

El orden de la vida material. Regulación y constitucionalismo económico

Pablo DE LARRAÑAGA



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

EL ORDEN DE LA VIDA MATERIAL
Regulación y constitucionalismo económico

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 926

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Margarita García Castillo
Cuidado de la edición

Cristopher Raúl Martínez Santana
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

PABLO DE LARRAÑAGA

EL ORDEN DE LA VIDA MATERIAL

*Regulación y constitucionalismo
económico*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2021

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 16 de agosto de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-4670-1

*A Manuel Atienza,
de quien he aprendido mucho más
que filosofía del derecho.*

CONTENIDO

Introducción	XIII
--------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO

REGULACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO, TEMAS PARA UNA CONVER- SACIÓN	1
I. El constitucionalismo como contexto de la conversación entre la regulación y el derecho	4
II. Historia, ideas e ideólogos del constitucionalismo económico . . .	6
III. Algunas cuestiones filosóficas del constitucionalismo económico . .	17
1. El problema de la elección constitucional	18
2. Los intereses en el constitucionalismo económico	20
3. La “racionalidad” en el constitucionalismo económico.	21
4. Los valores fundamentales del constitucionalismo económico: justicia <i>vs.</i> eficiencia.	27
IV. La centralidad de los agentes en el constitucionalismo económico	31
V. La naturaleza multi (e inter) disciplinar del constitucionalismo eco- nómico	36

CAPÍTULO SEGUNDO

IDEAS PARA EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO	41
I. Perspectivas del constitucionalismo económico	46
1. Perspectiva histórica.	46
2. Perspectiva teórica	47
3. Perspectiva empírica	48
II. Funciones de la Constitución económica.	50

1. Funciones de organización	50
2. Funciones de corrección	51
3. Funciones de legitimación	52
III. Constitución y mercado	53
1. La Constitución económica y el mercado como mecanismo. . .	53
2. La Constitución económica y el mercado como estructura. . .	55
3. La Constitución económica y el mercado como institución . . .	56
4. La Constitución económica y el mercado como orden económico	58
CAPÍTULO TERCERO	
CONSTITUCIONALISMO, INTERÉS GENERAL Y REGULACIÓN	63
I. La operatividad de la Constitución económica	67
II. Coordinación, acuerdos e intereses	71
III. El interés general proyectado sobre la regulación	76
1. La regulación del mercado como mecanismo	76
2. La regulación del mercado como institución	79
3. La regulación del mercado como orden económico	80
IV. Algunas implicaciones del principio de interés general en el constitucionalismo económico	81
V. La concreción del principio de interés general y los criterios de corrección.	85
CAPÍTULO CUARTO	
UN CONSTITUCIONALISMO PARA EL ESTADO REGULADOR	93
I. El constitucionalismo económico, entre las razones <i>para</i> la Constitución y las razones <i>de</i> la Constitución.	101
II. Orden constitucional y gobernanza	108
1. Constitucionalismo y formas de poder jurídico-gubernamental	110
2. Constitución y <i>potestas</i> : el poder del Estado de derecho	111
3. Constitución y <i>potentia</i> : el poder del gobierno constitucional. . .	116

III. Los modelos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador como elementos del régimen regulativo de los órdenes sociales de acceso abierto (<i>open access social orders</i>)	119
1. Los órdenes sociales de acceso abierto.	121
2. Elementos del régimen regulativo-constitucional de los órdenes sociales de acceso abierto.	124

CAPÍTULO QUINTO

CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS ECONÓMICOS	129
I. Economía, derecho y Estado	134
1. La dimensión estructuradora del derecho de propiedad	134
2. Esferas institucionales y bienestar	136
3. La noción de régimen como herramienta de sistematización	138
II. Regímenes constitucionales de los derechos económicos.	143
1. El régimen de los derechos económicos en el Estado liberal	143
2. El régimen de los derechos económicos en el Estado socialista	147
3. El régimen de los derechos económicos en el Estado de bienestar	151
4. El régimen de los derechos económicos en el Estado regulador	157
5. El régimen de los derechos económicos en el Estado constitucional	160
III. Regímenes de los derechos económicos en el México contemporáneo: breve perspectiva y prospectiva.	163
1. Dinámicas institucionales y económicas en el México contemporáneo	163
2. Tensiones dentro del régimen económico mexicano a la luz de los derechos económicos y tres escenarios problemáticos	168

CAPÍTULO SEXTO

LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA GLOBAL. ¿HACIA UN CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL?	175
I. La estructura regulativa del orden de mercado mundial	182
1. La regulación como organización de la economía global	183

2. La regulación como política económica global	185
3. La regulación como límite de la economía global	187
II. La regulación del mercado global como un orden normativo-institucional autónomo	189
III. La regulación del mercado global y la legitimación del orden económico mundial	192
Bibliografía	201

INTRODUCCIÓN

En otro trabajo he sostenido la necesidad de una teoría robusta de la regulación, descriptivamente amplia y justificativamente coherente. Una teoría amplia implica ir más allá de las nociones de fallo del mercado y/o fallo del Estado y, consecuentemente, no reducir la regulación al análisis de las funciones de las normas e instituciones como condición de eficiencia del mecanismo de mercado *vis à vis* las capacidades del Estado para alcanzar fines públicos. Una teoría coherente de la regulación debe dar cuenta, además de las funciones de la regulación de los órdenes económicos de mercado, de su relación con los órdenes jurídico y político, y de sus efectos en las formas alternativas de organización social a la luz de sus condiciones de legitimidad, a saber: del bienestar de las personas involucradas.

Abordar sistemáticamente estas temáticas es una condición necesaria para formular una teoría del orden de la vida material que, a un tiempo, dé cuenta de su objeto y aporte criterios de evaluación de las prácticas de organización colectiva contemporáneas, que suelen recogerse bajo la idea de Estado democrático de derecho. Es decir, se trata de una teoría que no ceda ante la aparente oposición entre los valores que solemos recoger bajo los rótulos de eficiencia y de justicia, sino que aporte criterios para su complementación, no sólo en los distintos niveles de organización de la vida social (económica, política, jurídica, etcétera), sino también respecto de otras formas de coordinación colectiva o comunitaria (cultural, religiosa, etcétera). Desde esta posición, la coherencia en la justificación del orden económico en su conjunto y de las medidas regulativas particulares —constitucionales, legales, administrativas, etcétera— depende de que, en tanto arreglos y procesos normativo-institucionales, las actividades de mercado y la acción gubernamental sean compatibles con las demandas de tres cuerpos normativos que identifican a la modernidad: la democracia, el constitucionalismo y el capitalismo.

Lo anterior, como veremos, es una condición necesaria para que el ejercicio de autoridad, por un lado, sea un instrumento eficaz para establecer las condiciones del ejercicio de derechos y la realización de políticas públicas y, por otro, exprese efectivamente las razones públicas, los principios y valores,

que sustentan la organización del poder social en torno a la realización de la autonomía individual. Es síntesis, se trata de una condición necesaria de los órdenes económicos de mercado democráticos.

Esto es así porque, como es sabido, aunque, lamentablemente, olvidado con demasiada frecuencia, para que las democracias alcancen algo más que sus efectos retóricos o su carisma aspiracional, deben generar entornos que impacten positivamente en el bienestar material de las personas involucradas en la comunidad política de referencia. Para ello, se requieren ineludiblemente dos cosas: primero, la intervención efectiva de la forma de acción colectiva que podemos identificar con la idea de gobierno —y, en particular, respecto de la actividad económica, una regulación que responda a la idea robusta que he apuntado— y, segundo, por exigencias tanto de eficacia como de legitimidad, que tal regulación se lleve a cabo mediante cierto tipo de instituciones, entre las que destacan aquellas que conocemos como Estado “constitucional” de derecho. Esto es, se requiere de ciertas formas específicas de organización del poder público, con el objeto de controlarlo y, aún más importante, de crearlo y de ejercerlo.

En este trabajo me ocupo de algunas cuestiones relacionadas al constitucionalismo económico desde una perspectiva regulativa. En la forma robusta en la que la entiendo, una perspectiva regulativa del constitucionalismo implica, al menos, tres “giros” de perspectiva que conviene aclarar en las líneas introductorias.

En primer lugar, una aproximación regulativa supone aproximarse a los fenómenos normativos desde la perspectiva de las condiciones e impactos de su efectividad. El tipo de preguntas que subyacen a esta perspectiva tienen que ver, fundamentalmente, con cómo funcionan las instituciones y organizaciones que gobiernan los distintos aspectos de la vida material y cómo hacerlas funcionar mejor. Estas preguntas operativas se plantean en el entendido de que, desde luego, existen cuestiones fundamentales de justificación y legitimación de las instituciones pero que, en todo caso, cualquier compromiso valorativo que asumamos y promovamos mediante el diseño de la regulación poco sentido tiene si no entendemos y gestionamos las condiciones efectividad de los arreglos institucionales y organizacionales diseñados y desplegados para su realización.

En segundo lugar, aunque este trabajo tiene una marcada vertiente normativa, mi preocupación principal no consiste en dilucidar los valores y principios a los que debería aspirar o que deberían orientar al constitucionalismo económico —tales compromisos están, desde luego, recogidos en la posición bienestarista de la legitimidad que apuntaba y de la que diré algo más, no demasiado, en las páginas de este libro—. Lo que más me interesa destacar

es la integración del constitucionalismo económico dentro de las posibilidades de gobernar la vida material; es decir, la relación del constitucionalismo con la posibilidad de regular las economías existentes. Por ello, pongo el énfasis en la dimensión operativa del constitucionalismo, y no en sus funciones legitimadoras o simbólicas. Por decirlo brevemente, me interesa la dimensión constitucional de la posibilidad de generar un gobierno de la economía; en particular, como veremos, la función constitucional de *creación y organización* del poder público necesario para el ejercicio efectivo de tal gobierno.

En tercer lugar, no se trata de un trabajo canónico de dogmática constitucional, sino más bien de un trabajo híbrido en el que convienen —espero que armónica y productivamente— distintas aproximaciones al complejo problema del orden de la vida material; desde la economía política, naturalmente, hasta la teoría del derecho y de la regulación. En la elaboración de los argumentos planteados en los distintos capítulos que componen este trabajo me ha importado poco el *pedigree* de las fuentes y del auditorio académico de referencia. Estoy convencido de que el tema que nos ocupa no puede ser más que transdisciplinar, y lo que me ha limitado en el esfuerzo en adoptar esta perspectiva han sido mis propias limitaciones intelectuales. A modo de confesión, en este momento de balance creo que su fundamental carencia es el insuficiente aliento histórico de este trabajo, que me propongo remediar en futuras etapas de la agenda de investigación subyacente.

En distintas versiones —algunas de las cuales costaría reconocer como tales—, gran parte del contenido sustancial de los capítulos que componen este libro ha sido publicado con anterioridad. He modificado, fusionado, separado, reordenado, eliminado, etcétera, con suma liberalidad textos escritos en distintos momentos y dispares circunstancias. Sin embargo, mis razones para reunir estos materiales sobre una misma línea argumentativa son tres: visibilidad, cohesión y alcance.

La primera razón responde a la posibilidad de mejorar la accesibilidad a algunas ideas que fueron expuestas por primera vez en publicaciones con temáticas y en ediciones que podríamos llamar “improbables”: por ejemplo, primerísimas versiones de los capítulos cuarto y séptimo se publicaron en Giorgio Maniaci (ed.), *Egualianza, ragionevolezza e logica giuridica* por Guifrè, Milán, 2006 y en Alfonso García Figueroa (ed.), *Racionalidad y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006, respectivamente; mientras que una versión menos desarrollada del capítulo quinto se publicó en inglés en Wintgens, Luc y Oliver, Daniel (eds.), *Rationality and Justification. Essays in Legisprudence*, Springer, Heidelberg, 2013. Se trata de publicaciones que, por decirlo de algún modo, costaría reconocer y recuperar para cualquier inte-

resado en el tema del constitucionalismo económico que no tuviera también un marcado interés en la “arqueología bibliográfica”.*

La segunda razón, la búsqueda de cohesión, responde no sólo a la identidad temática de los trabajos, sino también al hecho de que, a pesar de que han sido elaborados de manera discontinua, reflejan una preocupación intelectual constante y, confío, consistente a lo largo de mi agenda de investigación en los últimos veinte años. En este sentido, con independencia de que el orden de publicación de las partes no corresponda a la presentación del todo, creo que la forma en que se presenta en este volumen, por un lado, pone de manifiesto su unidad sustantiva del proyecto intelectual subyacente y, por otra, mejora su capacidad retórica de cada una las partes por separado. Creo que, en su conjunto, los capítulos que aquí introduzco muestran, al menos, los rudimentos de una teoría del constitucionalismo económico que no podría apreciarse leyendo por separado las antiguas versiones del capitulado publicadas de manera separada.

La tercera razón, el alcance, responde a la ubicación del conjunto de trabajos “ensamblados” dentro de una agenda intelectual más amplia, a cuyo trazado dediqué buena parte del libro *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento jurídico*, publicado en 2009. Como señalaba al principio, entonces argumenté a propósito de la necesidad de la teoría robusta de la regulación, pero además argumenté a propósito de la necesidad de que esa teoría se llevara a cabo sin perder de vista la relación funcional entre el derecho y el gobierno; en particular, en lo que respecta a las formas en las que el derecho dota de poder público al gobierno, fundamentalmente mediante los arreglos consti-

* Además de las publicaciones señaladas, retomo aquí materiales publicados en: “Derechos económicos y organización del Estado. Un ensayo de economía política”, *Derechos económicos: una aproximación conceptual*. CEPAL-CNDH. 2019; “Constitucionalismo económico, políticas públicas y derechos humanos”, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cámara de Senadores del Congreso de la Unión-Editorial Miguel Ángel Porrúa. 2017; “Dinámica constitucional y regulación. Reflexiones sobre la Constitución económica en México”. En G. Esquivel, F. Ibarra y P. Salazar (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo III: Estudios Económicos y Sociales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2017; “Un mapa teórico para el constitucionalismo económico”. En Rodolfo Vázquez (ed.), *Normas, razones y derechos*. Madrid. 2012; “La regulación de la economía global. Algunos retos para el constitucionalismo del siglo XXI”. En Rodolfo Gómez y Rodrigo Díez (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*. Porrúa-Centro de Investigación e Informática Jurídica. 2012, pp. 193-228; “El control de constitucionalidad desde una perspectiva funcional y operativa de la Constitución”. En César Astudillo y Lorenzo Córdova (coords.), *Reforma y control de la Constitución. Implicaciones y límites*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 159-168; “Adam Smith: Regulador”. En varios autores, *¿Por qué leer a Smith hoy?* Fontamara, 2011, pp. 115-133.

tucionales. En mi opinión, a pesar de su importancia y de su palpable urgencia, esta relación funcional positiva entre derecho y gobierno no ha recibido la atención que merece en México y, en general, en América Latina, donde nuestras preocupaciones seculares han sido las correspondientes a la lucha contra gobiernos autocráticos y autoritarios, prestando una menor atención a las condiciones del gobierno eficaz y eficiente. Enfatizar esta relación funcional parece de innegable relevancia no sólo para el ámbito de la vida material, sino para cualquiera otro que concierna a un gobierno no de ángeles ni de demonios, sino de hombres y mujeres que dirijan “su” vida, por “sí mismos”, a la procuración de “su” bienestar terrenal.

Lo que acabo de decir enlaza directamente con el último punto que quiero abordar en estas líneas introductorias. Una vez explicado el subtítulo, “regulación y constitucionalismo económico”, parece oportuno dar cuenta de un título no carente de ambigüedades: “el orden de la vida material”.

La referencia a la idea de “orden” es intencionalmente ambigua porque quiere aludir tanto a la noción de ordenación en el sentido de la intervención intencional en la disposición de las cosas, como a la noción de pertinencia de las cosas, o de ciertas categorías de cosas, respecto de otras de las que conviene diferenciar, pero no necesariamente desvincular. La forma en la que una economía se organiza es, desde luego, el efecto de la aplicación de amplios conjuntos de normas y del funcionamiento de distintas instituciones que posibilitan, crean y sostienen una cierta manera de desenvolvimiento de esta dimensión de la vida humana. Se trata de una dimensión que por distintas razones teóricas y prácticas es útil distinguir, por ejemplo, de los órdenes político, jurídico, religioso, etcétera. Pero, si queremos entender cómo realmente tienen lugar las relaciones económicas existentes, es un grave error tratar de aislar esta dimensión de la vida de las distintas dimensiones de lo humano, presuponiendo algún tipo de separación “natural”, por ejemplo, entre la vida política y la vida económica, entre la esfera de lo público y de lo privado, entre los valores y los intereses, entre la justicia y el bienestar.

La noción de “vida material” quiere recoger dos ideas entrelazadas: por un lado, de manera bastante obvia, la noción de “materialidad” en contraste con la de “idealidad” en el sentido que se utiliza, por ejemplo, en la tradición marxista. Es decir, este trabajo versa sobre cómo se organizan las sociedades para producir y distribuir las “cosas” que constituyen la base material, el sustento, de sus distintas formas de vida y de organización social. Pero también alude otra noción de “vida material” vinculada con la anterior, pero que no idéntica, y que suele pasarse por alto con significativas consecuencias para la comprensión de las ideas de orden a las que me refería antes. Me refiero a la idea de “vida material” que propuso y desarrolló Ferdinand Braudel en

su monumental obra *La civilización material. Economía y capitalismo. Siglos XV-XVIII*, en la que habla de “vida” o “civilización material” para denotar las actividades cotidianas a las cuales la mayoría de las personas dedica la mayoría del tiempo —¡la mayor parte de su vida!—. Braudel plasma esta noción de manera brillante en el título del primero de los tres volúmenes de los que consta la obra: *Estructuras de lo cotidiano: lo posible y lo imposible*. Se refiere Braudel (1985, p. 12) —en su visión histórica de largo alcance (*longue durée*) carente de la “nobleza” propia de otras narraciones, como diría en otro momento— a las actividades primordiales de procuración de alimento, vestido y alojamiento en las que la mayoría de las personas agotaba sus vidas, dentro del espacio de lo posible y lo imposible, antes del surgimiento de las economías capitalistas; es decir, dentro del horizonte de lo posible definido por el arado, la cantera, el telar y el comal, la forja, las redes, etcétera.

En nuestras economías postindustriales, en las que la productividad y, por ende, disponibilidad de bienes materiales se ha multiplicado exponencialmente, podemos identificar otras configuraciones de la vida posible e imposible en las formas de vida enajenantes en las que la mayor parte de la población mundial vive “su vida cotidiana” en las economías afluentes y, aún más, en las economías no desarrolladas —no he podido todavía entender a quienes consideran la escasez como estado dignificante y liberador—. Si bien es cierto que, pese a todo, para la mayoría de la población mundial la abundancia de bienes materiales generada por el capitalismo ha significado un crecimiento generalizado del bienestar, también es lo es que ese bienestar material no ha alumbrado inequívocamente el camino de emancipación hacia una vida individual y colectiva autónoma.

Las estructuras de lo cotidiano definen los horizontes de lo posible y lo imposible. Por ello, entender su naturaleza, sus causas y sus efectos, así como las vías para su transformación, es el gran reto de una sociedad en cualquier momento histórico. Ese reto es particularmente acuciante en estos momentos en los que el orden capitalista padece en grave desequilibrio interno en relación con los otros órdenes de legitimación del poder social en la modernidad: los gobiernos democráticos y los Estados constitucionales. El populismo creciente, la rampante corrupción y la omnímoda presencia del crimen organizado son expresiones palpables de ello.

Pero, además, como efecto de la última globalización potenciada por la cuarta revolución industrial, el orden material contemporáneo también plantea un desequilibrio sistémico sin precedentes; preñado amenazas, pero también de posibilidades. Nunca antes las estructuras de lo cotidiano han materializado, a un tiempo, tantas posibilidades de emancipación de las ataduras de lo posible, abriendo tantos vasos comunicantes hacia lo que en cualquier

otro momento de la historia de la humanidad se ha considerado “imposible”. Seguramente es cierto que nunca antes vivimos tantos y tan complejos riesgos de fractura de los distintos órdenes de la vida, desde la pobreza absoluta en la que viven millones de habitantes del planeta hasta el colapso medioambiental. Pero, probablemente, tampoco nunca antes de este tercer milenio pudimos avizorar posibilidades tan plausibles de una emancipación tan real de tantas personas. La forma en la que se reconfigure normativamente el orden de la vida material será, sin duda, un factor clave para la realización de uno u otro escenario.

CAPÍTULO PRIMERO

REGULACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO, TEMAS PARA UNA CONVERSACIÓN

Como apuntaba en la introducción, mi propósito en este capítulo es delinear algunas vías de comunicación entre la regulación y el constitucionalismo que, en mi opinión, constituyen un contexto propicio para una teoría del constitucionalismo económico que, a un tiempo, encuentre solidez teórica y manifieste utilidad práctica.

En este sentido, sobre la base de un esquema compuesto de una tipología de las distintas tareas teórico-jurídicas trataré de especificar, sin pretensión de exhaustividad, un catálogo de temas de reflexión que suscita la intersección de la regulación y el constitucionalismo, que me parecen particularmente relevantes tanto por su incidencia en la comprensión de los fenómenos jurídicos contemporáneos como por su eventual influencia en las prácticas de gobierno. Subrayando los puntos en los que, a mi juicio, tales nexos son más enriquecedores en ambas direcciones, trataré de presentar esas tareas de manera tal que conformen una agenda o, si se prefiere, un “mapa” para el desarrollo de los aspectos generales de una teoría del constitucionalismo económico que profundice en sus raíces normativas, pero que atienda también a sus compromisos prácticos.

A pesar de su ambicioso aliento, este capítulo no puede constituir más que una indicación de la ruta a seguir; la cual, hasta cierto punto, será recorrida en los próximos capítulos. Esto es, en la terminología de Roberto Unger, podría decirse que responde a una primera fase, o un primer objetivo, de la práctica del análisis jurídico como “práctica de la imaginación institucional”, compuesta de dos momentos encadenados dialécticamente: el trazado de mapas (*mapping*), que desarrollaré en éste y el siguiente capítulo, y la crítica, que trataré en capítulos subsiguientes.¹

¹ Unger describe la actividad teórica señalada en los siguientes términos: “Llamemos trazado de mapas a la forma de análisis jurídico que deja al derecho sin transformar. El dibujo de mapas es un esfuerzo por describir en detalle, a la luz de los ideales jurídicamente articulados, la microestructura social institucional definida por el derecho. Llamemos al segundo

Los ejes cartesianos del mapa propuesto provienen del análisis crítico de distintas concepciones del derecho, en general, y de la teoría del derecho, en particular, que mediante la formulación de una concepción del derecho como disciplina que gira en torno a las tareas que llevan a cabo los juristas cuando “el mundo de los asuntos prácticos está en el centro de sus preocupaciones” (Twining, 1997, p. 111; véase también 1973, 1979 y 2000).

