limitado de las empresas privadas.

El Estado no controla totalmente las consecuencias de sus decisiones. Si por ejemplo, se aprueba una ley que regule el precio de los alquileres urbanos y no fue previsto por quienes la sostuvieron que los

²⁴ Citado en Robert Coote, *The Strategic Constitution*, Princeton, 2002, p. 140.

propietarios que ofrecían viviendas se orientarían hacia otras inversiones, si disminuía la rentabilidad de las locaciones. En esos casos la consecuencia fue la disminución de la oferta de locaciones urbanas y el deterioro de los servicios suministrados en esas locaciones.

3) Control limitado de la burocracia.

Cuando el Congreso aprueba las leyes puede delegar su ejecución en la administración. Ésta puede tardar mucho tiempo en redactar los reglamentos cuyos contenidos son necesarios para aplicar la legislación. La administración es la responsable de garantizar el cumplimiento de la norma. En estos casos se presentan dificultades para monitorear por el principal, en este caso el Congreso, las actividades del agente, la administración. Debido fundamentalmente al gran tamaño que la administración pública muchas de las decisiones establecidas en el Congreso o por el Presidente, no tengan una aplicación eficaz. En muchos casos, el hecho que no se cumplan los objetivos del Congreso o de la Legislación no es un intento deliberado de evitar sus decisiones sino la consecuencia de la ambigüedad de las intenciones. Al mismo tiempo se presenta el problema que los administradores encargados de aplicar la ley no siempre la ejecutan de una manera eficiente. Por eso es necesario analizar los incentivos que existen en el sector público y determinar las razones que llevan a los funcionarios públicos a tomar las decisiones que finalmente toman.

4) Limitaciones impuestas por los procesos políticos.

Aunque los gobiernos estuvieran perfectamente informados de las consecuencias de todas sus decisiones, la elección de una de ellas a través del proceso político plantea nuevas dificultades. Las decisiones del gobierno afectan a muchas personas pero son decididas por sus representantes generalmente elegidos en el Congreso. Los encargados de tomar las decisiones tienen que averiguar las preferencias de sus electores y buscar la manera de conciliarlas con preferencias de diferentes grupos de interés y finalmente contraponerlas contra sus propias preferencias. Es por ello que los gobiernos actúan, en muchas circunstancias, de una manera incoherente. Por otra parte los legisladores y en general los representantes políticos, tienen a veces incentivos para actuar en beneficio no de sus representados sino de grupos de interés particulares. Por lo tanto el hecho que los representantes no hagan lo que, en su opinión, es de interés público no se debe a un problema de codicia o de perversidad de unos pocos irresponsables políticos sino que puede ser consecuencia inevitable del funcionamiento de las instituciones políticas en sociedades democráticas.

El Estado y las cuestiones económicas.

La economía ha sido definida en la frase de Carlyle la **ciencia sombría**²⁵ y es el estudio de la escasez o de la manera en que una sociedad decide administrar recursos escasos. La escasez nos obliga a plantear cuatro preguntas fundamentales: ¿qué ha de producirse?, ¿cómo ha de producirse?, ¿para quien ha de producirse? y ¿como se toman las decisiones? La economía del sector público se ocupa de estas decisiones que son diferentes a las que toman el resto de los actores económicos, porque se centra la atención en el papel del Estado y en la medida que éste afecta las decisiones que se tomarán en el sector privado.²⁶

¿Que ha de producirse?