Desde la perspectiva de las tareas teóricas del derecho —señala William Twining—, “la tarea primordial de los juristas es estudiar las asunciones que subyacen al discurso jurídico; pues en muchas de esas asunciones residen los puntos de conexión clave entre el mundo del aprendizaje y el mundo de los asuntos prácticos” (Twining, 1997, p. 111).

Por ello, dentro de esta concepción, se genera una idea de “ciencia” jurídica en la que

...la teoría del derecho puede verse como la dimensión teórica de esa disciplina —esto es, como una actividad que se ocupa de las cuestiones generales relacionadas con las asunciones relativas a todo tipo de discursos jurídicos, como lenguaje y como metalenguaje—. Una manera de entender la teorización acerca del derecho es como una actividad dirigida a desempeñar varias tareas que se relacionan directamente con la comprensión. Estas tareas se llevan a cabo en distintos niveles y requieren distintos tipos de conocimientos, herramientas y aptitudes (Twining, 1997, p. 112).

Los distintos niveles de aprendizaje teórico del derecho pueden sintetizarse en las siguientes tareas teóricas particulares que, como he advertido, utilizaré a lo largo de este capítulo como ejes de la conversación, y que he intentado en distintos modos desplegar en los distintos capítulos de esta obra:

- 1) *La historia intelectual*, que trata del estudio sistemático y crítico de la herencia del pensamiento jurídico, en particular del constitucionalismo.
- 2) *La alta teoría*, que consiste en explorar las cuestiones generales fundamentales relacionadas con el problema del derecho como materia de estudio; tales como su naturaleza y funciones; sus relaciones con la justicia y otros valores; los fundamentos epistemológicos de los distintos tipos de discursos jurídicos, etcétera.

momento de esta práctica analítica crítica: la versión revisada de aquello de lo que los juristas racionalistas se burlan como la transformación del análisis jurídico en conflicto ideológico. Su tarea es la de explorar la interdependencia entre los detallados arreglos institucionales de la sociedad tal y como los conforma el derecho y los ideales profesados o los programas que estos arreglos frustran o realizan” (Unger, 1996, p. 130).

- 3) *Las teorías de nivel intermedio, descriptivas y prescriptivas*, que se ocupan, por un lado, de formular hipótesis generales acerca de los fenómenos jurídicos que puedan testarse mediante métodos empíricos y, por otro, de desarrollar teorías prescriptivas operativas para los distintos tipos de participantes en los procesos jurídicos (teorías de la legislación, teorías de la decisión judicial y del razonamiento jurídico, etcétera).
- 4) *Las funciones de canalización*, que son resultado de explorar sistemáticamente, en un nivel general, las distintas relaciones entre el derecho y los aspectos más generales de otras disciplinas relevantes para la esfera jurídica.
- 5) *La función integradora o sintetizadora*, que tiene lugar como efecto de explorar y articular marcos de referencia que aporten una base *coherente* del constitucionalismo como disciplina, tanto desde un enfoque general como desde la perspectiva de sus aspectos particulares.

Desde luego, este catálogo de tareas no es exhaustivo, ya que cabe identificar otras funciones que puede y, quizá, debe llevar a cabo la reflexión constitucional respecto de la compleja práctica social de la ordenación económica. Tampoco se trata de categorías excluyentes, pues dichas actividades se interrelacionan y se solapan e, incluso, seguramente es deseable que así sea al menos hasta cierto punto. No obstante, en mi opinión, este catálogo resulta útil para los propósitos de la agenda que quiero delinear, o del mapa que quiero esbozar, porque permite sistematizar, sobre la base de formas de actividades teóricas que de algún modo se han ido asentando y diferenciando a lo largo de siglos de reflexión en el campo jurídico, económico, político, entre otros, la enorme variedad de cuestiones, perspectivas, metodologías, etcétera, que convergen en la discusión en torno al orden de la vida material.²

Podría decirse, sin embargo, que el trazado de estas tareas es una sistematización “débil” que, por decirlo de algún modo, se produce desde abajo hacia arriba. En este sentido, en contraste con una sistematización “fuerte”, propia del abordaje de los problemas regulativos desde la perspectiva de la organización tradicional de la dogmática jurídica; que inicia en sentido contrario, “de arriba hacia abajo”, primero, por la distinción entre derecho público y privado y, después, con el desgrane de áreas específicas dentro de estos espacios: derecho constitucional, administrativo, civil, mercantil, etcétera, la sistematización “débil” busca superar este parcelamiento del cono-

² Véanse Baldwin, Cave y Lodge (2010), Morgan y Yeung (2007), Parker *et al.* (2004), Parker y Braithwaite (2003), Baldwin y Cave (1999), Baldwin (1997, en particular la introducción) y Daintith (1997). Para una visión más amplia de la cuestión, Taggart (2003).

cimiento jurídico para centrarse, como señala Twining, en las actividades de los juristas que tienen en el centro de sus preocupaciones problemas prácticos que, por su propia naturaleza, no pueden ubicarse satisfactoriamente dentro de la rigidez de las doctrinas jurídicas, ni siquiera de las “ciencias” sociales particulares: derecho, economía, ciencia política, etcétera.

En síntesis, al enfocarme en actividades de “teorización” sobre problemas, y no en cuerpos doctrinales —ni, desde luego, en teorías generales del derecho— la discriminación temática y, sobre todo, teórica de mi aproximación va desde el problema hacia la teoría. Dicho en otras palabras, con independencia de que, inevitablemente, cualquier operación cognitiva requiera algún artefacto “teórico” —conceptual, inferencial, etcétera—, en este contexto no me interesa describir tal o tales artefactos, sino cómo distintas actividades de comprensión dirigidas a resolver problemas prácticos generan un tipo de “conocimiento” práctico que permite abordar y, en su caso, gestionar los problemas en cuestión.³

Pero antes de describir cómo pueden desplegarse estas actividades teóricas en este contexto, es preciso detenerse brevemente circunscribir territorio a cartografiar: el marco de referencia general en el que se identifica, primero, la necesidad práctica de la regulación y, luego, las tareas teóricas dirigidas a su despliegue.

I. EL CONSTITUCIONALISMO COMO CONTEXTO DE LA CONVERSACIÓN ENTRE LA REGULACIÓN Y EL DERECHO

Como ha señalado Terence Daintith, en el contexto histórico actual y dentro de la concepción dominante de la relación entre los sistemas políticos y económicos, el espacio de la regulación está configurado como “la forma en la que el derecho expresa, organiza o limita las relaciones del Estado y la economía en las sociedades de mercado” (Daintith, 1997, p. 3).

³ Un punto que me parece relevante resaltar es que los distintos niveles de análisis, conocimientos, herramientas y aptitudes vinculados con las actividades teóricas hacen que éstas no sean patrimonio de los teóricos del derecho, ni siquiera de los dogmáticos en las distintas disciplinas jurídicas, sino que la generación de conocimiento jurídico se lleva a cabo de manera central por operadores de los distintos “trabajos del derecho” (*Law Jobs*): legisladores, jueces, abogados, administradores públicos, agentes de seguridad, negociadores, etcétera (*cf.* Llewellyn, 1940). Esta idea me parece particularmente relevante en este contexto, pues, aunque este trabajo mira a las conexiones entre el derecho y la regulación, lo que puede decirse del primero con mayor razón puede decirse de la segunda: la teoría de la regulación no puede incardinarse dentro de los estrictos límites de lo académico, ni desde luego de una u otra ciencia social. Se trata, por su propia naturaleza, de una cuestión “trans-académica” y, también, “trans-inter-disciplinar”.

En este orden de ideas, una asunción básica que subyace al “problema regulativo” es la adopción de una concepción del orden social en la que la intervención autoritativa en la vida económica es vista, fundamentalmente, como la cuestión de un equilibrio necesario entre la coordinación centralizada y autoritativa del Estado *vis à vis* la coordinación espontánea y descentralizada del mercado. Por ello, dado que el propósito fundamental en este capítulo es aproximarse desde la regulación a la forma en la que, efectivamente, se lleva a cabo la ordenación de los sistemas económicos vigentes, me parece adecuado asumir el “*background*” del Estado constitucional como telón de fondo del discurso de la regulación.

Esto es, para los objetivos cartográficos aquí planteados, los elementos normativos, institucionales e ideológicos del constitucionalismo que trataré con mayor detalle enseguida, pueden considerarse como presupuestos de la conversación entre las reflexiones teóricas a propósito de la regulación y del derecho. Este punto de partida no supone, desde luego, que considere que no pueden adoptarse otras perspectivas respecto de la relación entre el poder político y el poder económico, en general, o entre los Estados y sus respectivos órdenes económicos, en particular. Por el contrario, creo que el cuestionamiento de estas asunciones básicas es un asunto prioritario de la teoría social contemporánea (véase Mann, 1986 y 1993) y, en buena medida, también de una teoría crítica del derecho y, naturalmente, de la regulación. Sin embargo, repito, mi objetivo ahora es primordialmente cartográfico; no crítico, todavía.

En el orden de la vida material, el constitucionalismo como “ideología” entraña una aproximación “liberal” al orden social que, desde luego, no supone adoptar en absoluto la doctrina del “liberalismo económico”, en el sentido de la política económica conservadora de *laissez-faire* o de lo que contemporáneamente se conoce como “neoliberalismo”. Los presupuestos a los que me refiero suponen, por decirlo de algún modo, un “mínimo común denominador” que creo que se puede decir que prevalece como criterio normativo-institucional para la organización de la vida material en sociedades contemporáneas.

Así pues, el “*background* liberal” común se sustancia en el reconocimiento de una relativa autonomía de la esfera económica *vis à vis* el poder político y, más concretamente, como veremos más adelante con mayor detalle, en la organización de las economías como sistemas de mercado. Esta separación se manifiesta, por ejemplo, en privilegiar la actividad económica individual y de las organizaciones privadas como motor de producción y en que, al menos en una primera instancia y en términos generales, se consideren legítimos los efectos distributivos del mecanismo de mercado. En la esfera de

discurso jurídico, lo anterior se expresa, sustancialmente, mediante el reconocimiento y la protección de derechos de propiedad, de seguridad económica, de libertad de asociación, etcétera, y, procedimentalmente, por la exigencia constitucional básica de que, en tanto una instancia de interferencia en la autonomía privada, la legitimación de la actividad regulativa depende, sustancialmente, de la presencia de exigencias u objetivos de interés público, y formalmente, de los procedimientos caracterizados como “debido proceso”.⁴

Teniendo en cuenta estas consideraciones preliminares, veamos entonces en qué pueden consistir algunas tareas teóricas de la regulación aplicadas al contexto del constitucionalismo económico.

II. HISTORIA, IDEAS E IDEÓLOGOS DEL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

Circunscrita, en términos generales, a la forma en la que el derecho expresa, organiza y limita las relaciones entre el Estado y la economía en las sociedades de mercado, la perspectiva regulativa del orden económico era ya el asunto central de la economía política cuando Adam Smith publicó su *Investigación sobre el origen y las causas de la riqueza de las naciones*, en el marco de la entonces conocida como la “ciencia del legislador”.⁵

⁴ Desde luego, este requisito mínimo, pero central, de “constitucionalidad” es compatible con arreglos institucionales muy variados, dentro de los cuales es posible reconocer los distintos modelos de organización del capitalismo, de los que iré enfatizando elementos particulares en los próximos capítulos, particularmente, en el capítulo sexto. Asimismo, resulta importante no perder de vista que el constitucionalismo es sólo uno de los tres pilares normativo-institucionales de la modernidad; el gobierno democrático y el sistema económico capitalista son los otros dos. No obstante, aunque una teoría robusta de la regulación de la vida material requeriría ampliar la conversación hasta dar cuenta de los otros dos ejes normativos de la ordenación de la vida material, supongo que resultará claro al lector que su inclusión transformaría el mapa que quiero dibujar aquí en una herramienta enormemente abigarrada y excesivamente compleja para ser de utilidad.

⁵ En relación con la propia concepción de Smith acerca de la economía política como rama de la ciencia del legislador y, por tanto, del papel de ésta en su “sistema de libertad natural” y, de aquí, en su “jurisprudencia natural”, por ejemplo, en *La riqueza de las naciones* escribe: “La economía política, considerada como una de las ramas de la ciencia del legislador o del estadista, se propone dos objetos distintos: el primero, suministrar al pueblo un abundante ingreso o subsistencia o, siendo más precisos, habilitar a sus individuos y ponerles en condiciones de lograr por sí mismos ambas cosas; el segundo, proveer al Estado o República de rentas suficientes para los servicios públicos” (Smith, 1979, IV, introducción). Como ha señalado Neil MacCormick (1982, pp. 104 y ss.), en los estudios sobre jurisprudencia de Smith —en particular, como podemos contrastar en el párrafo citado anteriormente, en lo relativo a las

Por ello, para dar una idea del sustrato ideológico del constitucionalismo económico parece especialmente importante atender, aunque sea muy brevemente, al periodo de la historia del pensamiento jurídico y económico británico que va de finales del siglo XVIII a mediados del siglo XIX y, en particular, al surgimiento del carácter “científico” de las ideas acerca del papel del derecho como guía del “buen” gobierno. La dimensión de este cambio se refleja en la distancia que media respecto de lo que dos autores especialmente significativos en la historia del pensamiento acerca la injerencia del poder político en los asuntos económicos, Adam Smith y Jeremy Bentham, entendían por “ciencia” del legislador o de la legislación.

Como es sabido, para Smith y, en general, para el proyecto de la Ilustración escocesa la “ciencia” del legislador trataba de un estudio de índole histórico-evolutivo dentro de lo que entonces se consideraba la esfera común de los asuntos públicos. Es decir, una rama de estudio “dentro de la esfera del pensamiento social, político y jurídico, y cuyo objeto era trazar las conexiones entre distintas facetas del carácter social como la propiedad, las opiniones, los usos y la justicia para derivar de ello conclusiones generales” (Loughlin, 1992, p. 4).

En cambio, para Bentham, la “ciencia” del legislador no era una empresa de carácter preeminentemente histórico dirigida a establecer la “Constitución” moral y política de la sociedad, sino una aplicación del utilitarismo como filosofía social;⁶ su papel no era sólo informar al legislador sobre el

políticas y la defensa— se encuentra en estado embrionario el contenido de *La riqueza de las naciones*. Para un estudio específico de esta cuestión, véase Fitzgibbon (1995).

⁶ Sirva de muestra la siguiente cita tomada de prefacio del *Fragmento sobre el gobierno* de Bentham publicado, curiosamente, el mismo año que la *Riqueza de las acciones* y que la Declaración de Independencia de Estados Unidos, 1776: “La era en que vivimos en una época inquieta, en la que el conocimiento avanza rápidamente hacia la perfección. El mundo natural, en particular, parece rebosante de descubrimientos y mejoras. Que las regiones más recónditas de la tierra sean recorridas y exploradas, y que el elemento más sutil y vivificante del aire haya sido recientemente analizado y presentado a nuestro conocimiento, son evidencias manifiestas, entre otras que están por llegar, de esta feliz verdad. Lo correspondiente en la moral al *descubrimiento* y el *mejoramiento* en el mundo natural es la *reforma*. A pesar de que la idea común de que en el mundo moral no queda lugar para el *descubrimiento* pudiera resultar verdadera, quizá no sea ese el caso: pudiera ser que entre las observaciones adecuadas para fundamentar las reformas hubiera algunas que, bien por no haber sido analizadas plenamente, bien por no haberlo sido en absoluto, cuando llegan a efectuarse merecerían ser llamadas descubrimientos. Con un método y una precisión tan escuetos ha sido como hasta ahora se ha desarrollado el axioma fundamental: *la medida de lo correcto y de lo incorrecto es la mayor felicidad de mayor número*” (Bentham, 1998, p. 3).

En esta línea de ideas, Neil MacCormick ha señalado que “la reflexión moral benthamiana sobre la base del principio de utilidad nunca aspiró al nivel de la discusión sobre el derecho natural y la racionalidad en la ética de los moralistas escoceses; y desde entonces, los esfuerzos

carácter de su comunidad sino prescribir lo que, desde la perspectiva universalista de un “ciudadano del mundo” *debía* hacer a la luz del sistema clasificatorio utilitarista.⁷

Paradójicamente, el desarrollo del instrumental analítico de la ciencia económica contribuyó en no poca medida al fracaso del complejo proyecto intelectual de la Ilustración escocesa. A lo largo del siglo XIX, el derecho y la economía política fueron dilatando cada vez más sus nexos, enclaustrándose dentro de límites más rígidos y dedicando cada vez más energía a la especificación de sus respectivos ámbitos y métodos.⁸ Y si bien es cierto que en las

de éstos por explicar el desarrollo de los órdenes jurídicos dentro de teorías de la economía y de la sociedad han sido desatendidos” (MacCormick, 1982, p. 103).

Para una visión más detallada de la teoría universalista de la legislación de Bentham, véase Schofield y Harris (1998), y para algunas de sus implicaciones en las teorías del derecho del siglo XXI, véase Twining (2000, capítulo 4).

⁷ Para un estudio de la concepción liberal clásica de la legislación, véase Haakonssen (1981, en particular, pp. 77 y ss.), y para un estudio del contraste de esta concepción con el positivismo jurídico utilitarista de Bentham, véase Postema (1986, en particular, capítulo 5).

⁸ Siguiendo la misma tendencia que las demás ciencias sociales en el siglo XIX y de buena parte del siglo XX, las relaciones entre las pretensiones de científicidad y de neutralidad de la ciencia económica se vieron reforzadas por el espíritu positivista dominante. En relación con el paradigma dominante en la economía, Ben-Ner y Putterman han resumido así el desarrollo de esta coincidencia: “Que los economistas neoclásicos consideraran los valores como algo ajeno puede resultar natural dado el espíritu positivista de sus impulsores. Robbins consideraba la economía como la ciencia de las relaciones medio-fin, donde la elección del fin (preferencias) no era tenida en cuenta. Y cuando la «mano invisible» de Adam Smith se reveló en la teoría del equilibrio general, su manifestación fue la del vector de los precios apoyando una asignación óptima de recursos, dando por sentadas las preferencias, las tecnologías, las asignaciones e, incluso, la estructura de los derechos de propiedad y las instituciones. «*De gustibus non disputandum est*», y, *a fortiori*, «*de moribus*» ya que la economía se había convertido en la ciencia de la predicción y la constatación, y los enunciados valorativos son inherentemente no susceptibles de falsación. Asumir que el comportamiento se basa en el auto-interés, explorar a dónde conduce por medio del razonamiento deductivo y de las matemáticas y contrastar los resultados utilizando datos provenientes de elecciones observables se convirtió en el Tao de la profesión económica” (Ben-Ner y Putterman, 1998, p. 3).

Como no podría ser de otra manera, el paralelismo entre las pretensiones de la ciencia económica y del método jurídico es notorio. Como es bien sabido, en el caso del derecho la obsesión por el estatus científico del método jurídico marcó el desarrollo del pensamiento jurídico del siglo XIX y de buena parte del XX. Pocos pueden haber sido más elocuentes que Kelsen a propósito de este objetivo, cuando en el prólogo de la *Teoría pura del derecho* escribe: “Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir: una teoría del derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural, consistente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto. Desde el comienzo mismo fue mi objeto elevar la ciencia del derecho, que se agotaba casi completamente —abierta o disimuladamente— en una argumentación jurídico-política, al nivel de una auténtica ciencia, de una ciencia del espíritu. Correspondía desplegar sus tendencias

últimas décadas el neoinstitucionalismo económico ha reabierto vías de comunicación entre la economía y las demás ciencias sociales —y, en particular, con el derecho—, mostrando los distintos modos en que la racionalidad de las políticas económicas presupone estructuras institucionales.⁹ Parece, sin embargo, que los tiempos todavía no están maduros para que las corrientes dominantes en las teorías jurídica y económica de la regulación asuman que sus correspondientes enfoques del problema de la regulación responden a la división del trabajo y la especialización que ésta conlleva, pero no a una distinción respecto de sus objetivos “científicos”. Quizá sea tiempo de reconocer, con todas sus implicaciones, que Smith no estaba errado cuando en sus *Lectures on jurisprudence* trataba las cuestiones de *autoridad* y de *utilidad* bajo un mismo rótulo: *Original Principles of Government*.¹⁰

orientadas, no a la función configuradora de su objeto, sino exclusivamente al conocimiento del derecho, para acercarla, en la medida de que fuera de alguna suerte posible, al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud” (Kelsen, 1986, p. 9. Énfasis añadido).

Para una idea de hasta qué punto el engarce entre los presupuestos de la conducta económica y el método de la ciencia de la economía “positiva” sigue siendo vigente, véase Friedman (1994) y Rosenberg (2001). Por otra parte, quizá Amartya Sen se encuentre entre quienes más han insistido, desde un punto de vista interno a la profesión, en la importancia de desvincular la posibilidad del análisis económico de una visión reduccionista de las ideas originales de Smith acerca de las motivaciones del comportamiento humano. Al respecto, véase Sen (1977, 1998 y 2009).

⁹ La obra clave ha sido la de Ronald Coase (1960), cuyo carácter seminal, con independencia de su ulterior desarrollo, se reconoce generalmente como precursora del análisis económico del derecho. Con respecto a una aproximación a la influencia de Coase en el pensamiento jurídico, véanse Gjerdingen (1986) y, particularmente, la teoría general de Williamson (1985). Para un tratamiento sistemático de los distintos temas y corrientes dentro del institucionalismo económico, véase Ayala (1999). Para una introducción breve del institucionalismo económico, véase Sandler (2001), y para una presentación esquemática del institucionalismo económico, véase Goodin (1996). Para una visión de la organización institucional de los mercados, véase Fligstein (2001, en particular, capítulo 2) y Hamilton y Feenstra (1998).

¹⁰ En esta línea de ideas, aunque el institucionalismo económico ha introducido dentro del análisis económico la cuestión de las restricciones institucionales a la elección individual, enfatizando la importancia de las condiciones de la elección social —históricas o normativas— y, en este sentido, se haya quebrado una de las aspiraciones centrales del paradigma neoclásico —a saber, el objetivo de proveer de “microfundamentaciones” a fenómenos en un nivel macro a partir del modelo de mercado y, más particularmente, de la noción marginalista del equilibrio sobre la base de la acción individual racional—, su crítica a esta noción de mercado “idealizada” no ha supuesto una superación de la teoría de la acción humana en el que se sustenta dicho paradigma: el individualismo metodológico, franqueado por los presupuestos de autointerés y de utilidad. En este sentido, en cuanto institucionalismo *económico*, esta corriente sigue pretendiendo explicar el surgimiento y el cambio institucional a la luz del sistema de incentivos a partir de ese modelo de acción social, dejando a un lado otras motivaciones u otros patrones de conducta, como los que responden a la autoridad o la justificación

Por su parte, aunque no por medio de jurisprudencia censoria como quizá él habría esperado, sino por la fundamental impronta del consecuencialismo en el pensamiento económico, Bentham —con la invaluable colaboración de Mill en el ámbito de la economía política— no sólo marcó al liberalismo económico decimonónico, sino también, mediante la absorción del principio de utilidad en la economía del bienestar, sigue influyendo en la definición de los objetivos de las políticas públicas y en los argumentos “económicos” para la regulación.

En relación específica con el tema que nos ocupa, el desarrollo, la transformación y la “extinción” de la ciencia del legislador en el siglo XIX, supone un giro copernicano respecto de las posibilidades del orden económico; en particular, respecto de las capacidades de los legisladores o de los agentes reguladores para dar forma y conducir los asuntos sociales. Esta transformación puede verse como el contraste de la desconfianza del liberalismo clásico —representado prototípicamente por la ilustración escocesa— en las capacidades humanas (cognitivas y emotivas) para diseñar un orden que responda a la complejidad de las motivaciones humanas y prevea adecuadamente la gran variedad de circunstancias futuras —de ahí, el recurso oportuno a las consecuencias no intencionales de las acciones intencionales (la mano invisible) como mecanismo de coordinación social— frente a la actitud segura y simplificadora del pensamiento sistemático decimonónico, fincada sobre la

moral. Douglass North ha expuesto esta idea en los siguientes términos: “Separar el análisis de las reglas subyacentes de la estrategia de los jugadores es un prerrequisito necesario para construir una teoría de las instituciones. Definir las instituciones como restricciones que los seres humanos se imponen a sí mismos hace que la definición sea complementaria a la aproximación teórica basada en la elección de la teoría económica neoclásica. Construir una teoría de las instituciones sobre la fundamentación de las elecciones individuales es un paso en la dirección de reconciliar las diferencias entre la economía y otras ciencias sociales. *La aproximación teórica sobre la base de la elección es esencial porque una teoría de la acción humana tiene que construirse sobre la base de un conjunto de hipótesis lógicamente consistente y potencialmente testable. La fuerza de la teoría microeconómica reside en que está construida sobre la base de asunciones respecto de la conducta humana... Las instituciones son creaciones de los seres humanos. Se desarrollan y son modificadas por seres humanos; por tanto, nuestra teoría ha de comenzar con el individuo. Al mismo tiempo, las restricciones que imponen las instituciones en las elecciones individuales supone un paso importante para la unificación de la investigación social*” (North, 1990, p. 5. Énfasis añadido).

Sin duda, en los términos aquí propuestos, esta reconciliación de la economía con otras ciencias sociales para una unificación de la investigación social es una muestra de lo que se ha llamado “imperialismo” del modelo economicista de la acción humana en las ciencias sociales. Para un análisis de las claves teóricas de este “agujón” económico en las ciencias sociales, véase Pettit (2001), Hardin (2001) y Miller (2001). Para un esfuerzo atractivo de superación del individualismo metodológico mediante su conciliación con otras claves metodológicas, en particular, con la noción marxista de estructura, véase Callinicos (1988, en particular, capítulo 2).

base del principio universal de la utilidad, y su consecuente confianza en el legislador como agente promotor del bienestar social.¹¹

La distancia que media entre las concepciones de la legislación de Smith y de Bentham no sólo tiene interés para el historiador de las ciencias sociales, sino que, en mi opinión, es particularmente relevante para entender la relación entre las instituciones jurídicas y el desempeño económico, en general, y las posibilidades y el alcance del constitucionalismo económico, en particular. Como veremos con más detalle, más adelante, se trata del contraste entre dos grandes filosofías del derecho público, en general, y de la regulación, en particular. En ella se expresan los presupuestos respecto de la posibilidad de “conocer” qué *es* el bienestar público y, mediante alguna clase de aproximación “sistemática” —como, por ejemplo, el sistema de la utilidad de las consecuencias en términos de placer o dolor o, en la literatura contemporánea, la economía del bienestar (modelo paretiano)— establecer criterios universales —que suelen denominar “objetivos” o “científicos— para responder al problema de cómo *debe* organizarse la sociedad.

De lo anterior puede concluirse que una primera aportación de la historia de las ideas puede consistir, sin duda, en ayudar a encontrar las raíces y a reconocer las mutaciones del pensamiento en torno a los principios fundamentales de la política legislativa en general, y de la política regulativa, en particular. Y en este orden de cosas, un primer “rebote” desde la teoría de la regulación hacia la teoría constitucional, es que la primera puede ayudar a que ésta reoriente sus programas de investigación, prestando mayor

¹¹ Como ha señalado Phyllis Deane, entre otros, el sistema económico de “libertad natural” que Smith plantea en *La riqueza de las naciones* no tenía la pretensión de ser una descripción precisa del modo en que funcionaba —ni mucho menos, una prescripción de cómo debería funcionar— la economía moderna sino, por el contrario, se trataba de una abstracción; una descripción de condiciones a no perder de vista más que un conjunto de metas a alcanzar. Su preocupación era que los estadistas intentaran imponer sus propios planes para el desarrollo económico con la ignorancia del “plan maestro” —no olvidemos que Smith era, ante todo, un filósofo con pretensiones de sistematización universal—.

Por otra parte, ya había manifestado esta preocupación —recogida, a su vez, por la escuela austriaca— en su *Teoría de los sentimientos morales*, cuando critica al “hombre de sistema” que con su propio plan de gobierno, “parece pensar que puede organizar a los diferentes miembros de una sociedad con tanta facilidad como la mano organiza las distintas piezas en un tablero de ajedrez, sin tener en cuenta que las piezas del tablero no tienen otro principio de movimiento que su propia mano. Pero en el gran tablero de la sociedad humana, todas y cada una de las piezas tienen su propio principio de movimiento totalmente distinto del que el legislador pudiera decidir imponerles. Si estos dos principios coinciden y actúan en la misma dirección, el juego de la sociedad humana continuará fácil y armoniosamente, y muy probablemente será feliz y próspero. Pero si son opuestos o distintos, el juego continuará miserablemente y la sociedad estará continuamente en el mayor grado de desorden” (Smith, 1976, VI, capítulo 2, párrafo 17). Para un análisis muy sencillo de esta cuestión, véase Deane (1993, en particular, pp. 67 y ss.).

atención a las actividades de agentes jurídicos distintos del juez, como el legislador y, sobre todo, como la administración pública cuya labor institucional demanda, sin duda, un mayor apoyo teórico. En este particular, como veremos con mayor detalle más adelante, una cuestión que reclama atención teórica con especial urgencia es el estudio del papel que tienen, y deben tener, los “modelos teóricos” al momento de articular las pretensiones jurídicas en el diseño y la implementación de las políticas públicas y, desde luego, respecto de los límites intrínsecos del constitucionalismo para regular asuntos cotidianos.

En otro orden de cosas, la historia de las ideas compartidas también puede prevenirnos frente a quienes, sobre la base de una interpretación descontextualizada y sesgada de la teoría liberal —en particular, de Smith, pero también, incluso, de Hayek, como veremos más adelante—, postulan una presunción en contra de la intervención autoritativa en la vida social como una “intromisión” ilegítima en la esfera de los asuntos privados —extendiendo sus argumentos muy particulares sobre el surgimiento de la división del trabajo hacia el carácter “natural” del mercado como forma de coordinación económica—. ¹² Como ha mostrado de manera contundente Karl Polanyi en su conocida obra *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, el mercado auto-regulado o, dicho en otros términos, la sociedad de mercado, sólo fue posible mediante una profunda transformación del fundamento normativo, institucional y cultural que subyacía a las relaciones económicas premodernas: es decir, cuando el trabajo, la tierra y el dinero fueron *convertidos* en mercancías mediante profundas transformaciones constitucionales, legales y administrativas. Así, lejos de ser el resultado de un espontáneo progreso humano hacia el “*laissez-faire*”, éste fue probablemente el programa político secular más ambicioso —y, probablemente, también más exitoso— de la modernidad, que se inició muy pronto en el siglo XIII y que alcanzó su madurez en el siglo XIX. A propósito, Polanyi escribe:

Nunca hubo nada de natural acerca del *laissez-faire*; el libre mercado nunca podría haber existido dejando que las cosas siguieran su curso. Del mismo modo que las manufacturas de algodón —la industria pionera en el libre mercado— fue creada mediante la ayuda de tarifas protectoras, de apoyos a la exportación y de sub-

¹² La interpretación sesgada se centra en uno de los pasajes de *La Riqueza de las Naciones* más citados por los “*laissez-féristas*” —quizá, al parecer, porque no se han detenido en leer algo más de este autor—, Smith señala: “La división del trabajo, de la que tantas ventajas se derivan, no es efecto de ninguna sabiduría humana que prevea o promueva la opulencia general a la que da lugar. Es la consecuencia necesaria, pero lenta y gradual, de una *cierta propensión de la naturaleza humana que no avizora una utilidad tan extensa; la propensión a permutar, cambiar y negociar una cosa por otra*” (Smith, 1979, I, capítulo II, párrafo 1. Énfasis añadido).

sidios directos a los salarios, *el propio laissez-faire fue impuesto por el Estado...* Para el típico utilitarista, el liberalismo económico era un proyecto económico que tenía que realizarse para la mayor felicidad del mayor número; *el laissez-faire no era el método para alcanzar algo, era aquello que debía alcanzarse* (Polanyi, 1957, p. 139. Énfasis añadido).

En relación con este punto, como veremos con mayor detalle en el próximo capítulo, me parece particularmente importante prestar atención al papel asignado por las distintas corrientes de la economía política a una pieza básica de la noción de mercado que, por otra parte, ocupa un lugar central como problema regulativo: la noción de libre competencia. Hay al menos cuatro tradiciones “liberales” en las que las funciones y el valor de la competencia que varían significativamente y que, sobra decir, dan razones distintas y tienen actitudes muy diferentes respecto de la forma y los límites de la regulación, sobre todo cuando ésta se lleva a cabo como una política económica de implementación, consolidación y expansión de mercados. La “competencia” puede ser vista, en primer lugar, como una expresión de las leyes naturales que determinan la distribución de los productos económicos; en segundo lugar, como un proceso de formación de opiniones mediante la difusión de información; en tercer lugar, como una forma de realización del valor de la libertad de elegir y, por último, en cuarto lugar, como una forma de lucha por la supervivencia del más apto. Quizá hayan sido David Ricardo, Friedrich Hayek, Walter Eucken y Herbert Spencer quienes, respectivamente, han formulado de una manera más precisa las anteriores “versiones” liberales de la idea de competencia. La distancia entre la política regulativa de la competencia del ordo-liberalismo alemán en el que se incardina Eucken y Röpke —y más notoriamente, Ludwig Erhard, el arquitecto del modelo de mercado social alemán de la postguerra— y la política regulativa del conservadurismo neoliberal que se nutre del darwinismo social de Spencer es elocuente. Esta distancia indica por sí misma la dimensión del error en asimilar una y otra tradiciones liberales en una única visión del “valor” de las relaciones de mercado: mientras que para algunos se trata de una, entre otras formas, de relación social con dimensiones económicas, pero también políticas, morales y culturales, para otros se trata de la expresión de una especie de ley de selección “natural” entre débiles y poderosos, a la cual se pretende desvincular de cualquier implicación política y, desde luego, ética. Sobra decir que las implicaciones de una u otra actitud frente a la competencia son fundamentales como presupuestos del discurso de la regulación.

Como corolario del punto anterior, me parece oportuno señalar una cosa más relativa a la tesis, generalmente implícita en la política económica neoliberal, de que la “desregulación” tiene como resultado la “nada” regu-

lativa: algo así como una vuelta al estado original donde tiene lugar la forma “natural” de competencia. Obviamente, la idea de una competencia “natural” dentro de un orden social es un despropósito intelectual monumental que, por una parte, no sólo ignora el esencial carácter institucional de las economías de mercado, como presupuesto a su vez de la propia noción de regulación como condición de existencia de los mercados como arreglos institucionales concretos. Sin embargo, reparar en este prejuicio tiene importancia porque reitera la importancia de darle el peso que merece al mecanismo de los efectos no intencionales de las acciones intencionales, en el sentido de que toda “des-regulación” implica una “re-regulación”; es decir, una elección normativa que puede ser implícita o explícita, intencional o no intencional pero que, desde luego, no puede ser irresponsable.¹³

Como no podría ser de otra manera, las ideas acerca del “correcto” equilibrio entre el Estado y el mercado que sirven como presupuesto a las distintas teorías del constitucionalismo económico tienen una carga ideológica importante; pero también, en muchos casos, son el producto de esfuerzos intelectuales honestos para resolver problemas sociales de gran envergadura. Como tales, casi siempre suelen iluminar algún aspecto de una realidad compleja y suelen ser, en la mayoría de los casos, al menos parcialmente atendibles. La tarea de la reflexión histórica es seguramente una buena forma de reconocer y valorar cabalmente la importancia de esas ideas. La historia del pensamiento social (político, jurídico, económico, etcétera) tiene que ver con la posibilidad de ponderar la incidencia de los escenarios históricos en la conformación de la percepción de las necesidades que impulsan las intervenciones regulativas del orden económico.¹⁴ Por ello, la perspectiva histórica

¹³ Para una crítica al discurso económico dominante desde una “perspectiva interna” a la tradición, véase North (1981, en particular, capítulo 3), donde analiza y critica la conexión entre los presupuestos del análisis económico dominante y esta cuestión. Para una visión desde la perspectiva de la historia de la economía política, véase Samuels (1989, en particular, capítulo 25, y 2002, en particular, capítulos 1 y 5), donde se analiza de manera más concreta la ideología del “*laissez-faire*”. Por otro lado, en el ámbito de la regulación del mercado, el neoliberalismo sienta sus bases sobre dos ideas fundamentales: por un lado, una sacralización de los derechos de propiedad típica del contractualismo conservador a *la* Nozick y, por otro, una idea de la competencia a caballo entre la idea ricardiana de la ventaja comparativa y la noción darwiniana de Spencer. Para una explicación de los aspectos teóricos del neoliberalismo, véase Campbell y Pedersen (2001), y en relación con su expansión como ideología, véase Knight (2001). Las interpretaciones del Consenso de Washington varían significativamente en función de la actitud que se tenga respecto de programa político neoliberal; dos aproximaciones con las que me identifico son las de MacEwan (1999) y Unger (1998). Al respecto, véase Kuczynski y Williamson (2003) y Naim (2000). Por mi parte, he desarrollado este tema de manera más amplia en Larrañaga (1999).

¹⁴ Como ha mostrado, una vez más, la reciente crisis económica global, hay una correlación, al menos discursiva, entre las situaciones de “estrés” económico y la demanda de re-

del constitucionalismo económico tiene una importancia clave no sólo para dar el peso que corresponde a las ideas, sino también para reconocer, contextualizar y calibrar las aportaciones intelectuales individuales en el contexto del tipo de problemas que tenían en mente. Este reconocimiento ponderado debe conducir a abandonar estereotipos y fobias, pues no hay ninguna incompatibilidad en reconocer, por ejemplo, la importancia intelectual de la crítica marxista a la “ilusión” naturalista del individualismo y del contrato como estructura básica de relaciones económicas en la primera fase de capitalismo industrial; en apreciar la oportunidad estratégica de la fórmula estimulación de la demanda por medio del gasto público central en la política keynesiana y, al mismo tiempo, en reconocer que Hayek estaba en lo correcto al afirmar que el mercado es insuperable como mecanismo de transmisión de información respecto de los intereses de los individuos. La viabilidad de los modelos económicos que han abanderado estos pensadores es, en gran medida, independiente de la importancia intelectual de sus ideas sobre la mejor forma de intervención política en la economía. Como sabemos, por más robusta que sea una teoría, ni las condiciones materiales de la subsistencia ni los órdenes institucionales suelen someterse a las ideas sin la “mediación” de las condiciones de la política y sin los límites intrínsecos de la ordenación jurídica constitucional, legal y regulativa.

La importancia de la historia de las ideas para la regulación del orden económico como actividad práctica no sólo reside en los aciertos de las teorías, sino en lo que no vieron o no podían prever e, incluso, en lo que se equivocaron manifiestamente, pero que gracias a su lucidez intelectual podemos entender mejor. La tarea histórica de la teoría de la regulación puede ser de gran utilidad en comprender el contexto y el sentido en el que se han formulado algunas de las ideas que se utilizan hoy como *clichés* en los distintos discursos en torno a la regulación (jurídico, económico, político, etcétera). En ese sentido, este estudio teórico puede ayudar a desactivar el efecto retórico de frases hechas y categorías prefabricadas que, en ocasiones, se utilizan en el debate político sobre la regulación bien para ensalzar bobalicónicamente bien para trivializar o desvirtuar maliciosamente notables esfuerzos y logros intelectuales. Por mencionar una —entre muchas— de las ideas prefiguradas o *clichés* del discurso regulativo tenemos el uso desaforado de la conocida metáfora de la “mano invisible” al que me he referido repetidamente. Como he apuntado, para Adam Smith, el significado y el alcance de la metáfora estaban vinculados a formas extensamente calificadas de persecución de los intereses individuales dentro del objetivo legislativo de promover el interés

regulación. Por ello, resulta imposible desvincular la dimensión teórica de la regulación de la formulación de políticas regulativas.

público; es decir, la “metáfora” sólo podía tener sentido dentro un conjunto de condiciones normativas, institucionales, históricas y valorativas que Smith dedicó prácticamente toda su vida intelectual a explorar y a explicar, y que mentes más expeditas despachan sin apenas advertir.

Una última aportación de la historia del pensamiento que quiero dejar apuntada aquí tiene que ver con las coyunturas históricas, que nos recuerdan la naturaleza estratégica de las “recetas” de la política constitucional en este ámbito de cosas. Analizar estas condiciones ayuda a reconocer los nexos entre las necesidades sociales, las alternativas políticas y la dimensión normativa del constitucionalismo económico.

Como es bien sabido, el surgimiento del gran cuerpo de normas, instituciones y políticas regulativas que, en su conjunto, conocemos hoy como “regulación”, tuvo lugar de manera contemporánea en Europa y Estados Unidos, irradiando desde estos polos a todo el mundo. Esta gran reforma del “*ancien régime*” económico liberal fue, fundamentalmente, una respuesta a la grave crisis económica del periodo de entre guerras y a la necesidad de estabilización socioeconómica subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, como veremos con mayor detalle en el capítulo sexto, la reforma del marco jurídico de la actividad económica a escala mundial fue tanto causa como consecuencia, por un lado, de la enorme transformación política y social de la economía atlántica que supuso el *New Deal* en Estados Unidos (véase Calabresi, 1982, y, para una introducción general, Duxbury, 1995, capítulo 2) y, por otro, de la implementación del *Welfare State* en Gran Bretaña;¹⁵ de la estatalización de una parte sustancial de la actividad económica de vanguardia en Francia (véase Einaudi, Byé y Rossi, 1995, pp. 199 y ss.), y de la implantación del capitalismo renano en Alemania (véase Hardach, 1980, pp. 155-177).

Bajo la influencia del keynesianismo —y, aunque en menor medida, del ordo-liberalismo alemán—, estos procesos fueron respuestas urgentes a la desaceleración económica y a la destrucción que la guerra dejó tras de sí. Del mismo modo, su contracción, también simultánea y a escala mundial, fue consecuencia de la crítica de la gestión centralizada de la economía disparada por la crisis de crecimiento de la década de los setenta y consolidada por la revolución conservadora de la década de los ochenta, con el telón de fondo del modelo económico neoliberal de la Escuela de Chicago, en general, y del monetarismo de Milton Friedman, en particular, políticamente sustanciados en el “Consenso de Washington”.

¹⁵ En este caso, por su influencia en la trayectoria de la London School of Economics y de la *Modern Law Review*, quizá la figura más destacada sea Harold Laski. Véase Laski (1947 y 1963). Para una aproximación general, Loughlin (1992, pp. 168 y ss.).

Así pues, el desarrollo de la teoría de la regulación ha seguido miméticamente los cambios de actitud respecto de la tensión entre la gestión centralizada y la organización descentralizada de la economía; reducida ideológicamente en la contraposición entre las dos formas de orden social —el Estado y el mercado— concebidas como antagónicas tanto en sus fines como en sus medios.¹⁶ A pesar del carácter primordialmente “técnico” de la teoría de la regulación, la naturaleza eminentemente política de los programas de regulación y, naturalmente, de “desregulación”, ha supuesto que éste haya sido un campo de batalla ideológico en el que han contendido representantes de distintas ciencias sociales; y que esta controversia se haya desarrollado, en gran medida, como un elemento más dentro de debates políticos generales y, en ocasiones, como justificaciones *ex post* de los cambios normativos decididos de antemano como efecto de triunfos doctrinales por vía política.¹⁷

III. ALGUNAS CUESTIONES FILOSÓFICAS DEL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

Como he apuntado, uno de los objetivos de este capítulo gira en torno a la posibilidad de traducir en términos de una teoría del “constitucionalismo” económico algunas de las ideas centrales de las teorías de la “regulación”; es decir, se trata de desplegar la función de canalización de la teoría del derecho, en términos de Twining que veíamos en el primer inciso.

Dado que algunos de los principales instrumentos para llevar a cabo la intervención del Estado en la vida social son, precisamente, la articulación de normas e instituciones jurídicas, la justificación de esta tarea teórica consiste en dar cuenta de las similitudes y contrastes de estas “teorías” sobre la base de categorías comunes, algunas de las cuales ya han sido apuntadas al tratar las respectivas concepciones de la legislación en Smith y en Bentham. En este orden de ideas, parece que un paso en la dirección de reconstruir el espacio común de las teorías jurídica y económica de la regulación en el contexto del problema de la economía política es explorar las formas en las que la filosofía del derecho ha configurado las concepciones dominantes acerca del papel del derecho —y, en particular, del derecho público— en la

¹⁶ En este orden de ideas, así como no puede exagerarse la importancia histórica de *The General Theory of Employment, Money, and Interest* de Keynes, tampoco puede reducirse la de manifiestos como *Road to Serfdom* de Hayek; *Capitalism and Freedom* de Friedman, o del aún más popular *Freedom to Choose* de Friedman y Friedman.