Hay que determinar que parte de los recursos de la sociedad debe dedicarse a la producción de bienes públicos como son la defensa, las relaciones exteriores o la construcción de caminos y cuál de esos recursos se dedican a la producción de bienes privados. Estas alternativas se plantean o se describen en una curva de posibilidades de producción que representa las distintas cantidades de dos bienes que pueden producirse en forma eficiente con una tecnología y con unos recursos dados. Ponemos en el eje vertical a los bienes públicos y en el eje horizontal a los bienes privados. De esta manera una sociedad puede gastar más en un bien público, como es la defensa, pero únicamente reduciendo la parte disponible para el consumo privado, es decir, en la medida que nos desplazemos a lo largo de la curva de posibilidades de producción pueden aumentar los bienes públicos pero disminuyen los privados. En caso que nos ubiquemos en un punto que se encuentra debajo de la curva esa situación es ineficiente porque la sociedad podría obtener una mayor cantidad tanto de bienes públicos como de bienes privados. Si nos ubicamos en un punto que se encuentra por encima de la curva es inalcanzable porque con los recursos y la tecnología disponible no se puede obtener al mismo tiempo esa cantidad de bienes públicos y de bienes privados.

¿Cómo debe producirse?

Esta pregunta se refiere a cuando debe asumir el Estado la responsabilidad directa de producir los bienes que son suministrados

²⁵ "La ciencia sombría" es un nombre despectivo para la economía ideado por el historiador victoriano Thomas Carlyle en el siglo XIX. Carlyle le dio la economía este sobrenombre de "la ciencia sombría" como respuesta a los escritos de finales del siglo XVII el reverendo Thomas Robert Malthus, quien predijo que por un crecimiento proyectado de la población que excedía la tasa de aumento en el suministro de alimentos se produciría el hambre. La frase completa "la ciencia sombría" aparece por primera vez en 1849 Carlyle en el tratado titulado *Occasional Discourse on the Negro Question*, en el que estaba a favor de la reintroducción de la esclavitud como un medio para regular el mercado de trabajo en las Indias Occidentales: "No es un "gaya ciencia", debería decir, como algunos que hemos oído hablar de, no, una ciencia triste, desolada y, de hecho, bastante abyecta y angustiante, lo que podríamos llamar, a manera de eminencia, la ciencia sombría".

²⁶ Para un análisis histórico de la regulación e inversión pública en los Estados Unidos ver la detallada obra de Michael Lind, *Land of Promise: An Economic History of the United States*, Harper, 2012. El capítulo primero *A Land of Promise* señala la importancia que la inversión pública puede tener en la innovación económica.

por él y cuando debe adquirirlos a empresas privadas. La política gubernamental afecta la forma que las empresas producen bienes de acuerdo a la reglamentación que se haga de los bienes que se encuentran en el mercado y también de las actividades que prefiere el Estado producirlas por sí mismo.

¿Para quien ha de producirse?

Esto plantea la cuestión de la distribución. Las decisiones gubernamentales referidas en puestos o programas de seguridad social determinan la cantidad de renta que le queda al individuo para sus gastos. De la misma manera el Estado debe decidir que bienes públicos han de producirse. Un sector se beneficiará de la producción de algunos bienes, en cambio otros sectores se beneficiarán de la producción de otros bienes. La producción de bienes que haga el Estado puede beneficiar a un sector en desmedro de otro.

¿Cómo se toman las decisiones?

Plantea el caso de la toma de decisiones colectivas. En el caso de la economía del sector público la toma de decisiones es un tema más complejo que en otras áreas del conocimiento económico. Los procesos mediante los cuales se toman las decisiones colectivas se refieren a las decisiones que toma la sociedad sobre el derecho vigente, sobre las inversiones en materia de defensa o sobre la educación en general. Las decisiones colectivas son mucho más complicadas que las decisiones individuales de los sectores económicos ya que los individuos suelen tener opiniones diferentes sobre sus preferencias. En la medida que se trate de bienes privados cada persona puede comprar simplemente el producto de su preferencia, pero cuando se trata de bienes públicos se debe tomar una decisión en conjunto. Esto se aplica tanto en las decisiones que toma una familia como en una decisión que se toma en cualquier órgano del Estado. Entonces se deben estudiar y conocer la forma en que se toman las decisiones colectivas en las sociedades democráticas.

La economía normativa y la economía positiva.