¹⁷ Para una visión histórica general de estas transformaciones, véase Yergin y Stanislaw (1998). Para una visión comparada con el sistema de economía dirigida, véase Berliner (1999).

esfera política. Como veremos, y como no podría ser de otra manera dado el carácter teóricamente unitario del problema del buen gobierno, estas concepciones del derecho público comparten los presupuestos básicos de las distintas concepciones “económicas” de la regulación, así que identificarlas constituye un paso discreto, pero importante, para la tarea de comunicación entre las teorías.

Es fácil comprobar que de una u otra manera en el ámbito de la “filosofía” del constitucionalismo económico se reproducen los mismos problemas generales que se presentan en la filosofía del derecho: cuál es la naturaleza del constitucionalismo económico; cuál es el mejor método para teorizar a propósito éste; qué fines debe perseguir, quiénes están mejor capacitados para realizar tales fines, etcétera. Como veíamos en el inciso anterior —y como también ocurre en la filosofía del derecho—, la configuración de los problemas de la filosofía del constitucionalismo económico depende, en buena medida, de la concepción de la regulación implícita en el modelo de orden social de referencia. Así pues, en el contexto del constitucionalismo económico que he perfilado antes, las funciones de la regulación han dado lugar, entre otras importantes, a cuatro cuestiones “filosóficas” fundamentales: 1) cuál es el contexto de las decisiones constitucionales; 2) cuál es y debe ser el papel de los intereses en el constitucionalismo económico; 3) existe un método racional para orientar el diseño y la valoración de las normas e instituciones económicas, y 4) cómo resolver la tensión entre los valores de eficiencia y justicia como objetivos del orden económico.

1. *El problema de la elección constitucional*

Colocado en su contexto social, el problema de la “elección constitucional” es una instancia del problema común en cualquier forma de ordenación social: cómo generar la coordinación necesaria para alcanzar los fines de la organización. En este nivel, los elementos específicos que caracterizan a los problemas del “constitucionalismo económico” vienen dados por la presencia de alternativas en la elección de “técnicas” regulativas.¹⁸ Es decir, por la posibilidad de utilizar distintos medios para alcanzar un fin determinado o, dicho en otros términos, por el problema técnico de la eficiencia en la relación medios-fines. Ahora bien, a pesar de la idea de autonomía teórica que

¹⁸ Max Weber expone esta idea en los siguientes términos: “Si algo significa la economía, prácticamente considerada, es precisamente la selección cuidadosa entre distintos fines, aunque se *oriente* desde luego por la escasez respecto del medios que para la realización de estos varios fines están a nuestra disposición o podemos procurarnos” (1964, p. 160). Para un tratamiento introductorio del “problema económico” véase Heilbroner (1988).

puede generar la teoría social actual, dominada por la perspectiva económica del razonamiento instrumental, la naturaleza de los problemas regulativos y, por tanto, de las razones fundamentales que justifican la elección social de un determinado régimen regulativo no son centralmente económicas —esto es, orientadas por la escasez—, sino fundamentalmente políticas y morales. Es decir, suscitadas fundamentalmente por la pluralidad de objetivos y valores, y de manera muy particular, por los efectos distributivos de los arreglos institucionales encaminados a realizar o proteger los intereses relacionados con los mismos.

En este orden de ideas, como he señalado en el inciso anterior, parece claro que lo que se conoce como liberalismo y mercado son, en cierto sentido, dos caras de una concepción general de la sociedad y, más particularmente, del tipo de relaciones sociales generan algún tipo de “orden” (Hardin, 1999). La configuración de la relación regulativa como la intervención del Estado en el mercado es un reflejo del liberalismo como “ideología” o “visión del mundo”, que subyace a la relación entre los órdenes social, político, económico, etcétera. En particular, como hemos visto, tal relación viene conformada por su concepción de la posición del Estado *vis à vis* una sociedad individualista que define al capitalismo y, más concretamente, por los principios que regulan la posición del Estado respecto de la relación entre el interés público y la autonomía privada. Y la coordinación económica que genera el mercado —en particular, las propiedades “funcionales” por las que se considera preferible al sistema de mercado como mecanismo de coordinación económica—, depende de la presencia de ciertos presupuestos dentro de los que, desde luego, ciertas reglas e instituciones jurídicas tienen un papel preeminente. Estos presupuestos conforman lo que se conoce como “orden económico de mercado”, y considerar los aspectos constitucionales fundamentales del modelo de mercado es necesario porque es precisamente en virtud de que este mecanismo ideal que las teorías de la regulación proveen de razones “económicas” para explicar o justificar los distintos fines, procesos y límites a la intervención del Estado en el mercado que se consideran “legítimos” en un sistema jurídico-político en particular.

Naturalmente, la descripción de las condiciones estructurales-institucionales del modelo de mercado depende del interés teórico particular que se tenga. En la actualidad el modelo mercado opera como el paradigma económico, por lo que las virtudes analíticas y normativas del modelo suelen darse por sentadas; por lo que es infrecuente encontrar en la literatura económica dominante análisis de sus presupuestos que faciliten una visión general del problema de la regulación del mercado en su conjunto, y que ayuden a analizar, desde un enfoque incluyente, la estructura y las condiciones funcionales

del mercado como técnica social.¹⁹ Por ello, quizá la primera tarea de una filosofía de la regulación consista en dar una imagen de la coordinación económica que supere los propios presupuestos del modelo de mercado, dando lugar también a las razones para las elecciones sociales en favor y en contra del mercado, frente a otras alternativas de coordinación socioeconómica disponibles o, incluso, imaginables.

2. *Los intereses en el constitucionalismo económico*

Como comenté en el apartado anterior al referirme al desarrollo y las mutaciones en las concepciones de la ciencia de la legislación, en tanto que problema filosófico, el papel de los intereses en la regulación suele plantearse desde dos posiciones divergentes que reflejan su respectiva confianza en que la persecución de los intereses individuales pueda conducir a una buena regulación en términos del bienestar social.

Tales perspectivas prefiguran las concepciones dominantes respecto de la naturaleza de la regulación: las teorías escépticas respecto de las capacidades —fundamentalmente epistémicas, aunque también prácticas— que confían en el orden espontáneo como una forma de composición del interés general y los intereses individuales, por un lado, y las teorías que creen en la existencia de criterios racionales que posibilitan y guían el control autoritativo de la actividad económica a la luz del bienestar social y que contraponen a la persecución de los intereses individuales la noción de interés público, por otro. Los rasgos básicos de estas concepciones se ven claramente en el papel de los intereses individuales como generadores y como objetos de la regulación.

¹⁹ Así, por un lado, los manuales de economía o de microeconomía que se utilizan en las facultades no suelen hacer prácticamente ninguna referencia a la estructura institucional de los mercados y, por otro, los distintos presupuestos del análisis económico neoclásico (racionalidad maximizadora; información perfecta; orden de preferencias estable y consistente; movilidad perfecta, etcétera) suelen presentarse formalizadamente como postulados del análisis, sin profundizar en consideraciones respecto de su estatus epistemológico ni, desde luego, en su vertiente valorativa. Por su parte, los trabajos de los economistas especializados en la regulación, que se centran precisamente en la divergencia entre el modelo y la implementación institucional de los mercados, generalmente enfocan la estructura institucional y las condiciones funcionales de manera muy particularizada, atendiendo al efecto de las reglas e instituciones particulares en la operación de mercados específicos o en sectores industriales o servicios públicos particulares (transportes, telecomunicaciones, vivienda, etcétera), pero sin generar hipótesis generales respecto de la forma en la que deben integrarse esas normas a la luz del conjunto del sistema económico. Véanse Joskow (2000), Schalteensee, Richard y Willig (1989) y Kahn (1988).

La primera concepción, que suele denominarse “teoría de la elección pública”, desde una visión pluralista de los intereses, da lugar a teorías del orden espontáneo que consideran que los estados de cosas socialmente deseables —incluida la propia existencia del entramado regulativo— son el producto de un equilibrio de intereses contrapuestos y que, en tanto “reglas del juego” el objetivo de las instituciones consiste en que, a un tiempo, consolidan y potencian las condiciones que generan ese tipo de equilibrio “benéfico”. En este sentido, en esta concepción, la regulación tiene lugar indirectamente en el contexto de un conflicto de intereses y dentro un modelo de legitimidad contractualista, y los diseños institucionales se orientan a la facilitación de arreglos espontáneos dentro de un modelo evolutivo de desarrollo institucional.

Por otro lado, desde la perspectiva de la conocida como “teoría del interés público”, la segunda concepción considera que la persecución de los intereses individuales no sólo no genera, ni directa ni indirectamente, pautas de conducta satisfactorias en términos del bienestar social, sino que tiene efectos perniciosos que hacen necesaria la regulación en las formas de dirección, prevención y corrección. En este contexto de desconfianza, la regulación presupone un conflicto entre los intereses particulares y el interés público; se desarrolla sobre la base de la legitimidad de control autoritativo que se orienta hacia el resultado —es decir, la resolución de dicho conflicto de manera compatible con el interés general—, y donde, dentro de un modelo de desarrollo institucional racionalista, el objetivo del diseño institucional es generar instrumentos eficaces para proteger del interés público.

Como veremos enseguida con más amplitud, parece claro que una segunda tarea para la filosofía de la regulación consiste en analizar críticamente la oposición descrita respecto del papel de los intereses como motivaciones y, eventualmente, como justificaciones de las acciones regulativas. En el desarrollo de esta tarea, me parece, un presupuesto fundamental consistirá en desembarazar al análisis normativo de su autoimpuesta incapacidad para tomar en cuenta la dimensión psicológica de las acciones individuales y colectivas, reconociendo así que en el foco de la teoría jurídica —como de cualquier teoría normativa, en mi opinión— se encuentran las conductas y sus motivaciones, y no las normas que de manera contingente las afectan.

3. *La “racionalidad” en el constitucionalismo económico*

Respecto del problema filosófico del método para teorizar en torno a la perspectiva regulativa del constitucionalismo económico, la cuestión se

suele plantear como la alternativa entre una aproximación normativista típicamente jurídica y una aproximación funcionalista propia de las políticas públicas. A la aproximación jurídica corresponde la metodología propia de la tarea reconstructiva de los materiales normativos, en la que el legislador es el agente principal y donde las propiedades sistemáticas de jerarquía, consistencia y coherencia normativa y valorativa del ordenamiento jurídico —o, más correctamente, con sectores del mismo— están en el centro de la discusión. Por su parte, la aproximación característica de las políticas públicas analiza el problema centrándose en los efectos de la regulación en los incentivos y, eventualmente, en sus efectos en las conductas de los regulados; por lo que, consecuentemente, su interés fundamental reside en predecir y evaluar cuantitativamente los efectos de los cambios regulativos en las conductas de los agentes regulados, y su metodología es, como veremos enseguida, fundamentalmente de tipo empírico e incrementalista, centrándose en las relaciones causales entre los cambios normativos y resultados apreciables, por ejemplo, en términos de índices de productividad, del producto interno bruto, de tasas de desempleo, etcétera.

Aunque la naturaleza filosófica de estas cuestiones y sus repercusiones en la teoría del derecho son menos obvias que en el caso de historia de las ideas respecto de la regulación, creo que no hay problema en apreciarlas una vez que se tiene en cuenta que detrás de estas aproximaciones a la regulación hay una idea acerca de qué es el derecho; es decir, del concepto de derecho. En la primera aproximación domina la idea del derecho como sistema normativo, producto de actos de autoridad válidos, y que, por tanto, asume la autonomía del derecho y, de ahí, la del método jurídico. En la segunda aproximación domina la idea del derecho como una forma de ingeniería social orientada por criterios de eficacia instrumental-práctica respecto de fines sociales que van más allá de los valores del propio ordenamiento jurídico y, por lo tanto, asume que la ciencia jurídica comparte los objetivos y los métodos con otras ciencias sociales.

En un esfuerzo por trazar un mapa de las estructuras conceptuales (filosóficas) que dominan el horizonte del derecho público, Martin Loughlin (1992, en particular, capítulos 4-6) ha propuesto una categorización básica que distingue dos “estilos” de pensamiento que, aunque con tensiones y hasta cierto grado de contradicción interna, constituyen unidades identificables que cubren el espectro de las distintas teorías acerca del objeto, los límites y las tareas del derecho público: el normativismo y el funcionalismo. Echando mano de la noción weberiana de “tipo ideal”, distingue dos estilos básicos de pensamiento acerca del derecho público en los siguientes términos:

El estilo normativista de derecho público está fundado en la idea de la separación de poderes y en la necesidad de subordinar el gobierno al derecho. Este estilo enfatiza las funciones de adjudicación y de control, por lo que está orientado por las reglas y su naturaleza es conceptual. El normativismo refleja, esencialmente, el ideal de la autonomía del derecho. En contraste con éste, el estilo funcionalista de derecho público ve al derecho como parte del aparato gubernamental. Su atención se centra en las funciones regulativa y facilitadora y, consecuentemente, se orienta por los objetivos y adopta la aproximación instrumentalista de las políticas sociales. El funcionalismo refleja un ideal de cambio evolutivo progresivo (Loughlin, 1992, p. 60).

Configuradas de esta manera, la oposición normativismo *vs.* funcionalismo pone de manifiesto una contraposición entre dos concepciones del derecho público respecto de los aspectos básicos del concepto moderno de orden jurídico y, lo que, quizá, es más relevante en este contexto, entre dos concepciones políticas del derecho. En este sentido, estas concepciones no sólo se contraponen respecto de sus respectivos conceptos de derecho, de legislación, de derecho subjetivo y de representación sino, también, en un nivel más fundamental, en lo concerniente a sus ideas de libertad, de orden y de Estado. Loughlin resume así estos desacuerdos:

Para el normativista,²⁰ el derecho precede a la legislación mientras que para el funcionalista la legislación, como materialización de la voluntad democrática, es la máxima expresión del derecho. Diferencias de similar naturaleza pueden apreciarse en relación con ideas relacionadas con los derechos y la representación. El normativista cree que los derechos preceden al Estado mientras que para el funcionalista los derechos emanan del Estado. Dentro del estilo funcionalista, la representación democrática fundamenta la legitimidad, mientras que para el normativista el estatus de la representación democrática puede tratarse de manera más ambivalente... Repasando estas diferencias generales podríamos decir que el estilo funcionalista puede verse como un intento por romper las dicotomías erigidas por el normativismo entre (por un lado) gobierno/discrecionalidad/política (*policy*) y (por otro) derecho/reglas/derechos...

El normativista ve la libertad como ausencia de restricciones externas mientras que el funcionalista percibe la libertad como una capacidad real para hacer o disfrutar algo. Para el normativismo la libertad puede identificarse con la ausencia de control jurídico, mientras que para el funcionalista mayores controles jurídicos pueden significar más libertad. También pueden encontrar-

²⁰ Debemos señalar que Loughlin tiene en mente, fundamentalmente, a juristas ubicados dentro de la concepción anglosajona del *common law*, y también hay que apuntar que, para los efectos de su visión de la legislación, Hayek puede considerarse como un participante de esa visión del derecho.

se diferencias significativas respecto de su concepción de orden social. Muchos normativistas adoptan una perspectiva atomista de la relación entre Estado e individuo, mientras que el funcionalismo se construye sobre una concepción orgánica de esa relación. Por último, el Estado positivo es generalmente caracterizado por los normativistas como un “estado servil” mientras que en la visión funcionalista es la expresión de una creciente moralización de la sociedad (Loughlin, 1992, p. 60).

Desde luego, puede discutirse la pertinencia de los criterios que elige Loughlin para construir las categorías anteriores; también puede ser criticada desde distintos ángulos la forma en que perfila la oposición entre estos “estilos de pensamiento”. En este sentido, parece claro que con el propósito de dar una imagen coherente de estas concepciones lima aristas que hacen incompatibles a teorías que, sobre la base de los criterios canónicos en la teoría y filosofía jurídicas, serían clasificadas de distinta manera, y que, además, dentro de tales criterios canónicos existen opciones teóricas que reconcilian en buena medida las oposiciones que él subraya. Es cierto que dentro de las categorías generales perfiladas caben teorías del constitucionalismo bien diferentes, que en contextos como la historia del pensamiento jurídico, y la clave del análisis quizá estaría más en dar cuenta de esas diferencias, que en tratarlas por medio de categorías generales. Sin embargo, aun con la deficiencia del trazo grueso —o, quizá, precisamente por ello—, a pesar de que se dibujen sobre la tela de las categorías al uso en la filosofía política, más que sobre el *background* de la teoría y filosofía jurídicas —y, también, pese a su perceptible carácter *ad hoc*—, creo que la dicotomía propuesta por Loughlin resulta útil para presentar dos ejemplos, de signo contrario en varios sentidos, de la influencia a menudo implícita de la filosofías del derecho en el constitucionalismo: la del liberalismo normativista de Hayek y la del pragmatismo instrumentalista del realismo americano.

A la luz de su respectiva influencia en las visiones contemporáneas sobre las posibilidades de la regulación del orden económico, puede decirse que, de alguna manera, las fortunas de estas “filosofías” del constitucionalismo económico corren en sentido contrario. Aunque mediante nexos muy difusos, la influencia de Hayek sigue siendo profunda, su importancia no es tanto un efecto de su teoría jurídica propiamente dicha, sino del hecho de que condensa y sistematiza, en torno a la idea de orden espontáneo, toda una corriente de pensamiento liberal que, como he señalado antes, está implícita en la *conventional wisdom* respecto de la superioridad del orden económico de mercado respecto de la economía dirigida. Por otro lado, aunque la influencia del realismo americano fue muy nítida —si bien, no necesariamente consistente— en un momento clave para el desarrollo del Estado regulador

contemporáneo —el *New Deal*— y dentro de su “ambiente” se engendró el movimiento *Law and Economics*, que sería revitalizado por el neoinstitucionalismo económico en las últimas décadas, su influencia sólo pervive indirectamente por medio de su influencia en el análisis económico del derecho, sensiblemente reducida en sus aspiraciones como teoría del derecho.

Así pues, a pesar de que la obra de Hayek rara vez es citada, su ataque a la confianza en las capacidades humanas para el diseño deliberado de las instituciones sociales (constructivismo racionalista); a la jerarquía y la obediencia como forma de orden social propio de las organizaciones (*taxis*); al Estado como organización orientada a la construcción de orden social deseado (modelo telocrático) y al derecho como prescripción legislativa (*thesis*), ha calado hondo en el pensamiento conservador que ha inspirado la ola “desreguladora” de las últimas décadas. Consecuentemente, su alternativa, sintetizada en la idea de orden espontáneo e integrada por una teoría del conocimiento social (racionalismo crítico) mediante la concurrencia del conocimiento individual por medio del libre juego del mercado (*catalaxia*), por una concepción del Estado como proveedor de reglas como marco de la acción social (modelo nomocrático), y por una idea espontánea-evolucionista de orden y de las instituciones sociales (*nomos*),²¹ ha venido a ser una condensación del racionalismo individualista liberal que es implícitamente asumido en un muy relevante sector del discurso de la regulación, en particular, el comprometido con las políticas neoliberales.

Por otro lado, a pesar de la conocida dificultad para trazar con precisión el carácter, los objetivos y los límites del realismo americano (véase Summers, 1982, en particular, la introducción) y, por tanto, para establecer en qué medida este “movimiento” puede considerarse “la filosofía jurídica” del *New Deal*,²² parece incontestable que, no sólo mediante la participación directa de algunas de sus principales figuras, sino también por la promoción de decisiones administrativas responsables vistas como “creaciones humanas que han de juzgarse por sus consecuencias en la vida cotidiana” (Frank, 1934, p. 5), el instrumentalismo característico del realismo americano se fundió en la gran reforma legislativa que marcó el nacimiento de la concepción contemporá-

²¹ En relación con los elementos básicos de la teoría del derecho de Hayek, véase, Hayek (1973 y 1978); respecto del orden social liberal, véase, por ejemplo, Hayek (1967); en relación con la crítica al racionalismo constructivista, Hayek (1980, capítulos 1-4) y, en términos más generales y políticamente comprometidos, Hayek (1994). Para una visión de conjunto, Ogus (1989).

²² A propósito, Neil Duxbury ha enfatizado la necesidad de cuestionar seriamente la asunción común de que el realismo americano operó como la jurisprudencia de los programas de Roosevelt. Para una visión general de la influencia del realismo americano en el surgimiento del Estado regulativo en Estados Unidos, véase Duxbury (1995, en particular, pp. 149 y ss.).

nea de la regulación (véase, Stewart, 1975). Así pues, el realismo americano compartió con las políticas de este “momento constitucional” la confianza fundamental en el “experimentalismo” social. En este sentido, muchos realistas estaban dispuestos a participar en la vida política

...estimulados por la oportunidad de ayudar a la creación de las agencias gubernamentales que pudieran ser utilizadas experimentalmente como medios para alcanzar mejores resultados en la agricultura, la industria, las condiciones laborales, los tributos, la reorganización corporativa, la financiación municipal, el desempleo, y una multitud de otras cuestiones (Frank, 1934, p. 5).

Con independencia de lo problemático que resulte armonizar sus tendencias en términos de las corrientes históricas y, más específicamente, a pesar de que, como consecuencia de que sus principales representantes centraran su atención en los procesos de adjudicación más que en la creación e interpretación legislativa, el movimiento realista nunca haya evolucionado en la dirección de producir una teoría de la regulación administrativa, parece que por medio de la crítica del formalismo decimonónico y de la teoría del derecho privado, el legado de su instrumentalismo experimentalista puede verse como un referente de la interpretación constitucional en Estados Unidos; que, por otra parte, como ha mostrado Cass Sunstein, ha desarrollado el constitucionalismo económico en ese país (Sunstein, 1990).

Evidentemente, las filosofías del constitucionalismo económico que acabo de esquematizar son mucho más ricas y complejas de lo que puedo exponer aquí —en el próximo capítulo veremos algunos otros de sus aspectos fundamentales—. Sin embargo, creo que las gruesas pinceladas con las que las he trazado permiten ver la naturaleza filosófica de los problemas que plantean. En relación con la filosofía de la regulación me parece importante recalcar una cuestión hacia la que ya había apuntado al referirme a las respectivas concepciones de la ciencia de la legislación de Smith y de Bentham. Me refiero al contraste de esas teorías respecto de los presupuestos la actividad legislativa o regulativa, en particular, a su respectiva confianza en la capacidad instrumental del derecho y, en todo caso, de la regulación (constitucional y no constitucional).

Como he señalado, para el normativismo de Hayek, las normas jurídicas establecen un marco de interacción imprescindible, aunque insuficiente, para generar un orden social, mientras que, para el instrumentalismo de los realistas, el derecho es sólo uno entre distintos medios para implementar cambios en las relaciones sociales concretas, y no sólo en las reglas e instituciones que las regulan. Como es natural, y como he apuntado ya, estas distintas concepciones de la “naturaleza técnica” del derecho y de la regulación dan lugar

a distintas imágenes respecto de los límites del mercado como “forma” de ordenación social. Para la primera, la regulación consiste, fundamentalmente, en establecer las “reglas del juego”; es decir, establecer las condiciones en las que tienen lugar los intercambios voluntarios (*catalaxia*), dejando enfáticamente a un lado la intervención en las consecuencias de estos. Para la segunda, la regulación consiste en la alteración tanto de las condiciones como de las consecuencias de la operación del mercado, a la luz de su utilidad instrumental respecto de ciertos objetivos sociales —en general, de naturaleza política—. Como veremos más adelante, ambos modelos filosóficos de la regulación —de los cuales, las teorías de Hayek y del realismo americano son sólo ejemplos— explican y orientan a la regulación como técnica jurídica compleja, por lo que, en mi opinión, su estudio merece un lugar prioritario en la agenda de las tareas de la teoría de la regulación.

4. *Los valores fundamentales del constitucionalismo económico: justicia vs. eficiencia*

La tensión entre justicia y eficiencia como problema filosófico se relaciona, claro está, con las otras cuestiones filosóficas que hemos visto. De hecho, la manera en que se plantea depende de cómo se responda a las anteriores cuestiones; y ello, como he señalado antes, está en función de la concepción general de la capacidad de gobierno de la que se parta. Dicho brevemente, esta no es una cuestión que pueda abordarse de manera descontextualizada.

Desde la perspectiva “regulativa” del constitucionalismo económico que he planteado, se puede identificar tres formas en las que se plantea este problema, íntimamente relacionadas entre sí. En la primera forma, la tensión corresponde al tipo de relación social que caracteriza al mercado; en la segunda, la tensión se refiere a los productos del mecanismo social del mercado y, en la tercera, la tensión corresponde a la cuestión de la legitimidad del mercado como institución.

Como veremos con mayor amplitud en el capítulo cuarto, el tipo de relación social que caracteriza al mercado es la transacción voluntaria bajo la regla *quid pro quo* dirigida por la maximización de los intereses individuales. En este orden de cosas, dados los presupuestos conductuales del mercado como forma de organización social, las transacciones “voluntarias” de los sujetos maximizadores de su utilidad son, por definición, “justas” en el sentido en que realizan los propios intereses de los participantes. Es decir, los participantes en un mercado realizan las transacciones porque les conviene hacerlo en términos de sus propios intereses. Ahora bien, como es bien sabido, en el

mundo real existe gran variedad de obstáculos para la conducta “racional” que presupone el modelo (*homo economicus*), como son la información inadecuada, las disonancias cognitivas, el estado de necesidad, etcétera. Esto es, con no poca frecuencia, los sujetos que participan en relaciones de mercado “reales” se equivocan respecto de “sus” intereses. Consecuentemente, no es posible esperar de manera realista la armonía entre eficiencia y esta idea primaria de justicia como incremento en el bienestar individual derivada de la satisfacción de intereses. Así pues, dicho en términos llanos: de hecho, las personas realizan a menudo transacciones que *no* les convienen, por lo que a menudo las relaciones de mercado no son legítimas.

Pero ese primer desajuste entre eficiencia y justicia es sólo un aspecto relativamente sencillo de apreciar a la luz de la supuesta “racionalidad” del mercado. El tema se torna más complejo cuando se aprecia la tensión entre los valores de la regulación y las propiedades del mecanismo de mercado. Esta tensión se manifiesta fundamentalmente al atender a las condiciones que anteceden a la operación de los mercados, y que, por decirlo de algún modo, vician de “origen” sus productos. Como es bien sabido, la “mecánica” de ajuste del mercado sólo conduce a que, en el mejor de los casos, dada una asignación previa de recursos se produzca una reasignación *eficiente* de los mismos —es decir, que los bienes se transfieran a la parte que más los valora—, pero sin tener en absoluto en cuenta ni los criterios de asignación de bienes de intercambio ni los efectos distributivos de esa reasignación de mercado. Así pues, en este nivel, la tensión en la regulación del mercado entre eficiencia y justicia es el resultado de que la mecánica del mercado reproduce y, generalmente, agrava las condiciones distributivas-institucionales en las que opera el propio mecanismo de mercado.

Por último, una tercera tensión entre eficiencia y justicia, aun más compleja de apreciar y de capturar en toda su extensión, es la que puede apreciarse en el contexto del mercado como sistema social que afecta y que depende de sistemas complejos de valores. Es decir, la tensión consistente en la medida en la que el mercado es un instrumento eficiente para generar los estados de cosas moralmente deseables. En este punto, la tensión tiene lugar no sólo en el plano de la idoneidad instrumental de los mercados para potenciar acuerdos convenientes para las partes o para alcanzar objetivos distributivos, sino en el de la colisión de valores básicos como la libertad y la igualdad. A primera vista, el principio abstracto de concurrencia que sustancia el mercado parece compaginar nuestras pretensiones de libertad y de igualdad en el plano económico. Sin embargo, cabe esperar que la especificación de las condiciones institucionales para la implementación de ese principio desvirtúe gravemente tan promisorio escenario. Aquí, la tensión entre eficiencia

y justicia enlaza al constitucionalismo económico con la filosofía política y moral. Y de nuevo, cabe esperar un nítido paralelismo con la forma en la que la filosofía del derecho se funde con estas otras esferas de la filosofía práctica.

A propósito de estas últimas cuestiones, me parece necesario apuntar otros dos temas generales que deben incluirse como tareas de una filosofía de la regulación. El primero consiste en reflexionar en torno al papel del utilitarismo como filosofía pública (véase Goodin, 1995, en particular capítulos 1 y 2); en particular, respecto de su ascendiente en la deliberación relativa a la regulación como herramienta de las políticas públicas. En este orden de cosas, creo que además de los problemas del “bienestarismo” (*welfarism*) implícito en el utilitarismo presupuesto por el modelo de mercado que, como he señalado, están en el centro de atención de la economía del bienestar y de buena parte de la teoría de la justicia liberal contemporánea, una teoría jurídica de la regulación centrada en las funciones instrumentales de las normas e instituciones jurídicas debe ocuparse en el efecto del consecuencialismo en lo que se conoce como “incrementalismo” en el ámbito de las políticas públicas. En su forma más general, esta doctrina “...afirma que la comprensión teórica del sistema social es innecesaria o, incluso, indeseable para el diseño de las políticas públicas; puesto que tanto las relaciones empíricas como los valores se descubren mejor mediante el método de acierto y error (*trial and error*)” (Goodin, 1982, p. 4).²³

Robert Goodin ha mostrado, en mi opinión, de manera sólida que el incrementalismo es, a la vez, una mala estrategia para determinar la verdad o falsedad de hechos empíricos —puesto que, en todo caso, el diseño racional de las políticas públicas exige una mínima comprensión teórica del sistema en el que se interviene (Goodin, 1982, capítulo 2)— y un método insatisfactorio para encontrar una guía para las políticas públicas susceptible de justi-

²³ De hecho, Goodin distingue tres tipos de incrementalismo para la utilización de esta estrategia en las políticas públicas, que dan distintas razones y que, naturalmente, tienen distintos méritos: 1) el incrementalismo en su forma más estándar, que prescinde completamente de la comprensión teórica del sistema en cuestión, y propone como estrategia de decisión continuar con el tipo de intervención que haya mostrado mejores resultados en casos anteriores; 2) el incrementalismo que reconoce la necesidad de cierta comprensión teórica y que propone que, fundamentalmente por razones epistémicas el incrementalismo puede, precisamente, colaborar a ésta, con el objeto de maximizar los resultados del sistema —esto es, propone que mediante una estrategia basada en la constatación de hipótesis, consistente en la idea de que haciendo pequeños cambios cada vez, es más fácil descubrir las relaciones causales—, y 3) el incrementalismo como estrategia de adaptación, que persigue evitar que ciertas opciones deseables queden canceladas de antemano, y que, por tanto, confía en que la intervención mediante alteraciones incrementales tenderá menos a cerrar opciones de políticas públicas futuras. Desde luego, la forma de incrementalismo especialmente criticable, pero también más difundida, es la primera.

ficación —en particular, de justificación moral; sobre todo porque el incrementalismo ignora el efecto del tiempo en las personas y en las instituciones, creando un vínculo demasiado exigente entre la acción política y el pasado (Goodin, 1982, capítulo 3). Aunque no puedo detenerme ahora en una consideración detallada de sus argumentos, lo que quiero apuntar aquí respecto de las tareas de la filosofía de la regulación es que ésta no sólo debe dar cuenta de los límites técnico-instrumentales de la regulación en el sentido en que veíamos antes, sino que, además, tiene que definir criterios para controlar y, en su caso, criticar la práctica regulativa dentro del marco de las políticas públicas. En este sentido, como he expuesto con más detalle en otras ocasiones, una teoría jurídica de la regulación no sólo debe formular pautas para la guía de la actividad regulativa, sino también para el control de la misma; es decir, para imputar responsabilidades por las consecuencias perniciosas de las acciones institucionales de carácter regulativo (Larrañaga, 2009).

El segundo tema respecto de las tareas teóricas de constitucionalismo económico a propósito de los valores —que quiero sólo dejar apuntado aquí, ya volveremos a éste en el capítulo cuarto—, concierne al papel del interés general en la deliberación regulativa. En este particular, me parece oportuno llamar la atención hacia las consecuencias teóricas y prácticas del análisis conceptual de la noción de interés general, tanto respecto de los objetivos de guía y como en relación con las funciones de control de la teoría en relación con actividad regulativa a los que acabo de referirme.

El concepto de interés general tiene una naturaleza particularmente compleja —incluso, en cierto sentido, paradójica— dentro de la concepción liberal del orden social (Barry, 1991). Ello hace que su estudio sea excepcionalmente difícil de delimitar teóricamente. No trataré, desde luego, de analizar este concepto aquí —ni siquiera analizaré los efectos de las distintas concepciones del interés general en la teoría de la argumentación regulativa—, sino que sólo me detendré a apuntar la trascendencia del análisis de este concepto para la teoría de la regulación, mostrando superficialmente las consecuencias teóricas de trazar dos distinciones.

La primera serie de consecuencias teóricas proviene de considerar al interés general bien como un principio en sentido estricto como una directriz o *policy*.²⁴ En el primer caso los argumentos de interés general serían una subespecie de los argumentos relativos a derechos subjetivos, y ello supondría, entre otras cosas, por ejemplo, la obligación por parte de las autoridades regulativas de universalizarlos y el énfasis en las funciones de control de la legalidad y de legitimidad procedimental de la regulación. En el segundo

²⁴ Utilizo la distinción en el sentido trazado por Atienza y Ruiz (1996).

caso, los argumentos de interés general serían una subespecie de los argumentos de bienestar, y ello supondría, entre otras cosas, por ejemplo, que su pertinencia será dependiente de la oportunidad de la medida concreta dentro de una política general y el énfasis de las funciones de guía y de legitimidad por el resultado, y limitando las funciones de control fundamentalmente al control de la razonabilidad de la decisión.²⁵ En esta línea de ideas, tratar al interés general como un principio o como una directriz parece una respuesta natural a cuál se considere que es la naturaleza de los principios a los que corresponde predominantemente la actividad regulativa —o, por decirlo de otro modo, a cuál es el “género rector” del orden económico.²⁶

De aquí se deriva una segunda línea de consecuencias: si se considera que la noción de interés general es, fundamentalmente, una noción de carácter moral, la actividad regulativa se orientará prioritariamente hacia la protección de derechos mediante la conformación de barreras al contenido y alcance de la autonomía privada (regulación del mercado como límite), mientras que si se considera que es una noción de carácter preponderantemente político, la actividad regulativa se orientará prioritariamente hacia el bienestar social mediante la conformación de políticas públicas (regulación del mercado como política). Naturalmente, una y otra apreciación de la noción de interés general dan lugar a distintas imágenes de la regulación que deben ser estudiadas dentro de una filosofía de la regulación.

IV. LA CENTRALIDAD DE LOS AGENTES EN EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

En la concepción del derecho como disciplina que presenté a principio, colocar los problemas prácticos en el centro de la atención de los juristas suponía que la perspectiva de los participantes es central para la filosofía del constitucionalismo económico. En este sentido, un rasgo definitorio de esta aproximación a las tareas teóricas es que los aspectos generales que le incumben no son determinados sobre la base de su interés “teórico” intrínseco ni, desde luego, por las tradiciones o las modas de la academia. Desde una perspectiva de filosofía práctica, los problemas centrales del constitucionalismo económico son los problemas relativos a la producción de bienes y servicios en una economía. Por ello, una filosofía del constitucionalismo económico debe mirar a los legisladores, a las administraciones públicas, a los generadores de

²⁵ En este punto sigo, aunque no muy de cerca, a Bell (1993). Al respecto, véase Larrañaga (2001).

²⁶ Utilizo la expresión en el sentido trazado por Aguiló (2000, pp. 177 y ss.).

políticas públicas, a las agencias reguladoras, a los destinatarios particulares —en este caso, primordialmente, de los sectores e industrias reguladas; es decir, de las organizaciones privadas o empresas— como sus “destinatarios” fundamentales. No se trata de una filosofía especulativa ni mucho menos de un entretenimiento académico; se trata, como veíamos, de aportar orientación intelectual a quienes toman las decisiones relacionadas con la asignación de recursos escasos a fines alternativos.

Los intereses de los académicos en el método de las ciencias sociales en el desarrollo de sus herramientas conceptuales y en las teorías y corrientes de pensamiento económico, político, jurídico, etcétera, están justificados sólo en la medida en la que conduzcan a un mejor desempeño de sus tareas de servicio para una mejor práctica en la ordenación de la vida material.

Como he apuntado antes, la ordenación económica persigue, en su conjunto, un equilibrio particularmente excepcionalmente difícil de alcanzar: potenciar el máximo la productividad, dando lugar una distribución “justa” de los bienes económicos, y generando el mínimo de “distorsiones” sociales, políticas, culturales, ecológicas, etcétera. Se trata de una enormemente compleja actividad de índole instrumental, en la que hay que perseguir distintos fines parcialmente excluyentes en el marco de una multiplicidad de restricciones.

Además, como he apuntado antes, dado que el mercado es un sistema de organización descentralizado, una característica típica de la regulación en este contexto es que promueve la coordinación económica de manera indirecta; esto es, la guía de conducta realiza mediante la modificación de las preferencias de los propios participantes en los procesos productivos y de distribución. En ese sentido, en contextos de mercado, el difícil equilibrio que persigue la intervención en la economía se concreta, básicamente, en el balance entre dos potencialidades de la competencia: servir de incentivo para la creatividad económica y su tendencia a destruir las propias estructuras del mercado. Así, mientras que, por una parte, para el regulador el difícil equilibrio que he descrito se orienta por el interés general, por otra, para el regulado el equilibrio se concreta, básicamente, en la tensión entre su objetivo de obtener el máximo de ventajas económicas del mercado —incluida, desde luego, su tendencia desembarazarse de los rigores de la competencia— y los límites de la voluntariedad en los acuerdos para obtener ventajas adicionales, frente al riesgo de destruir las relaciones sociales de mercado que, en términos generales, le son beneficiosas.²⁷ Una teoría del constitucionalismo realis-

²⁷ Las teorías de la regulación que adoptan la teoría de la elección pública como marco de referencia, por ejemplo, la teoría de la captura y la teoría de la búsqueda de rentas, colocan

ta debe tener en cuenta las respectivas situaciones estratégico-institucionales de los reguladores y de los regulados, por lo que debe revisar constantemente sus presupuestos fácticos respecto de las motivaciones de los distintos agentes que participan en los procesos económicos reales.²⁸ En particular, debe atender con especial cuidado a las distintas formas de adaptación recíproca entre expectativas, preferencias y estrategias de los participantes en la conformación de la regulación que la literatura de la elección racional ha estudiado profusamente (véase la conocida selección de textos de Elster, 1982).

Como veremos con mayor detalle en los capítulos quinto y sexto, el Estado regulador contemporáneo, que enfrenta la complejidad de las economías post-industriales dentro de la llamada globalización económica, ha perdido su confianza tradicional en la regulación por medio de prescripciones y sanciones (*command and control*), en particular, en lo relativo al comportamiento de los mercados y empresas transnacionales (véase Haines, 1997, en particular el capítulo 22). Una consecuencia de ello es que las investigaciones en la materia se hayan centrado, en buena medida, en describir las causas de los límites y fallos de la regulación centrada en la acción estatal —es decir, de la “juridificación”— y en responder a los “cuernos” de lo que Günter Teubner ha llamado “el trilema de la regulación”. Según Teubner, en las condiciones económicas de las sociedades postindustriales prevalece la percepción de que la regulación o es irrelevante, o produce efectos desintegradores en el área de la vida social regulada, o bien tiene efectos desintegradores en el propio derecho (Teubner, 1987). Por ello, “en una amplia medida, el foco de las investigaciones se ha movido desde la “alta” política de la creación legislativa hacia la “baja” política de la regulación en acción” (Parker y Braithwaite, 2003, p. 127).

Este desplazamiento supone que las tareas teóricas han de dirigirse a establecer métodos para indagar qué hacen, de hecho, los reguladores en los niveles constitucional y, sobre todo, subconstitucional; cómo se siguen y se implementan sus estrategias (problemas agente-principal); cómo responden los involucrados a la potencial implementación de la regulación; cómo negocian o eluden su aplicación, etcétera. Estos estudios teóricos intermedios de carácter sociológico responden a la necesidad de teorías que se mantengan atentas a tres grandes áreas problemáticas de cualquier acción regulativa en cualquier ámbito: la efectividad, la correspondencia entre la política regula-

esta actitud estratégica del regulado. Quizá la expresión paradigmática de esta aproximación se encuentre en Stigler (1971).

²⁸ Labor que se complica, por cierto, por el haiseberiano efecto de la regulación en las actitudes estratégicas de los agentes.

tiva y la conducta efectiva de los regulados y la coherencia entre las medidas regulativas entre sí, y entre éstas y el conjunto del entramado normativo.

Las cuestiones de efectividad se abordan, por ejemplo, estudiando el impacto real de los distintos tipos de normas e instituciones jurídicas; la operatividad de los mecanismos de vigilancia; el grado de consecución de los objetivos regulativos, etcétera (Baldwin, Scott y Hood, 1998).

Por otra parte, la correspondencia tiene que ver con la posibilidad de que la acción regulativa estatal destruya prácticas sociales valiosas y, en este sentido, los estudios se centran, por ejemplo, en determinar en qué medida la vigilancia y la implementación directa de la regulación es compatible con las prácticas normativas de la población relevante; es decir, dicho brevemente, cuál es el grado de conexión entre la regulación y la realidad social en la que se aplica (Cotterrell, 1995).

Por último, el estudio de la coherencia aborda la tensión entre la posibilidad de una respuesta efectiva de la regulación a las demandas sociales y las exigencias provenientes del propio marco jurídico. Con respecto a este último punto, la regulación puede subvertir el orden normativo, por ejemplo, dando primacía sobre la base de su poder económico a instrumentos políticos —es decir, subsidios y transferencias—, frente al uso instrumentos jurídicos de naturaleza legislativa. En este orden de cosas, la teoría de la regulación ha de ocuparse de manera central en estudiar el grado en que las medidas regulativas son compatibles con las garantías constitucionales y, en un sentido más concreto, determinar el grado en que se satisfacen, o no, los principios fundamentales de transparencia, responsabilidad, proporcionalidad e imparcialidad que deben orientar al derecho público (véase Oliver, 1999, particularmente capítulos 1 y 3).

Otra cuestión central en el contexto de las teorías intermedias es la de formular métodos cuantitativos útiles para incrementar la racionalidad de los procesos de decisión de los reguladores y de los regulados. El análisis económico de la regulación ha dotado a los agentes de la regulación de un sofisticado aparato analítico y, en menor medida, de cierta base empírica para estas tareas; por ejemplo, en el marco de teorías de la regulación como elección pública o teorías de la búsqueda de rentas (véanse Stigler, 1971; Posner, 1992, y Peltzman, 1976 y 1989). Sin embargo, por distintas razones, principalmente técnicas, aunque también relacionadas con sus presupuestos teóricos en las que no puedo extenderme aquí (North, 1981), sus predicciones se han mostrado difíciles de comprobar y, en algunos casos, han sido claramente erradas. También otras ciencias sociales, en particular, la ciencia política y la sociología han aportado métodos de análisis institucional que, en principio, permiten reforzar la base empírica del estudio de las instituciones regulati-

vas.²⁹ Su éxito en formular predicciones ha sido variado pero, en general, subsiste el problema de la transformación de los datos empíricos en criterios normativos. Como he apuntado ya al referirme al incrementalismo, en el campo de las teorías intermedias para los reguladores, el paso de la dimensión descriptiva de la teoría como modelo teórico a la función prescriptiva como modelo de acción sigue siendo un punto crítico,³⁰ y ello ha hecho que éste sea un campo de trabajo donde hay muchas promesas incumplidas, pero donde, también, siguen convergiendo muchas iniciativas interesantes.³¹

Lo que acabo de decir saca a la luz otra de las características de la regulación del orden económico como proceso descentralizado a la que deben prestar atención las teorías intermedias. Desde la perspectiva del regulado, la “regulación” siempre es, en alguna medida, un proceso de “autorregulación”. Vista así, la estructura normativa de la intervención regulativa puede desdoblarse, a su vez, en dos dimensiones regulativas: una dimensión competencial en la que se percibe como un conjunto de esferas de autonomía de la que los agentes pueden perseguir sus intereses particulares dentro del “juego”, y una dimensión directiva-valorativa, donde la funcionalidad de la propia estructura regulativa depende de que los propios sujetos regulados se adhieran al orden regulativo; es decir, que “jueguen” el juego en cuestión y no otro.³² Esto es, los regulados han de asumir, al menos en cierto grado, un punto de vista interno a la regulación: deben reconocer que, en última instancia, sus objetivos individuales coinciden con los objetivos generales de la regulación; que su comportamiento “racional” en el mercado debe enmarcarse dentro de estrategias a largo plazo que hagan viable la estructura social de la que, en última instancia, depende la realización de sus intereses a largo plazo. Dicho brevemente, los regulados deben tener en cuenta los efectos de sus elecciones en el conjunto de la actividad regulada y los reguladores deben hacer transparente este proceso de recíproca afectación.