Podemos hacer una distinción entre el análisis de las consecuencias de una política pública y la valoración de las conveniencias sobre la misma. El primer análisis se llama economía positiva el segundo economía normativa. La economía positiva se ocupa no sólo de analizar las consecuencias de las medidas gubernamentales, sino también de describir las actividades de la administración y las fuerzas políticas y económicas que dieron lugar a esas medidas. Cuando el análisis supera la economía positiva entra en el campo de la economía normativa que valora la conveniencia de distintas políticas e imagina

otras que puedan cumplir los objetivos fijados. La economía normativa se ocupa de establecer reglas con relación a una política imaginada, se compara el grado en que los distintos programas cumplen determinados objetivos y averigua cual programa puede cumplir mejor ese objetivo deseado. La economía positiva describe simplemente los efectos de un programa sin evaluar si se han cumplido o no objetivos que se pretendían ni se valoran las consecuencias. Ambos enfoques, el positivo y el normativo son complementarios para analizar las actividades que debe realizar la administración o el gobierno porque es necesario saber que consecuencias puede tener cada una de las políticas escogidas. Es preciso poder describir que ocurrirá si el gobierno introduce algún impuesto o si establece un subsidio a alguna industria. Una reglamentación de los derechos analizada desde el punto de vista de la política económica determina si hay personas que salen ganando, por ejemplo en el caso de una norma de protección del medio ambiente habrá personas que podrán respirar un aire más puro, y otras que salen perdiendo, por ejemplo consumidores que pagan precios más altos, fabricantes que reciben menos beneficios y trabajadores que pierden su empleo. La economía normativa se ocupa de elaborar procedimientos sistemáticos con los cuales se pueden comparar las ganancias de los que salen ganando con las pérdidas de los que salen perdiendo y emitir un juicio de valor sobre la conveniencia de la propuesta. Esto da lugar a controversias, muchas de las controversias se deben que una de las partes no es capaz de vislumbrar todas las consecuencias de una política pública. Esto ha ocurrido en el caso clásico de las leyes sobre control de alquileres en que sus defensores no tuvieron en cuenta las consecuencias que tendría para la oferta de departamentos para alquilar.

El método económico cuando analiza las consecuencias de una reglamentación utiliza un modelo. **El modelo intenta describir de una manera simplificada las características básicas de la economía.** Como la economía real es extraordinariamente compleja para ver que ocurre y predecir las consecuencias de un cambio de política es preciso distinguir los rasgos principales de los secundarios. Las características en las que decidamos centrar la atención para construir el modelo dependen de las cuestiones que queramos analizar. **El hecho que los modelos partan de supuestos simplificados de que prescindan de muchos detalles no es un defecto sino una virtud.** Se puede hacer una **analogía con un mapa** donde se puede saber el camino que se va a utilizar para ir al destino querido. Pero el mapa no tiene todos los datos exactos que tiene el camino en la realidad. En caso que necesitemos un mapa más detallado buscamos un mapa que tenga más información o la información precisa o una escala diferente. Un mapa que, como en el cuento de Borges, sea del tamaño de la realidad sería un mapa inútil. En todo análisis económico es necesario utilizar un modelo, que son hipótesis sencillas sobre la respuesta de los actores económicos a los

cambios en la política gubernamental, y sobre la relación de estas respuestas para averiguar sus repercusiones en la economía. Todos utilizamos modelos para analizar los efectos de una política, la diferencia con los modelos económicos es que estos intentan exponer explícitamente los supuestos y asegurarse que son compatibles entre sí y compatibles con los datos existentes.

“La mano invisible” en los mercados competitivos.

Adam Smith en su libro clásico "La riqueza de las Naciones" señaló que la competencia llevaba a los **individuos cuando buscaban sus propios intereses privados a fomentar el interés público como si fueran conducidos por una mano invisible.**

"Lo único que busca es su propia ganancia, y en este, como en muchos otros casos, una mano invisible lo lleva a promover un fin que no estaba en sus intenciones. Y esto no es necesariamente malo para la sociedad. Al buscar su propio interés a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo." ²⁷

Las fuerzas competitivas generan un elevado grado de eficiencia en que la competencia estimula en buena medida la innovación.

Esto parte de la intuición en que se basaba la idea de Smith: Si existe algún bien o servicio que la gente valora pero que actualmente no se produce se estará dispuesto a pagar por él. Quienes deseen ganar dinero siempre buscarán una oportunidad de hacerlo y si el valor que tiene un determinado bien para un consumidor es superior al costo de producción el empresario tiene la posibilidad de obtener un beneficio por lo que se decidirá a producir el bien buscado. De la misma manera si hay un método más barato para producir una mercadería que es la que se utiliza actualmente, el empresario que lo descubra la producirá a un precio más bajo y de esa manera obtendrá beneficios. Existen sin embargo las ya mencionadas fallas del mercado que pueden impedir que los beneficios de la competencia se concreten.

Los dos teoremas fundamentales de la economía de bienestar.

Hay dos teoremas fundamentales de la economía del bienestar. El primero afirma que cualquier equilibrio competitivo o walrasiano lleva a una situación de asignación de recursos económicos que es eficiente de acuerdo a Pareto. El segundo teorema es el inverso del primero. Afirma que cualquier asignación eficiente u óptimo de Pareto es obtenible por un equilibrio competitivo.

27 Adam Smith, versión castellana, Fondo de Cultura Económica, México 1958.

A pesar de la aparente simetría de ambos teoremas, en realidad el primero es mucho más general que el segundo, requiriendo supuestos más débiles.

Primer teorema fundamental.

Según el primer teorema en determinadas circunstancias los mercados competitivos dan lugar a una asignación de recursos que tiene la particularidad que ninguna otra asignación, es decir ningún cambio en la producción ni en el consumo, podría mejorar el bienestar de una persona sin empeorar al mismo tiempo el de otra. Existen muchas otras asignaciones de recursos que mejorarían el bienestar de algunos pero siempre empeorarían el de otros. Las asignaciones de recursos que tienen la propiedad de no poder mejorar el bienestar de una persona sin empeorar el de alguna otra son las que cumplen el **óptimo de Pareto**. Si hacemos un gráfico imaginando una economía integrada por dos personas, donde **especificamos el grado de bienestar de cada uno y lo llamamos utilidad**. Nos planteamos la pregunta si dado el nivel de utilidad de un individuo, ¿hasta donde podemos mejorar el bienestar del otro? El criterio de eficiencia de Pareto es el de imaginar una curva de posibilidades de utilidad en la cual aparece en el eje vertical la utilidad del primer individuo y en el eje horizontal la utilidad del segundo individuo. La curva que muestra el nivel máximo de utilidad que puede alcanzar una persona dado el nivel de utilidad alcanzado por el otro, se denomina **curva de posibilidades de utilidad**. Es una curva descendente. El primer teorema fundamental de la economía de bienestar establece que en determinadas condiciones una economía competitiva alcanza un punto a lo largo de la curva de posibilidades de utilidad. La economía se encuentra a lo largo de la curva pero no por debajo de la misma.

Segundo teorema fundamental.

Según este teorema una economía competitiva puede alcanzar todos los puntos de la curva de posibilidades de utilidad siempre que la **distribución inicial de los recursos sea la correcta**. Es decir agrega a la aplicación del criterio de eficiencia de Pareto la correcta asignación inicial de recursos. Por ejemplo si nos encontramos en un punto de la curva de utilidades podemos hacer variar ese punto quitándole algunos recursos al primer individuo y dándoselos al segundo individuo. De esta manera podemos trasladar la economía de mercado competitiva de un punto a otro sobre la curva de posibilidades de utilidad. Decir que la economía es óptima en el sentido de Pareto no es decir nada sobre las ventajas en la distribución de la renta. Porque en un equilibrio competitivo el primer individuo podría vivir muy bien y el segundo encontrarse en la pobreza más espantosa. Lo único que dice la afirmación que la