Así pues, como es lógico, la conformación de las esferas de autonomía no es independiente de qué tipo de ejercicio de discrecionalidad quepa esperar por parte de los regulados y, en este sentido, la actividad regulativa tiene

²⁹ Para una perspectiva sociológica general, véase Nee e Ingram (1998). Para una aproximación específica a los sistemas económicos, véase Hamilton y Feenstra (1998). Para un desarrollo teórico a profundidad, North (1990).

³⁰ Benditt (2004), Mashaw (1997, en particular, capítulo 2), Picker (1993) y Farber y Frickey (1991).

³¹ Para una presentación sucinta de las distintas vertientes del análisis institucional, Campbell y Pedersen (2001).

³² Esto es, se trata de diseñar procesos regulativos en los que no sólo opere la *salida*, sino que se desarrollen también las dimensiones de *voz* y *lealtad* en la forma definida en Hirschman (1992).

lugar mediante distintos procesos de motivación de la conducta que van más allá de la prescripción y el control por parte de la autoridad regulativa. Una regulación efectiva se basa en formas de ordenación de los incentivos; en la construcción estructuras de cooperación; en la facilitación de compromisos; en la confianza y la lealtad institucional; en la generación hábitos y culturas regulativas, etcétera.

Una filosofía del constitucionalismo económico que no se limite a interpretar al derecho como un fenómeno autoritativo tiene mucho que aportar en el desarrollo de estos tipos de esquemas regulativos y, seguramente, en sentido inverso, la propia gestión de los problemas de la regulación abre espacios para el desarrollo de una concepción más amplia y rica del derecho y de la regulación como sistemas de control social (Cotterrell, 1995).

V. LA NATURALEZA MULTI (E INTER) DISCIPLINAR DEL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

Respecto de la tarea de comunicación entre el constitucionalismo económico y los aspectos más generales de otras disciplinas será muy breve pues, además de que volveré al tema en el próximo capítulo, creo que resulta aparente de lo que hasta ahora he dicho, que una visión unilateral desde el derecho, o desde cualquier otra disciplina, resulta, en mi opinión, claramente errada, y que, por lo tanto, establecer nexos con otras disciplinas me parece una tarea imprescindible de la teoría de la regulación de la vida material, tanto el orden constitucional como cualquier otro.

La regulación de la vida material es un área en la que se muestran con perfecta nitidez tanto los límites del derecho como los límites del método jurídico. Sin embargo, reconocer la complejidad del problema y aceptar las limitaciones de las herramientas para gestionarlos un paso discreto —y, por cierto, probablemente el más sencillo— para atenderlos debidamente. Para construir una teoría que no sólo responda a los problemas prácticos, sino que satisfaga los requisitos de sistematicidad, coherencia y legitimidad que cabe exigir de un orden económico constitucional, no sólo debe alcanzar el difícil equilibrio entre Estado y mercado que, como he señalado reiteradamente, orienta la actividad regulativa en su conjunto, sino que tiene que hacerlo de una manera específica: armonizando la regulación del mercado con el conjunto del ordenamiento jurídico, y reflejando en las medidas regulativas los valores consolidados en el conjunto del sistema —me ocuparé de estos temas en los capítulos quinto y sexto—. Dicho en pocas palabras, una teoría del constitucionalismo económico debe dar cuenta del encaje del constituciona-

lismo con las otras dos matrices normativas de los Estados constitucionales contemporáneos: la democracia y el capitalismo. Debe expresar en términos regulativos no sólo las restricciones fácticas de la coordinación de mercado, sino también, las restricciones normativas o valorativas que impone un Estado de derecho, y de manera más específica, los órdenes constitucionales particulares.

La tarea teórica fundamental de la relación entre una filosofía del constitucionalismo con un anclaje en el derecho y la(s) teoría(s) de la regulación generada(s) en otras disciplinas —en particular, la teoría económica— consiste en encontrar vías de integración de ese conocimiento *dentro* del derecho, como he apuntado antes, con el objeto de insertar métodos cuantitativos no sólo en las actividades teóricas, sino también en los procesos de intervención en los mercados; métodos que enriquezcan las políticas y estrategias regulativas con herramientas que permitan evaluar no sólo la eficacia, sino también la eficiencia de la regulación.

Como es bien sabido, el enfoque del derecho que genéricamente se conoce como “análisis económico del derecho”³³ no se ha limitado a dar cuenta de los efectos económicos de las instituciones jurídicas, ni tampoco a describir las motivaciones económicas subyacentes a éstas, sino que, en dimensión normativa ha tenido como propósito general introducir criterios de eficiencia en los procesos de creación e implementación del derecho.³⁴ Para ello, este

³³ Lo que se conoce como análisis económico del derecho es un área del amplio programa de investigación del neoinstitucionalismo al que me he referido antes (*cf. supra*). En términos de North, éste es “un programa de investigación interdisciplinario que trata explícitamente de las relaciones entre instituciones, cambio institucional y desempeño económico. *El análisis neoinstitucionalista es una línea de investigación que parte de la economía neoclásica pero no la abandona.* El centro de su agenda de investigación está puesto en el énfasis en los derechos de propiedad, la medición de los costos de transacción, el cumplimiento de la ley y los problemas de información incompleta. El programa de investigación ha sido enriquecido y fertilizado con el estudio del derecho, la ciencia política, la sociología, la antropología y la historia” (Ayala, 1999, p. 18. Énfasis añadido). En este sentido, insisto, a diferencia del enfoque adoptado en este trabajo, que trata las instituciones jurídicas de naturaleza económica desde la perspectiva de las distintas tareas de la teoría del derecho, el análisis económico del derecho las analiza y valora a partir de una perspectiva económica; en particular, de un “método” económico específico: el paradigma de la economía neoclásica. Para una visión panorámica del análisis económico del derecho (Mercurio y Medema, 1997).

³⁴ A propósito, Jules Coleman ha escrito lo siguiente: “En las últimas décadas los economistas y los juristas formados o enamorados de la economía han intentado explorar en qué medida virtualmente todas las áreas del derecho pueden ser entendidas como la encarnación institucional del principio económico de eficiencia. Este programa de investigación ha llegado a ser enseñado como una disciplina académica separada, a saber: derecho y economía. El trabajo del derecho y la economía tiene tanto una dimensión descriptiva como una dimensión normativa. El trabajo analítico se ha dirigido a demostrar que amplios sectores del derecho

enfoque se ha centrado en analizar la estructura, el desempeño y los productos de las instituciones jurídicas como unidades endógenas de tomas de decisión. En este sentido, en términos de Mercurio y Ryan,

[Las normas e instituciones jurídicas] ya no son consideradas exógenas, como lo era el “gobierno” en la economía del bienestar (*welfare economics*), sino que son tratadas del mismo modo en que han sido tratados los productores y los consumidores. Es decir, *las unidades de consumo, las empresas y las instituciones jurídicas existentes (por ejemplo, los tribunales, los legisladores, las burocracias, etc.) no tienen una naturaleza inmutable, sino que ellas mismas son una respuesta a las necesidades económicas y son flexibles ante los cambios en esas necesidades* (Mercurio y Ryan, 1984, p. 15. Énfasis añadido).

Desde este punto de vista, la literatura ha sido dominada por tres grandes problemas relativos, a su vez, a tres grandes áreas de decisión (Mercurio y Ryan, 1984, pp. 15 y ss.), en cierta medida, paralelos a los distintos niveles de “juridificación” del mercado a los que me refería más arriba: 1) el surgimiento de las instituciones, es decir, la elección en el nivel constitucional; 2) la estructuración o reestructuración de los procesos institucionales de decisión jurídica, es decir, la elección en el nivel institucional de los límites del mercado, y 3) el impacto económico de las elecciones de las instituciones existentes —o el que cabría esperar si éstas fueran modificadas—, es decir, la elección en el nivel del impacto de la decisión o de los productos institucionales.³⁵ Estos distintos niveles de decisión han conformado diferentes sectores del análisis económico del derecho. Así, por ejemplo, la elección en el nivel constitucional 1), ha sido tratada, fundamentalmente, por la teoría del

pueden explicarse o hacerse inteligibles viéndolos no por medio de su relación con cuestiones de justicia o de moral, sino relacionados con la distribución eficiente de recursos. El trabajo normativo en este campo tiene por objeto proveer a los legisladores y a los jueces de un marco para legislar y resolver los casos particulares de modo que promuevan el objetivo de la eficiencia” (Coleman, 1984, p. 649).

³⁵ Esta aproximación implica una restricción más del análisis económico del derecho que, no obstante, su trascendencia teórica, suele quedar implícita: si una institución toma decisiones que, pese a tener consecuencias en la asignación o distribución de recursos económicos, responde a razones no “económicas” (deberes, valores, etcétera), entonces esa elección no se encuentra dentro del dominio del análisis económico del derecho (*cf. supra*). Recientemente, algunos autores se han aproximado a los presupuestos del análisis económico del derecho desde perspectivas heterodoxas como, por ejemplo, la semiótica de los procesos dinámicos de creación y mantenimiento de la riqueza (Malloy, 2000)—; la relación entre el derecho, el razonamiento económico y la cultura respecto de la formulación de políticas públicas relativas a raza, género, educación, ingreso, etcétera (Malloy, 2004) o, incluso, la posibilidad de una interpretación “lacaniana” de la motivación económica (Schroeder, 2004). Sin embargo, estas perspectivas siguen siendo claramente minoritarias en el análisis económico del derecho.

contrato social, cuya expresión más acabada es probablemente la “economía política constitucional” de James Buchanan (Buchanan y Brennan, 1985; Buchanan y Tullock, 1962); la elección en el nivel institucional, 2), que ha sido abordada, principalmente, a través de la aplicación de los presupuestos de la elección pública en las teorías económicas del proceso judicial, legislativo, administrativo, etcétera —por ejemplo, la aplicación del modelo de elección racional a los procesos institucionales (Cooter y Ulen, 1999; Farber y Frickey, 1991; Mashaw, 1997)—, y, por último, la elección en el nivel del impacto económico (3), que ha sido estudiada en distintas teorías de las instituciones jurídicas, como las teorías económicas de la propiedad (Ackerman, 1975; Yoram, 1988), del contrato (Goldberg, 1989), de la responsabilidad civil (Calabresi, 1984), del delito (Becker, 1968), etcétera.

En este punto, es preciso llamar la atención sobre la importancia de las teorías de la regulación que se fundamentan en categorías no jurídicas, como la idea de fallo de mercado, la noción de elección pública, el concepto de coste de transacción, etcétera. En la medida en que abordan las cuestiones descriptivas y normativas desde una perspectiva marcada por el método económico —en particular, como he repetido varias veces, por el paradigma neoclásico y la economía del bienestar— estas teorías pueden considerarse, en contraste con teorías “jurídicas” o “políticas”, como teorías “económicas” de la regulación.

Ahora bien, dado que, como he señalado, desde una perspectiva social, los sistemas económicos no son otra cosa que arreglos institucionales específicos, lo que diferencia a las teorías de la regulación (jurídicas, políticas, económicas, sociológicas) no es su objeto, sino que se trata de diversas aproximaciones a un mismo fenómeno —la estructura económica, las instituciones y los productos institucionales—. En este sentido, lo que caracteriza y lo que, en cierta medida, provee de unidad a estas teorías es que comparten el método de razonamiento económico.

Creo que hay tres tipos de razones por las que estudiar este tipo de teorías es importante para la teoría del constitucionalismo económico, al menos desde una perspectiva regulativa. En primer lugar, en las últimas décadas las teorías “económicas” descriptivas y normativas han operado, de hecho, como marco de referencia en la teoría de la regulación y, en buena media, la teoría del derecho público (Taggart, 2003 y Oliver, 1999). En segundo lugar, el análisis de los presupuestos y los métodos de estas teorías son un requisito imprescindible para criticar sus conclusiones y, eventualmente, para formular teorías de la regulación descriptivamente más precisas —y normativamente más sólidas—. Y, en tercer lugar, la imagen de la regulación como técnica jurídica compleja que proyectan estas teorías tiene dos consecuencias impor-

tantes para la teoría del derecho: por un lado, evidencia los límites de ciertos instrumentos regulativos típicamente jurídicos y, como consecuencia de ello, ilumina algunos de los límites del derecho como técnica social específica y, por otro, dado que problematiza la efectividad de derecho como técnica social, induce a reflexionar en torno a la autonomía del método jurídico; en particular, presenta una perspectiva más de la permanente tensión entre el formalismo y el instrumentalismo como concepciones generales del derecho. Ahora bien, esta crítica al “método jurídico” debe llevarse a cabo sin desvirtuar, mediante las asunciones al uso en la teoría económica, la complejidad de la naturaleza normativa de la regulación; en particular sus dimensiones orientación y, fundamentalmente, de legitimación del orden económico. Las luces y las sombras del análisis económico del derecho son una buena muestra del tipo de problema al que me estoy refiriendo (véase Goodhart, 1997 y Coleman, 1984).

En las páginas anteriores he tratado de dar una idea más o menos clara, aunque necesariamente insuficiente, de en qué puede llegar a consistir el desarrollo de las tareas teóricas aplicadas al constitucionalismo económico. Explorar estas tareas es sólo un primer trazo para dibujar un marco de referencia integrador y coherente para una teoría del orden de la vida material que, eventualmente, permita configurar, a un tiempo, incentivos idóneos para el desarrollo humano y límites efectivos para el poder económico. Ahora bien, creo que para configurar un mapa del programa de trabajo al que me he referido en la introducción, además de sintetizar y organizar los resultados de sus distintas tareas teóricas para constatar, precisamente, su pertinencia como reflexión dirigida a la práctica (de hecho, he intentado hacer esto en Larrañaga, 2009, en particular el capítulo 2), resulta oportuno, no obstante, atender a sus raíces teóricas como un problema general del orden social. A ello le dedicaremos el próximo capítulo.

CAPÍTULO SEGUNDO

IDEAS PARA EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

Existe una extensa literatura respecto de la importancia de las instituciones políticas y jurídicas, regulatorias, para la vida material. Una revisión de las principales aportaciones de matriz económica tendría que incluir, entre otras, las obras de autores “clásicos” como B. Mandeville, D. Hume, A. Smith, J. S. Mill, K. Marx, M. Weber, V. Pareto, K. Menger, L. von Mises, F. Hayek, J. Schumpeter, y de autores más contemporáneos como F. Braudel, J. Buchanan, Ch. Lindblom, K. Arrow, R. Coase, A. Hirschman, D. North, por mencionar sólo algunos de los más relevantes, entre los que abundan premios nobel de economía.

Como cabe esperar, estas aportaciones intelectuales se han centrado en distintos aspectos de la compleja relación entre las instituciones jurídicas, políticas y económicas, cubriendo un amplio y variado abanico temático que va desde cuestiones “filosóficas” generales —como las que hemos abordado en el capítulo anterior—, como los argumentos en favor y en contra del capitalismo como orden social —a las que nos referiremos *en passant* más adelante—, hasta aspectos “técnicos” específicos del diseño institucional de una economía de mercado, como la gestión de los costes de transacción o la exploración de distintas fórmulas de agregación de preferencias individuales.

Ahora bien, en contraste con lo que puede afirmarse respecto de la relación entre las filosofías moral y política y la teoría constitucional, dentro del “canon” del derecho público no existe un cuerpo doctrinario para el constitucionalismo económico. Es decir, no existe una teoría, más o menos dominante, mediante la cual se identifiquen, sistematicen y justifiquen los argumentos para el diseño de las normas e instituciones provenientes de los distintos estudios de la vida material. En contraste con la posibilidad de identificar, por ejemplo, un conjunto de argumentos morales y políticos típicos a propósito de las condiciones de posibilidad y de legitimidad de los límites del poder político, que pueden a su vez desplegarse, entre otros planos, en doctrinas particulares sobre la soberanía y la división de poderes; sobre el establecimiento y los mecanismos de protección de derechos fundamentales, y sobre los arreglos institucionales alternativos para la participación de los ciudadanos en el

gobierno, etcétera (Loughlin, 2003, 2000 y 1992) en el ámbito de la organización y regulación de las economías sigue prevaleciendo una pluralidad de argumentos de distinta índole (histórica, teórica, empírica, etcétera), respecto de las distintas cuestiones fácticas y normativas relativas a las funciones de los arreglos constitucionales en el desempeño de las economías que, hasta ahora, no han sido sistematizados en el seno de una teoría de la constitución económica: el constitucionalismo económico.

Mi objetivo en este capítulo es trazar algunos ejes básicos de un mapa teórico para el constitucionalismo económico, a partir, fundamentalmente, de la tradición en la economía política —a la que volveremos en otros capítulos—. No pretendo, desde luego, explorar este territorio en toda su extensión, sino proyectar algunas distinciones que, en mi opinión, permiten ordenar algunas de las principales posiciones para abordar el complejo tema que nos ocupa. En este sentido, en las próximas páginas haré lo siguiente: en primer lugar, distinguiré distintos enfoques desde los que suele abordarse la relación entre las estructuras normativo-institucionales y los sistemas económicos. En segundo lugar, distinguiré distintas funciones básicas que se reconocen a los arreglos constitucionales respecto de las relaciones económicas. En tercer lugar, con objeto de concretar y mostrar algunas implicaciones específicas de las constituciones económicas para el diseño de las “reglas de juego”³⁶ en el sistema económico prevaleciente, el capitalismo de mercado, proyectaré las funciones de los arreglos constitucionales sobre distintas aproximaciones a la noción de mercado. Por último, en cuarto lugar, presentaré una breve agenda de estudio para el constitucionalismo económico. Antes de continuar me parece oportuno, sin embargo, hacer algunas aclaraciones preliminares.

En primer lugar, hablar de constitución económica —es decir, del conjunto de normas e instituciones que establecen la estructura fundamental de la actividad económica en un momento dado—, implica adoptar una perspectiva institucional de la economía. Esto es, supone centrarse en el estudio de las normas e instituciones mediante las cuales una sociedad gestiona los problemas de cooperación para la producción y distribución de bienes, dejando a un lado aproximaciones a la “economía” que prescinden de los incentivos de la conducta económica provenientes del entorno institucional

³⁶ Douglass North formula la siguiente definición a la que me atenderé en adelante: “Las instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, dicho más formalmente, son limitaciones de creación humana para moldear las interacciones humanas. En consecuencia, éstas estructuran el intercambio humano, sea político, social o económico” (North, 1990, p. 3). Por su parte, coincidentemente, de manera muy general y sucinta, Dasgupta se refiere a las instituciones como dispositivos que gobiernan la acción colectiva y como mecanismos de asignación de recursos (Dasgupta, 2007 y 2003).

como, por ejemplo, el análisis microeconómico neoclásico que, como es sabido, explica y formula predicciones de la conducta económica individual sobre la base de ciertos presupuestos ideales (racionalidad maximizadora de la utilidad individual, información perfecta, nulos o bajos costes de transacción, etcétera), considerando el entorno institucional como un elemento externo al “modelo de análisis”.

En segundo lugar, hablar de constitucionalismo “económico”, en contraste con las nociones de constitucionalismo “político” o de “constitucionalismo” *tout court* supone, simplemente, girar la atención respecto del tipo de condiciones que explican, del tipo de razones que justifican, y del tipo de consecuencias que cabe esperar respecto de, un sistema normativo-institucional, pero no, desde luego, la pretensión de que “existan” instituciones sociales de “naturaleza” jurídica, política, económica, etcétera. Se trata, pues, de una selección distintas de variables o aspectos de estudio, pero no de distintos objetos de estudio.

En esta misma línea de ideas, pero en el plano teórico, en tercer lugar, hay que tener presente que, aunque, como señalaba antes, no contamos con una teoría del constitucionalismo económico equiparable respecto de su desarrollo e integración con la teoría jurídica con el constitucionalismo político. Esto no quiere decir, sin embargo, que en el campo de la economía política no se haya tratado de manera sistemática el conjunto de problemas propios del ámbito del constitucionalismo económico. El objeto de la economía política ha sido, al menos desde el siglo XVIII, el estudio sistemático de la relación entre las estructuras fundamentales de la actividad económica y ciertos problemas particulares: el crecimiento de la riqueza (economía clásica), la asignación de recursos dados (marginalismo o economía neoclásica) y la producción de la industria en su conjunto (economía keynesiana) (Dasgupta, 1988). En este sentido, el hablar de constitucionalismo económico en lugar de economía política supone también, simplemente, un giro: en este caso, desde la atención fundamental de la economía política en los incentivos para la cooperación económica hacia la atención del constitucionalismo económico en la explicación y la justificación del entramado normativo-institucional que integra o, si se prefiere, constituye las condiciones normativo-institucionales de la actividad económica.

En cuarto lugar, en tanto que el propósito fundamental en este trabajo es trazar los ejes básicos de la forma en las que, efectivamente, se lleva a cabo la actividad económica en los órdenes político-económicos vigentes —es decir, economías capitalistas de mercado—, me parece adecuado asumir una ideología liberal respecto del orden social, en concreto, respecto de la relación entre el Estado (política/autoridad) y la economía (sociedad civil/mercado)

como paradigma o telón de fondo del discurso del constitucionalismo, en general y, naturalmente, del constitucionalismo económico, en particular. Este contexto supone una aproximación liberal mínima al orden económico que creo que se puede decir que prevalece en la organización de las principales economías contemporáneas, que se sustancia a través del reconocimiento de una relativa autonomía de la esfera económica *vis à vis* el poder político y, más concretamente, en la organización de las economías como órdenes de mercado.

Como veíamos en el capítulo anterior, esta relativa separación entre las esferas política y civil se manifiesta, por ejemplo, en privilegiar la actividad económica individual y de las organizaciones privadas como motor de producción, y en que, en términos generales, se consideren legítimos los efectos distributivos del mecanismo de mercado. En el plano jurídico-constitucional este mínimo común denominador liberal se expresa, más concretamente, mediante el reconocimiento y la protección de derechos de propiedad, de seguridad económica, de libertad de asociación con fines de lucro, etcétera. Pero, sobre todo, la manifestación por antonomasia del liberalismo como *background* de nuestros arreglos económicos fundamentales consiste en la exigencia constitucional básica de que, en tanto instancia de interferencia del poder público en la esfera civil o privada, la legitimación de la intervención autoritativa en la esfera económica depende, sustancialmente, de la presencia de necesidades u objetivos de interés público y, formalmente, en los procedimientos característicos del Estado de derecho, radicados fundamentalmente en los procedimientos legislativo y administrativo y en sus respectivos controles de constitucionalidad.