economía es óptima en el sentido de Pareto es que no es posible mejorar el bienestar de una persona sin empeorar el de alguna otra, que la economía se encuentra en su curva de utilidades de posibilidad. Sin embargo, el segundo teorema del bienestar afirma que si no nos gusta la distribución de la renta que genera el mercado competitivo no es necesario dejar de utilizar el mercado. **Lo único que tenemos que hacer es redistribuir la riqueza inicial y luego dejar actuar al mercado competitivo.** Cada punto en la curva de posibilidades de utilidad corresponde a una distribución inicial de recursos.

El segundo teorema fundamental de la economía de bienestar tiene una importante aplicación. **Todas las asignaciones eficientes en el sentido de Pareto pueden alcanzarse por medio de un mercado descentralizado.** En un sistema descentralizado las decisiones relacionadas con la producción y el consumo son tomadas por muchas empresas y muchos individuos que integran la economía. En cambio en un mecanismo de asignación centralizado todas las decisiones se encuentran en manos de un organismo, ya sea de una agencia de planificación o de un planificador central. Es bueno tener en cuenta, sin embargo, que ninguna economía es totalmente centralizada. El segundo teorema fundamental de la economía de bienestar establece que para asignar eficientemente los recursos con la distribución deseada de la renta no es necesario que exista un planificador que tenga toda la sabiduría del mundo, las empresas competitivas cuando intentan maximizar sus beneficios pueden hacerlo también como el mejor planificador imaginario.

Este teorema proporciona una importante justificación para utilizar el mecanismo de mercado. El estudio de las finanzas públicas podría reducirse a analizar las redistribuciones correctas de recursos. La razón por la cual el mercado competitivo asigna los recursos de una forma óptima, en el sentido de Pareto, es el objeto de estudio de la teoría de los precios o de la microeconomía. En términos muy generales podemos decir que la competencia conduce a la eficiencia porque los individuos cuando deciden que cantidad deben producir de un determinado bien igualan el beneficio marginal del consumo de una unidad adicional y el costo marginal de comprarla, que es exactamente el precio que tiene que pagar y las empresas cuando deciden que cantidad deben vender de un bien igualan el precio que compran el costo marginal de producir una unidad adicional. Por lo tanto se igualan los beneficios marginales de consumir una unidad adicional y sus costos marginales de producir esa unidad adicional.

Un análisis normativo.

Los teoremas fundamentales de la economía del bienestar son útiles porque definen claramente el papel del Estado. Si no hubiera fallas en el mercado, ni bienes preferentes o meritorios, lo único que tendría

que hacer el Estado sería ocuparse de la distribución de la riqueza. La empresa privada garantizaría que los recursos se utilizaran eficientemente. Si hay fallas importantes en el mercado por competencia imperfecta, por información imperfecta, por haber mercados incompletos, por externalidades, por la existencia de bienes públicos, cabe suponer que el mercado no es completamente eficiente en el sentido de Pareto, lo que sugiere una intervención del Estado. Deben hacerse sin embargo dos importantes observaciones.

En primer lugar hay que **demostrar que existe una forma de intervenir en el mercado que mejora el bienestar general**, es decir, **el bienestar de cada una de las personas sin empeorar a ninguna de ellas**. Es decir el Estado interviene para realizar una mejora en el criterio de eficiencia de Pareto. **En segundo lugar hay que evitar que en el intento de remediar una falla del mercado el proceso político y la estructura burocrática de una sociedad interfieren en la mejora y causen una situación que no cumple con el criterio de Pareto**. De esta manera cuando la información es imperfecta y costosa para determinar si el mercado es eficiente debe tenerse en cuenta los costos de la información, porque la información es también costosa para el Estado como lo es para las empresas privadas. Los mercados pueden ser incompletos debido a altos costos de transacción, pero el Estado también tendría que hacer frente a esos costos, como los costos administrativos de los programas públicos correspondientes.