Como ya he señalado antes, y como veremos con más detalle en el capítulo sexto, la aproximación liberal al orden social en la forma en la que aquí la entiendo no equivale a adoptar la doctrina del liberalismo económico en el sentido de la política económica conservadora de *laissez-faire* o lo que contemporáneamente, si bien equívocamente, se conoce como neoliberalismo, pues este “orden económico liberal mínimo” es compatible, desde luego, con arreglos institucionales muy variados dentro de los que no es difícil reconocer los distintos modelos de Estado de bienestar como formas de estructuración del mercado y de política económica dentro del capitalismo (Esping-Andersen, 1990) y (Berliner, 1999).

Por último, aun teniendo en cuenta el foco de atención propio del constitucionalismo económico al que me acabo de referir, en los próximos incisos pasaré por alto la distinción entre las vertientes descriptiva y normativa del constitucionalismo económico —es decir, la diferencia entre la explicación de las condiciones normativo-institucionales de la coordinación económica

y la justificación de los arreglos institucionales específicos en cuestión—, que sólo retomaré en el último inciso. Esta decisión se corresponde con la propia genealogía del constitucionalismo económico que, en contraste con el origen del constitucionalismo ligado al liberalismo político, no ha sido visto como el producto de transformaciones sociales revolucionarias o de avances ideológicos provenientes de la teoría moral y política, sino que ha sido tratado, fundamentalmente, como un estudio retrospectivo de la paulatina evolución de distintos arreglos institucionales que han incentivado o desincentivado distintas formas de coordinación económica.³⁷ En este sentido, sobre la base de que la cooperación es *el* problema económico, el constitucionalismo económico tiene una profunda raíz histórica y sociológica que, en principio, no congenia con una nítida distinción entre ser y deber ser. Es decir, su objetivo ha sido el constatar, cuantificar o comparar los efectos de las normas e instituciones en la cooperación económica —y, en su caso, recomendar reformas dirigidas a un mejor desempeño de la economía en términos de una mayor cooperación económica—,³⁸ por lo que, desde esta perspectiva “bienestaris-

³⁷ Veamos cómo expresa Russell Hardin algunas de estas ideas: “En contraste con el liberalismo político, el liberalismo económico creció de manera más o menos discreta. Fue analizado y comprendido de manera retrospectiva más que prospectivamente. Surgió sin un partido y sin una agenda intelectual. Para cuando Bernard Mandeville, Adam Smith y otros empezaron a analizarlo, estaban analizando características de su propia sociedad, algunas de las cuales venían desarrollándose por siglos. En la medida en la pueda considerarse que los primeros liberales tuvieran un programa, se trataba de reformas en las prácticas políticas para poner fin los monopolios apoyados por el Estado y crear, como sentenciara Thomas Carlyle, una anarquía con policía. Pero, para cuando escribieron estos autores, quizá la gran mayoría de la actividad económica cotidiana ya era de mercado... ¿Por qué esta diferencia en las bases intelectuales de los dos liberalismos? La razón más evidente es que los dos liberalismos se dirigían a problemas con distintas lógicas. En sus primeros días, el liberalismo político, que trataba de la libertad de los individuos, sólo podía realizarse colectivamente, de modo que su resolución era esencialmente una cuestión colectiva. Requería un giro sustancial en las perspectivas sociales y en la organización política. El liberalismo económico, que se ocupaba del bienestar de la sociedad en su conjunto, podía realizarse de manera progresiva, mediante una pequeña serie de interacciones que sólo incumbían directamente a unos pocos en cada caso, en vez de a toda la colectividad o a muchos en cada caso. Las prácticas del liberalismo económico pudieron surgir espontáneamente en ciertos contextos y extenderse lentamente hacia otros” (Hardin, 1999, pp. 42 y ss.).

Uno de los debates centrales del constitucionalismo económico consiste, precisamente, en la valoración de esta evolución de las estructuras económicas, dando lugar a la gran división entre teorías liberales-capitalistas y teorías críticas, ubicadas generalmente en la órbita del marxismo. En adelante no tendré en cuenta dicha oposición, aunque, como he apuntado —y como quizá no pueda ser de otra manera al hablar de constitucionalismo—, mi aproximación al constitucionalismo económico asume el liberalismo mínimo al que me he referido antes.

³⁸ Éste es, en mi opinión, el sentido en el que ha de entenderse, por ejemplo, la relación entre la división del trabajo, el intercambio y la libertad de mercado que constituye el argumento central de la *Riqueza de las naciones* de Adam Smith.

ta” la distinción entre eficiencia y justificación de los arreglos económicos, no ha sido particularmente importante en este tipo de estudios. Por ello, como veremos, sólo cuando la eficiencia del sistema económico se pone en relación con objetivos sociales de naturaleza no económica —la satisfacción de derechos fundamentales—, se dan los elementos de una teoría normativa del constitucionalismo económico robusta a la que sólo me referiré en la parte final del trabajo.

I. PERSPECTIVAS DEL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

Dentro del carácter generalmente reconstructivo de la relación recíproca entre la estructura institucional y la actividad económica, sobre la base de los enfoques metodológicos predominantes en la literatura pueden distinguirse tres perspectivas del constitucionalismo económico.

1. *Perspectiva histórica*

Naturalmente, los estudios que adoptan una perspectiva histórica de las constituciones económicas pretenden dar cuenta del surgimiento, en lugares y épocas determinadas, de ciertas estructuras normativo-institucionales que han modificado paulatinamente los patrones de conducta económica, dando lugar a sucesivos sistemas económicos desde las primitivas economías basadas en la recolección hasta las economías postindustriales globalizadas. No obstante, aun dentro de esta coincidencia en la generación de explicaciones causales, distintos estudios enfatizan distintos aspectos de estas transformaciones.

Un primer tipo de estudios históricos son aquellos que pretenden mostrar, por un lado, el largo proceso de decantamiento histórico, de *longue durée*, de las estructuras económicas y, por otro, la profundidad y extensión de las relaciones recíprocas entre las formas de actividad económica y la ordenación de la sociedad en su conjunto. En este sentido, se trata de aproximaciones holísticas y sistémicas en las que se pone énfasis, fundamentalmente, en las condiciones sociohistóricas generales de ciertos elementos proto-constitutivos de los sistemas económicos, en particular del capitalismo (niveles de comunicación entre zonas económicas relevantes, densidad urbanística, frecuencia de y concurrencia en ferias, grados de estabilidad en los tipos de cambio, cantidad de moneda/metales preciosos circulante, etcétera). En esta área de estudio sobresalen, por ejemplo, los monumentales trabajos de F. Braudel (1979) e I. Wallerstein (1974).

Un segundo tipo de estudios históricos corresponde a trabajos que pretenden explicar, desde el estudio de las ideologías políticas y sociales prevalentes en un determinado momento, los efectos de las transformaciones de las normas e instituciones jurídicas y políticas en las formas de organización económica. En este sentido, se trata de estudios que, *mutatis mutandi*, tratan de explicar transformaciones radicales o saltos cualitativos en las condiciones de operación de las economías en virtud de cambios “revolucionarios” o de reformas profundas en las ideologías jurídico-políticas. Un ejemplo destacado de este tipo de estudios es trabajo de K. Polanyi sobre la imposición de la economía de mercado (industrial) sobre la economía agraria en Gran Bretaña en los siglos XVIII y XIX (Polanyi, 1957).³⁹

Un tercer tipo de estudios históricos es aquel compuesto de trabajos dirigidos a mostrar mediante la aplicación de métodos cuantitativos los efectos del surgimiento de ciertas variables institucionales en la coordinación económica; dando lugar, a partir de allí, a explicaciones sobre los distintos niveles de desempeño económico en distintas economías a lo largo del tiempo. Esto es, se trata de estudios dirigidos a cuantificar y evaluar los efectos de ciertas estructuras constitucionales en el desempeño económico de distintas sociedades a lo largo del tiempo. En este tipo de trabajos destacan, por ejemplo, las obras de D. North (1990 y 1981) y D. Landes (1999), dirigidas a explicar los distintos grados de desarrollo económico en distintas regiones y culturas, en particular, en comparación con los patrones industrialización y el desarrollo del capitalismo de mercado en las economías.

2. *Perspectiva teórica*

Con el telón de fondo de un punto de partida teórico coincidente: el individualismo metodológico, también desde la perspectiva teórica pueden distinguirse tres tipos de aproximaciones al constitucionalismo en virtud de su alcance teórico.

Un primer tipo de estudios son aquellos que se aproximan al constitucionalismo económico como una parte o elemento de una teoría social. Es decir, dan cuenta de las condiciones institucionales de la coordinación económica considerando, por un lado, tales estructuras como formas generales de ordenación social y, por otro, la acción económica como una manifestación, entre otras, de la conducta humana racional. Se trata, pues, de teorías generales

³⁹ Una excelente introducción a este tipo de aproximación histórica sobre el advenimiento de la economía de mercados se encuentra en la colección de ensayos de M. Bevir y F. Trentmann, *Markets in Historical Context* (2004).

del orden social del que el orden económico es sólo una manifestación y las estructuras jurídico-políticas sólo un aspecto. Quizá los ejemplos más notables de este tipo de teorías del constitucionalismo provengan de la escuela austriaca, principalmente de L. von Mises (1957) y F. Hayek (1973).

Un segundo tipo de aproximaciones, que en su origen se coloca muy cerca de la tradición del constitucionalismo político hobbesiano, es el compuesto por estudios que explican y justifican la elección de las estructuras económicas sobre la base de los postulados de la elección racional. Se trata, pues, de teorías del constitucionalismo económico que, a diferencia de las teorías generales a las que me refería antes, limitan su alcance a la capacidad explicativa y justificativa de una construcción particular de la racionalidad: el cálculo de intereses. En este tipo de estudios destaca la agenda de la Economía Política Constitucional encabezada por J. Buchanan (1991), Buchanan y Brennan (1985) y Vanberg (1994).

Una tercera aproximación teórica al constitucionalismo económico es la integrada por estudios que tienen por objeto el análisis económico de distintos arreglos constitucionales. Es decir, sobre la base instrumental del análisis económico, estas teorías económicas de la constitución pretenden, primero, configurar un modelo racional (eficiente) de ordenación socioeconómica; segundo, evaluar la racionalidad de distintas fórmulas institucionales en virtud del modelo ideal, y tercero, formular recomendaciones de ajuste de las estructuras en virtud del modelo ideal. Entre la amplísima literatura en este campo pueden destacarse, por ejemplo, los trabajos de R. Cooter (2000) y A. Przeworski (2003).

3. *Perspectiva empírica*

Como es bien sabido, la distinción entre perspectivas teóricas y empíricas es, cuanto menos, borrosa: toda descripción de los hechos está “contaminada” por la proyección sobre los hechos de categorías teóricas. Sin embargo, quizá una forma razonable de distinguir entre una y otra perspectivas sea el énfasis de los respectivos estudios bien en la formulación bien en la constatación de hipótesis o conclusiones. En este sentido, los estudios empíricos sobre las constituciones económicas se dirigen a contrastar, mediante métodos estadísticos (econométricos), tanto las asunciones fácticas como los efectos previstos por las teorías económicas de la constitución. Y como cabe esperar, también los estudios empíricos pueden clasificarse en virtud de lo que pretenden constatar.

El primer tipo de trabajos empíricos se compone de aquellos estudios dirigidos a contrastar con hechos o, quizá, mejor dicho, con modelos de con-

ducta plausibles (Dilema del Prisionero, la estrategia del gorrón o *free rider*, la tragedia de los comunes) las hipótesis respecto de las funciones de distintas estructuras constitucionales en las formas y niveles de coordinación económica (derechos de propiedad, estructuras contractuales y de responsabilidad civil, *Rule of Law*, etcétera). Se trata, pues, de estudios empíricos de segundo nivel, que, de manera análoga a las hipótesis de corte contractualista, tratan de contrastar los arreglos institucionales particulares con modelos de conducta individual y social generalmente aceptados (teoría de la elección racional, economía de los costes de transacción, etcétera). Entre este tipo de estudios pueden destacarse, por ejemplo, los estudios de M. Olson (1980 y 2000) sobre las condiciones institucionales de la acción colectiva y los estudios de O. Williamson (1985) respecto de los efectos del diseño de las instituciones jurídicas en términos de costes de transacción.

Un segundo tipo de estudios empíricos recoge trabajos dirigidos a la comparación de distintos “diseños” institucionales/constitucionales en términos de variables económicas. Se trata, pues, de trabajos que mediante métodos estadísticos (econométricos) pretenden medir y comparar, en términos de indicadores económicos (como, por ejemplo, % PIB per cápita) los efectos de distintos contextos de acción colectiva e individual. Los informes de distintos organismos gubernamentales y no gubernamentales (FMI, BM, OCDE, The Brookings Institution, etcétera) son, por lo general, buenos ejemplos de esta literatura. En el ámbito académico, puede verse como ejemplo prototípico el trabajo de T. Persson y G. Tabellini (2005).

Dentro de los estudios empíricos puede reconocerse una tercera clase de trabajos, que se distingue de las anteriores no tanto por asumir distintas hipótesis o por utilizar distintos métodos de evaluación, sino por el énfasis en la constatación de los efectos de distintas variables de diseño institucional (variables independientes) en el crecimiento económico (variable dependiente). Dentro de esta clase de trabajos sobre “derecho y desarrollo”, en virtud de que se haga referencia a variables “blandas” o “duras”, pueden diferenciarse, de nuevo, dos grupos. Quienes hacen uso del primer tipo de variables, se refieren a relaciones generales entre estructuras institucionales (por ejemplo, la implementación del Estado de derecho o de un régimen de derechos de propiedad) y el desarrollo económico *sensu lato*; mientras que quienes hacen uso del segundo tipo de variables, se refieren a relaciones particulares, fundamentalmente, entre cambios normativos y efectos económicos cuantificables mediante indicadores económicos (por ejemplo, la relación entre la modificación de las condiciones de titularidad de la tierra y los niveles de su transferencia o la relación entre la modificación de los costes de despido y la variación de contratación formal y los niveles salariales). Naturalmente,

este tipo de estudios es particularmente sensible al *trade off* entre precisión y alcance; cuestión bastante preocupante, por cierto, cuando se utilizan como “recetarios” de política económica o para reformas en la regulación. Entre la gran variedad de trabajos generales y particulares en este campo, pueden consultarse, por ejemplo, los de E. Helpman (2004), D. Rodrik (2007) y K. Dam (2006).

II. FUNCIONES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La pluralidad de estudios sobre constitucionalismo económico no sólo se explica por la posibilidad de adoptar distintos enfoques metodológicos, sino por la existencia de complejas relaciones recíprocas entre la facticidad económica y la normatividad jurídica, moral o política. Desde luego, en este tema es referencia obligada la potente teoría de Max Weber (1984 y 1987). Sin embargo, creo que para los propósitos de este trabajo se puede dar cuenta de las funciones de los arreglos constitucionales respecto de cualquier sistema económico refiriéndose a tres funciones básicas que, en cierto modo, parecen implícitas en la clasificación anterior.

1. *Funciones de organización*

Los arreglos constitucionales cumplen la función de organizar una economía cuando establecen un conjunto de elementos normativos e institucionales sobre la base de un principio o de un conjunto de principios de organización. Estos elementos institucionales incluyen, entre otros, al sistema jurídico, a las principales organizaciones sociales (el gobierno, las empresas, los sindicatos, las entidades financieras, etcétera), a las distintas instituciones jurídicas particulares (el derecho de propiedad, la compraventa, el trabajo por cuenta ajena), y un amplio y variado conjunto de normas sociales y valores que quizá sólo quepa calificar genéricamente como “factores culturales”. Esto es, dicho brevemente, la conducta económica se organiza mediante la conformación de un sistema normativo-institucional.

Como he apuntado, en lo que respecta a la forma específica en la que las sociedades contemporáneas organizan la producción y distribución de bienes económicos, el principio fundamental de organización del sistema de mercado es que las relaciones económicas, definitorias del sistema económico, son los intercambios regidos por el principio *quid pro quo* (Lindblom, 2001). Así, la aplicación de este “principio de organización” tiene tres im-

plicaciones sistémicas particularmente importantes, que determinan las formas características básicas del constitucionalismo económico de la sociedad de mercado: en primer lugar, el acceso y la exclusión a los bienes económicos adopta básicamente la forma de derechos de propiedad; en segundo lugar, como consecuencia del elemento anterior, el alcance de las exigencias de asignación de bienes económicos está limitado por la capacidad de dar a cambio los derechos de propiedad, y en tercer lugar, la legitimidad de la asignación de bienes depende del acuerdo voluntario de quienes detentan los derechos de propiedad, lo cual introduce al autointerés como motivación psicológica dinamizadora del sistema económico. En otras palabras, las formas de acceso, los límites y los mecanismos operativos del sistema económico son configurados por el sistema jurídico por medio, fundamentalmente, del régimen de propiedad. Desde esta perspectiva, la forma y el contenido de las instituciones jurídicas moldea y subordina a las exigencias funcionales de la forma específica de organización económica, y no al revés. Es decir, la estructura institucional de la economía se *ordena* o se *diseña* en función de ciertas pretensiones y ciertos objetivos sociales expresados en las relaciones jurídicas: los derechos de propiedad.

En relación con este principio funcional de coordinación social (*quid pro quo*), hay que señalar que el presupuesto conductual de la maximización de utilidad suele utilizarse como corolario normativo del sistema en su conjunto: dado que los acuerdos voluntarios expresan los intereses de quienes lo realizan, la asignación de derechos de propiedad que es resultado de transacciones voluntarias beneficia a los participantes y, por tanto, está legitimada internamente al sistema.

Así pues, la Constitución económica organiza o crea economías de mercado, en primer lugar, estableciendo derechos de exclusión respecto del acceso a bienes y servicios, haciéndolos susceptibles de ser intercambiados mediante acuerdos voluntarios de intercambio de derechos de propiedad y, en segundo lugar, sosteniendo estructuras institucionales que hagan estables los intercambios voluntarios mediante el derecho de contratos.

2. *Funciones de corrección*

El horizonte de las funciones de corrección, que las constituciones económicas llevan a cabo fundamentalmente mediante la asignación a los poderes públicos de competencias de política económica y de política regulativa, es más limitado que el de las funciones de organización. De hecho, las políticas correctivas se llevan a cabo dentro del marco del sistema económico de

referencia, por lo que se encuentran limitadas por los propios rasgos estructurales de este último. En el caso del sistema de mercado, las funciones de corrección tienen el propósito de implementar, consolidar y desarrollar las condiciones normativas para la operación eficiente de mercados particulares. En este sentido, su función es primordialmente técnica y tiene dos objetivos concretos fundamentales: proteger y perfeccionar mercados en términos de su potencial eficiencia social.

La Constitución económica protege un mercado cuando, en primer lugar, desincentiva eficazmente la transferencia no voluntaria del control sobre bienes económicos y, en segundo lugar, cuando implementa mecanismos institucionales que hacen previsible los efectos de los intercambios voluntarios; esto es, cuando respalda eficazmente las transferencias mediante procedimientos para prevenir o solucionar conflictos incluida, desde luego, la amenaza del uso fuerza.

La Constitución económica perfecciona o corrige un mercado en particular cuando mediante cambios normativos y transformaciones institucionales hace menos costosa la implementación de las condiciones funcionales del mecanismo de mercado, en particular, la voluntariedad y la confianza en los intercambios. Esto es, cuando da lugar a que los mercados se aproximen en mayor medida a su eficiencia social mediante la gestión de los distintos límites estructurales de diseño de los mercados que conducen a que los intercambios voluntarios sean “deficientes” en términos de las propiedades del propio sistema económico y que, consecuentemente, hacen que los resultados de la operación de mercado específico no sean, en un momento dado, socialmente valiosos: falta de competencia, información imperfecta, externalidades, excesivos los costes de transacción, etcétera.⁴⁰

3. *Funciones de legitimación*

El presupuesto fundamental de las funciones de legitimación de la Constitución económica es que, en tanto sistema económico, el mercado está limitado por sus propiedades estructurales, y que entre las “incapacidades” del mercado destacan sus límites para generar coordinación y sus límites para alcanzar otros objetivos sociales valiosos; en particular, fines sociales e individuales que solemos definir en términos de justicia. En este sentido, la posibilidad de la legitimidad de los mercados particulares está fundamentalmente asociada a la idea de límites del mercado, en tanto que se reconoce

⁴⁰ Por decirlo de otro modo, se trata de combatir un conjunto de patologías que, en términos de Smith, impiden que la sociedad obtenga los beneficios del intercambio.

que ésta es, por su propia configuración normativo-institucional, una forma de organización socioeconómica inherentemente imperfecta, por lo que sus resultados no pueden ser aceptados sin reservas.

Desde una concepción amplia del bienestar social, la exigencia de esta función de la Constitución económica implica que el ámbito del mercado debe limitarse sólo a las áreas y a las condiciones en las que realiza funciones valiosas en términos de fines u objetivos sociales autónomos respecto de la esfera de la economía: derechos fundamentales. Ésta es, sin embargo, una consecuencia importante en la que no se suele reparar cuando hay una presunción fuerte en favor del mercado, pues se trata de una forma de intervención *negativa*, que no sólo limita las consecuencias de las transacciones de mercado, sino que también afecta, necesariamente, las condiciones para que la constitución realice satisfactoriamente las funciones organización y corrección a las que me acabo de referir.

III. CONSTITUCIÓN Y MERCADO

Como puede desprenderse de la anterior presentación de las funciones de las constituciones económicas, el constitucionalismo económico se despliega en distintos niveles complementarios que reflejan cuatro grandes tipos de funciones básicas del sistema normativo-institucional respecto de la conformación de una economía de mercado. En primer lugar, posibilita la operación de los mercados como *mecanismos*. En segundo lugar, define los niveles competencia por el intercambio y el precio en distintas *estructuras* de mercado. En tercer lugar, limita los efectos de los mercados como *institución* económica frente a otras instituciones sociales, en particular frente a los derechos subjetivos. Y, en cuarto lugar, legitima al mercado como *orden económico*. Detengámonos brevemente en cada una de estas funciones básicas que, en cierto modo, sintetizan lo que hemos visto hasta ahora.