Sin embargo, el hecho que existan o que pudieran existir decisiones gubernamentales que generen mejoras en el sentido de Pareto no supone necesariamente que la intervención del Estado sea deseable. Es preciso considerar las consecuencias de la intervención en la forma en que es probable que ésta tenga lugar como consecuencia del proceso político. Dado que existen fallas de mercado, tenemos que comprender como funciona la administración pública si queremos saber que probabilidades tiene la intervención del Estado de remediar esas fallas. Los programas de gobierno no son llevados adelante por gobiernos ideales sino por complicados procesos políticos. Es necesario estudiar el proceso político para saber como se gestan las decisiones y que consecuencias tienen.

El análisis positivo.

El análisis del papel del Estado teniendo en cuenta la falla del mercado es en gran parte un enfoque normativo. Proporciona fundamentos para identificar las situaciones en las que debería intervenir el Estado matizado por la consideración de las posibles fallas que esta intervención acarrearía. También existe la visión que **debe hacerse un análisis positivo es decir describir las consecuencias de los programas públicos y la naturaleza de los**

procesos políticos. Este enfoque está basado en que la falla del mercado ha servido como excusa para justificar programas estatales. Esta justificación era puramente retórica. Hay una sustancial diferencia entre el objetivo declarado en un programa de gobierno como sería, por ejemplo, la solución o la corrección de una falla del mercado y los medios que éste establece para obtener ese fin. Se puede utilizar la retórica de la falla del mercado para proporcionar un subsidio, como sería una garantía de sostén de precios y que tiene consecuencias importantes en los precios que pagan los consumidores. En la retórica política generalmente se utiliza como argumento que se va a proteger al pequeño productor de un bien, como es el caso del productor del tabaco, o de los autopartistas en la industria automotriz, cuando en la realidad se aplican programas que sólo sirven para transferir rentas a grandes empresas o empresas multinacionales. En este sentido para comprender mejor el juego de las fuerzas políticas e intereses económicos es **preferible observar como se determina y se lleva a la práctica un programa que analizar objetivos teóricos declarados en la ley.** Una correcta descripción del proceso político y de los incentivos que tengan las personas para participar en él sirve para analizar el comportamiento de la administración pública y también sirve como una herramienta primordial del Derecho y de la Economía. Toda decisión parte de un **análisis positivo** previo.

Buchanan insiste que la función de los economistas es la de limitarse al análisis positivo y no el normativo. La tarea de elegir entre alternativas planteadas por asignaciones posibles de recursos corresponde a otros y no a la función del economista. Su productividad está en la habilidad de buscar alternativas de arreglos sociales que sean Pareto superior. El criterio de Pareto clasifica todas las posiciones en dos grupos excluyentes. Una vez que una posición inicial está identificada explícitamente como no óptima o ineficiente, sabemos que debe existir al menos una posibilidad de movernos de esta posición a una posición que cae dentro de un grupo eficiente. Los economistas no deben actuar como si asesoraran a un déspota ilustrado.²⁸ Esto nos lleva a pensar que las alternativas a que se enfrenta un juez en su decisión son dos posibilidades que compiten para determinar cual cumple el criterio de eficiencia de Pareto. Por lo tanto **el juez debe, si se presentan dos alternativas de asignación de recursos, elegir la que sea más eficiente dentro del criterio de Pareto.** Es decir que ponga a las partes en una situación mejor que la que se encontraban antes del juicio.

²⁸ La frase es de Wicksell, citada por Buchanan en "A Contractarian Paradigm for applying Economic Theory." Cf. James Buchanan, Choice, Contract and Constitutions. Collected Works, t. 16. p.82.