1. *La Constitución económica y el mercado como mecanismo*

Como he apuntado, el mercado puede analizarse como un mecanismo en el que la dinámica del intercambio voluntario entre individuos maximizadores de su utilidad individual genera un equilibrio donde se maximiza la utilidad social (eficiencia social de los mercados). Desde esta perspectiva, la función primordial de las normas e instituciones jurídicas es posibilitar el funcionamiento del mecanismo de coordinación del mercado. Para ello, la Cons-

titud económica realiza tres operaciones: primero, define el contenido de los acuerdos mediante la configuración de derechos de propiedad; segundo, delinea y estabiliza las formas de los acuerdos mediante el derecho de contratos, y, tercero, establece procedimientos para garantizar o proteger los acuerdos por medio de la creación de procedimientos e instituciones encargados de dirimir conflictos y, en su caso, de implementar las resoluciones autoritativas mediante el uso de la fuerza.

En este orden de ideas, una demanda adicional de intervención del poder político por medio del derecho surge bien cuando los costes del funcionamiento del mercado no son insignificantes—esto es, cuando existen costes de transacción significativos—, bien cuando existen circunstancias que alteran los sistemas de incentivos y de precios requeridos para los intercambios idóneos para que la operación del mecanismo produzca los resultados satisfactorios —es decir, cuando tienen lugar “fallos” o “límites” del mercado, como falta de competencia, información asimétrica, etcétera—. En estos casos, la Constitución económica cumple otras dos funciones “técnicas” complementarias, reducir esos costes de transacción y corregir tales fallos.

En su conjunto, la función de la Constitución económica respecto del mercado como mecanismo, aunque imprescindible, resulta muy limitada; quedando reducida, como he dejado apuntado, a crear la infraestructura básica de los intercambios voluntarios y a reconstruir las condiciones necesarias, pero no suficientes, en la que tales acuerdos pueden llegar a generar estados de cosas socialmente deseables. Como consecuencia de ello, en este nivel la intervención autoritativa se considera legitimada sólo en la medida en la que la cooperación del derecho hace posibles los efectos individuales y sociales de los intercambios voluntarios, pero la asignación previa de derechos de propiedad, los resultados en la redistribución de bienes a través del mercado y, de manera enfática, la “eficiencia” social del proceso depende de la verificación de otras condiciones institucionales.

Los puntos anteriores conducen a una amplia variedad de temas que debe abordar una teoría del constitucionalismo económico y, en términos más amplios, una teoría de la regulación. Algunas de estas cuestiones serán abordadas en los próximos capítulos, pero lo que quisiera dejar apuntado ahora es que, en este nivel de intervención, la cooperación autoritativa de las normas e instituciones jurídicas con el mercado debe consistir, fundamentalmente, en tres cosas: en que los derechos de propiedad estén bien definidos; en que los contratos privados se encuentren efectivamente respaldados por la coacción pública y, por último, en que los acuerdos reflejen sólo los derechos y obligaciones que las partes hayan querido incluir en la transacción.

2. *La Constitución económica y el mercado como estructura*

Dado que, como veíamos, la relación social que define al mercado como organización económica es el intercambio bajo el principio *quid pro quo*, las normas e instituciones pueden analizarse como formas de estructuración de dos fases de relación económica que diferencian a los mercados de otras formas de coordinación: la lucha por el intercambio y la lucha por el precio (Weber, 1984). En la primera fase de la coordinación de mercado, concurre una pluralidad de interesados en una lucha por las posibilidades del cambio y, en la segunda, dos copartícipes inmediatos en una relación económica en la que llevan a cabo el pleno desenvolvimiento del fenómeno típico del mercado: el regateo. Ahora bien, algo que no puede dejarse inadvertido es que, como consecuencia del carácter *racional* de estas dos fases de la acción social,

...la comunidad de mercado, en cuanto tal, es la relación práctica de vida más impersonal en la que los hombres puedan entrar. No porque el mercado suponga una lucha entre los partícipes... sino porque es específicamente objetivo, orientado exclusivamente por el interés en los bienes de intercambio... Los intereses racionales de fin determinan los fenómenos de mercado en medida espacialmente alta, y la legalidad racional, en particular la inviolabilidad de lo prometido una vez, es la cualidad que se espera del copartícipe en el cambio y constituye el contenido de la ética del mercado (Weber, 1984, p. 494).

De este modo, los elementos de concurrencia de múltiples interesados en el intercambio y la competencia entre los copartícipes por el precio —es decir, su intrínseco elemento de “lucha”—, conforman un contexto social en el que los agentes buscan maximizar sus intereses *sin* tener en cuenta el valor colectivo o individual asignado a las “mercancías” contenidas en la relación (bienes de consumo, dinero, trabajo, órganos, relaciones sexuales, drogas, etcétera) ni, desde luego, las relativas capacidades de los participantes para determinar recíprocamente la acción social relevante: el intercambio. Esto es, los mercados son estructuras de concurrencia y competencia que, en principio, son indiferentes respecto de la naturaleza de los bienes económicos (mercancías) y la posición relativa de los participantes dentro de distintas estructuras de “poder social” (la empresa, la familia, las razas, los géneros, etcétera) (Parsons, 1963 y 1964). O, dicho de otro modo, son estructuras socioeconómicas “ciegas” respecto de qué, quiénes y en qué condiciones entran en la lucha por los intercambios y los precios.

Naturalmente, desde esta perspectiva, la función primordial de las constituciones económicas es contrarrestar esa “ceguera”. Para ello, la Constitu-

ción económica tiene que construir nichos de mercado que, primero, reconozcan las diferencias valorativas relevantes respecto de la “mercabilidad” o “mercantilidad” de los distintos bienes económicos —distinguiendo, por ejemplo, entre el mercado de lavadoras y un mercado de servicios médicos— y, segundo, tiene que equilibrar la diferencias de poder social de los distintos individuos que detentan derechos de propiedad respecto de las posibles mercancías, equilibrando, por ejemplo, la distinta capacidad de los copartícipes en el mercado laboral mediante la regulación de la negociación colectiva y del derecho de huelga, o mediante la prohibición de discriminación laboral por motivos de raza o sexo.

A partir de aquí, una segunda cuestión que no puede dejarse desapercibida es la tensión implícita en la configuración eficiente y, sobre todo, en la legitimidad de la distribución de poder social implícita en la estructuración de estos “nichos sociales de mercado” y que, como es sabido, ha sido uno de los puntos de mayor contraposición en la polémica entre capitalismo y socialismo. Los mercados, es cierto, son contextos de lucha impersonal, pero también han servido como vías de emancipación individual y colectiva. Los mercados, es cierto, reproducen y, acaso, agravan las diferencias de poder social, pero también configuran incentivos para la creatividad individual y el desarrollo social (Escohotado, 2008).

Los mercados son, pues, complejas estructuras difíciles de construir desde presupuestos y análisis simplistas y definitivos. Por ello, si bien una buena Constitución económica debe inducir a la discriminación democrática entre los elementos materiales y sociales relevantes, debe también dejar abiertas las posibilidades para una adaptación constante de las estructuras a los cambios históricos, tecnológicos y valorativos.

3. La Constitución económica y el mercado como institución

El mercado también puede ser visto como una forma específica de arreglo institucional que comparte relevancia económica con otros arreglos institucionales de naturaleza jurídica, política, social, cultural, etcétera, respecto de los cuales mantiene relaciones de afectación recíproca mediante normas, valores, decisiones, entre otros. Como he apuntado antes, desde la perspectiva institucional, el núcleo de la relación entre la autoridad y el mercado se asienta en la relación entre los intercambios voluntarios y los derechos subjetivos contenidos en los ordenamientos jurídicos. Como consecuencia, la función central las constituciones económicas respecto de los mercados como instituciones consiste en establecer dos cosas: los límites del mercado y la oportunidad del mercado.

En relación con los límites de los mercados, la regulación jurídica establece el perfil que deben tener los acuerdos voluntarios cuando, entre las razones para su diseño institucional, no sólo se incluyen intereses económicos, sino también otro tipo de pretensiones jurídicas —en particular, derechos y libertades fundamentales—. Dicho en otras palabras, la regulación establece el espacio normativo para el mercado *vis à vis* el sistema jurídico. En consecuencia, la regulación debe responder a las condiciones en las que los acuerdos voluntarios son instrumentos idóneos para realizar ciertos fines sociales y, en particular, ciertos fines prescritos por normas jurídicas. Es decir, la Constitución económica sólo debe establecer las condiciones para los acuerdos voluntarios cuando resulten un instrumento eficaz para producir estados de cosas que hagan previsibles las condiciones materiales para la satisfacción de derechos individuales y sociales.

Dicho brevemente, en esta categoría la Constitución económica tiene la función de perfilar a los mercados dentro del orden jurídico en su conjunto, marcando los límites del contenido *vis à vis* el sistema de valores constitucionales (igualdad, libertad, democracia, etcétera) dentro del que destaca, por supuesto, el catálogo de derechos fundamentales. Por ello, el requisito básico de la legitimación de la Constitución económica en este ámbito consiste en sólo incluir dentro del mercado el tipo de derechos cuya titularidad sea susceptible de ser negociada, y cuya transferencia pueda llevarse a cabo mediante intercambios voluntarios —es decir, derechos alienables— que, al menos en principio, permitan la compatibilidad entre el crecimiento económico y la realización del conjunto de valores constitucionales.

Ahora bien, en esta perspectiva, como he apuntado antes, la Constitución económica se relaciona con el marco de la política económica general que, a su vez, se evalúa a la luz de los estados de cosas que produce (bienestarismo). Por ello, en el ámbito de las relaciones institucionales entre el mercado y el sistema jurídico, la eficacia de la Constitución económica depende de la existencia de las condiciones materiales para el ejercicio de derechos subjetivos. Dicho en otras palabras, en el plano del mercado como institución, la justificación de los arreglos específicos de la constitución económica —*qua* organización, corrección y legitimación— depende de sus efectos en el desarrollo social.

Se puede decir entonces que, desde esta perspectiva, por un lado, la función jurídica por antonomasia de la Constitución económica consiste en desvincular la satisfacción de ciertos derechos de los eventuales resultados de acuerdos voluntarios. Dicho en otras palabras, el correcto equilibrio entre exigencias de justicia y de eficiencia consiste en proteger de manera efectiva a las razones que sustentan los derechos como cartas de triunfo frente a los

intereses que guían la conducta económica (por ejemplo, la mercantilización de derechos inalienables o la imposición de salarios de subsistencia). Pero, por otro lado, también se puede decir que la función política más importante de la Constitución económica consiste en vincular las condiciones materiales para la satisfacción de los derechos subjetivos a los resultados previsibles de la operación de los mercados. Dicho en otras palabras, el correcto equilibrio entre justicia y eficiencia consiste en hacer posible de manera efectiva las razones que sustentan al mercado como sistema económico frente a los intereses que guían la conducta económica (por ejemplo, estrategias anti-competitivas).

Ahora bien, como veremos enseguida, establecer qué intereses y derechos pueden y deben introducirse en el mercado, y cuál debe ser el alcance y la fuerza de su respectiva protección/exclusión frente a la “lucha” por el intercambio y el precio, corresponde a decisiones políticas-morales, no económicas; cuyo fundamento y control depende del principio políticos (prudenciales) o morales (finales), dependiendo de la naturaleza de los intereses en cuestión y del fundamento de los derechos subjetivos de que se trate. Pero, en todo caso, esta perspectiva nos recuerda que, en una sociedad bien ordenada, la constitución económica se despliega *en relación* con el conjunto del orden político-jurídico, y no como sustituto de éste.

En síntesis, en el mercado como institución la Constitución económica regulará el mercado de manera eficaz y, en esa medida, contará con la legitimidad de resultado cuando constituya mercados en los casos en que los acuerdos voluntarios sean la medida previsiblemente mejor para producir las condiciones materiales para la realización de valores constitucionales y derechos fundamentales.

4. *La Constitución económica y el mercado como orden económico*

En este rango, el mercado es visto como arreglo institucional totalizador que involucra los distintos aspectos de la vida pública y privada. Aquí encontramos el problema de la estructuración de la sociedad de mercado en su conjunto, y no sólo con el problema de sus límites normativos (el mercado como institución); de su diferenciación material y social (el mercado como estructura), o de las condiciones de su funcionamiento (el mercado como mecanismo). En este orden, la función central de la Constitución de una sociedad de mercado no se limita delinear las relaciones de mercado como esferas de autonomía para la persecución de intereses, sino que consiste en reconocer

y legitimar los intereses individuales como parámetro de las relaciones económicas. Es decir, la ordenación económica de mercado entra en contacto con la justificación del mercado como sistema de coordinación social. En esta línea de ideas, la implementación del orden de mercado estará justificada si, y sólo si, existen razones para considerar que un orden económico (un sistema de producción y distribución de bienes) construido sobre la base de relaciones que expresan intereses (los intercambios voluntarios) dentro de una determinada estructura (los mercados) es *moralmente preferible* a otros órdenes económicos posibles. Así pues, aunque se reconozca que la motivación de los acuerdos voluntarios son los intereses de los individuos, esta ordenación específica de las relaciones económicas no se sustenta razones instrumentales, sino morales —es decir, razones de carácter último— en favor del orden económico de mercado (Hausman y MacPherson, 2006).

Dicho brevemente, la justificación del orden de mercado no depende, en última instancia, de sus resultados instrumentales en relación con los intereses de los participantes, sino de las razones que existan para elegir el principio de autonomía individual, en la forma en la que ésta se expresa en las relaciones de intercambio voluntario, como fundamento normativo del sistema económico en su conjunto. Así, a diferencia de la justificación instrumental del mercado como mecanismo, como estructura y como institución, la justificación del mercado como orden no depende de argumentos funcionales respecto de los intereses de los participantes o de la sociedad en su conjunto, sino de argumentos dependientes de nuestras concepciones éticas del individuo y de la sociedad.

En este sentido, la función de la Constitución económica respecto del mercado como orden económico consiste en hacer efectivas las preferencias de los individuos respecto del tipo de relaciones económicas que valoran moralmente por considerarlas constitutivas de su identidad moral y compatibles con los principios básicos de organización de una sociedad que pueda ser considerada justa. Y sólo se ordenará el mercado en orden al interés general cuando se haga efectivo el establecimiento de los intercambios voluntarios como forma de ordenación económica frente a otras formas alternativas: el estatus, la violencia, la discriminación, el engaño, etcétera.

Desde luego, en este punto sería necesario introducir no pocas consideraciones acerca de los presupuestos antropológicos y conductuales del orden económico de mercado. En este sentido, que el orden económico de mercado pueda llegar a estar justificado sobre la base del interés general de una comunidad no implica, desde luego, que sea inconcebible un mejor orden económico en términos de eficiencia ni, desde luego, de justicia. No obstante, para los objetivos de este trabajo, lo que me parece importante es no perder

de vista la distinción entre la justificación de una práctica (el mercado) y la justificación de las distintas acciones dentro de esa práctica (los intercambios voluntarios autointeresados) (Rawls, 1955). Esto es, que dados ciertos presupuestos respecto de la naturaleza de las relaciones económicas y, sobre todo, en relación con la motivación de los individuos para participar en el tipo de relaciones sociales que consideramos típicamente económicas, el orden económico de mercado —es decir, la práctica— estará justificado si, y sólo si, el intercambio voluntario es la forma de relación moralmente preferible frente a otras formas de estructuración de la actividad económica *posibles*.

Teniendo esto en cuenta, las razones para constituir un orden de mercado dependerán de la viabilidad de la teoría de la justicia sobre la que se apoyen, y ésta, a su vez, como ha señalado Amartya Sen, derivará en gran medida de la base de información sobre la que se valoren las instituciones y los estados de cosas que producen (Sen, 1999). Estas bases de información pueden ser, por ejemplo, la compatibilidad de los arreglos económicos, y de sus consecuencias, con ciertos principios básicos de justicia (Rawls, 1971) o el requisito de adquisición legítima de la propiedad (Nozick, 1974).

En este orden de ideas, es precisamente la idea de justicia sobre la base de información de las capacidades defendida por Sen la que me parece mejor opción para fundamentar al mercado como práctica social y, con ello, establecer criterios normativos para una ordenación constitucional de este tipo de orden económico, en la que se reconcilie el complejo y difícil equilibrio entre la protección de pretensiones jurídicas (límites) y la necesidad de desarrollo social como condición de posibilidad fáctica de tales derechos (eficiencia de la economía). Esto es así porque en su idea del desarrollo *como* libertad convergen en la noción de capacidad tanto el criterio normativo de la justicia como el criterio definitorio del desarrollo económico. En la teoría de la justicia de Sen, la capacidad de los individuos para realizar las cosas que tienen razones para desear (su libertad como oportunidad) es el criterio que sirve como base para la evaluación de los Estados sociales y de las instituciones, pero también, mediante la libre agencia de los individuos, la capacidad es el instrumento fundamental del desarrollo y la medida del nivel de desarrollo. Es decir, la justicia y el desarrollo de una sociedad se miden por el grado en el que los individuos sean, de hecho, capaces de obtener mediante su agencia —mediante sus elecciones y acciones libres, por ejemplo, los acuerdos de intercambio voluntario—, los estados de cosas que tienen razones para desear.

Ahora bien, la teoría del desarrollo *como* libertad, que sienta sus bases en las capacidades para hacer lo que se tiene razones para desear y, por tanto, reconoce las funciones normativas de los intereses de los individuos para alcanzar *sus* objetivos mediante *su* agencia —incluidos, desde luego, los in-

tercambios voluntarios—, no supone que la justificación última del mercado pueda llevarse a cabo en términos de intereses —sean éstos preferencias (intercambios) o meta preferencias (arreglos institucionales de mercado)—, sino que exige que la base de información relevante para valorar las instituciones y los Estados sociales sean las *capacidades* para realizar los intereses, no el contenido de los intereses.

En mi opinión, es aquí donde se encuentra el límite de las funciones de las constituciones económicas en la deliberación respecto de qué orden social, político y económico es moralmente preferible —y, aún más, respecto de qué concepto de agente moral es plausible— y, en ese sentido, podría decirse que aquí se vislumbran los confines del ámbito del constitucionalismo (político y económico). Más allá, se despliega el horizonte de la teoría social y de la teoría de la justicia; territorios requeridos para una visión de una sociedad menos indecente, pero que no exploraré en este limitado ejercicio constitucional.

CAPÍTULO TERCERO

CONSTITUCIONALISMO, INTERÉS GENERAL Y REGULACIÓN

Este capítulo trata, fundamentalmente, de una exploración teórica acerca de las funciones de una Constitución económica. No pretendo, desde luego, desarrollar una teoría normativa del constitucionalismo económico o establecer los principios para la regulación en un Estado constitucional; ni siquiera intentaré plantear los respectivos fundamentos de estas empresas intelectuales. Lo que quiero abordar en este capítulo es el análisis de algunas ideas en torno a la viabilidad y a la utilidad de una concepción operativa del constitucionalismo económico y, desde ahí, en el marco de la teoría robusta de la regulación a la que me refería en la Introducción, perfilar una teoría normativa de la regulación en la que la noción de interés general opere, a la vez, como principio de sistematización y como núcleo normativo. En este sentido, en caso de que estas reflexiones resulten bien orientadas, el capítulo puede verse, además de como una exposición de problemas, como la presentación de un proyecto constructivo que se desarrolla más ampliamente en el próximo capítulo.

El impulso de la propuesta que pretendo presentar aquí proviene, por un lado, de la percepción de algunas carencias de la teoría de la regulación y, por otro, del diagnóstico de sus causas, que ya he explorado en el capítulo primero, pero que conviene recordar ahora de manera más explícita. Como es bien sabido, y como ya he expuesto antes, la que podría considerarse la teoría “clásica” o “estándar” de la regulación encuentra su razón de ser en la constatación de que el mercado es un sistema de coordinación social imperfecto, es decir, en la noción de “fallo del mercado”. Desde esta perspectiva, la regulación se explica y, sobre todo, justifica en la medida en la que resulta un medio adecuado para resolver tales fallos.⁴¹

⁴¹ El punto de partida de esta aproximación es que, en principio, dadas ciertas condiciones, el mercado es un mecanismo de coordinación social descentralizado y autorregulado capaz de producir resultados socialmente valiosos —como quiera que estos se evalúen; en términos de eficiencia, de bienestar, de incremento de la riqueza, etcétera—. Ahora bien, como por distintas razones tales de condiciones casi nunca —por no decir, nunca— se satisfacen, resulta necesaria la coordinación centralizada y heterónoma típicamente estatal. Como vere-

Ahora bien, desde mi punto de vista, en la medida en que no se sustentan en un conjunto de principios generales que, a un tiempo, orienten y justifiquen en su conjunto la actividad regulativa, la mayoría de las aproximaciones al problema de la regulación dentro del marco de la teoría de los fallos del mercado manifiesta importantes carencias teóricas y, fundamentalmente, normativas. Así pues, por una parte, en el plano teórico, estas aproximaciones manifiestan un déficit de sistematicidad que se refleja en la dificultad para dar una explicación articulada de los distintos tipos de medidas reguladoras del mercado. Mientras que, por otra parte, en el plano normativo o justificativo, su carencia fundamental se muestra en la dificultad de formular un conjunto de principios que orienten de manera coherente la actividad regulativa. En este sentido, la teoría estándar de la regulación del mercado ordena y justifica las distintas medidas sobre distintos principios normativos que, como generalmente se reconoce, suelen entrar en conflicto.⁴²

mos más adelante, desde esta perspectiva, la regulación jurídica, centralizada y autoritativa, realiza funciones correctoras con un margen de acción muy reducido y de carácter subsidiario, limitándose a corregir el déficit de funcionamiento de los mercados específicos, pero no a la ordenación del sistema económico en su conjunto. Para una exposición detallada de la teoría estándar de la regulación, (Breyer, 1982, pp. 15 y ss.).

⁴² Me parece que ambas carencias quedan de manifiesto en la distinción, ampliamente extendida en la teoría de la regulación, entre regulación económica y regulación social. A partir de esta distinción se clasifica las distintas medidas regulativas en virtud de los fines que persiguen; los cuales suelen definirse, *grosso modo*, en términos de eficiencia y de justicia. Al respecto, véase Sunstein (2002, *passim*) y Ogus (1994, pp. 4 y ss.). Sin embargo, si se adopta una perspectiva más amplia —y quizá, también, menos superficial— del mercado como sistema de coordinación social, se ve que la tensión entre su relación con la eficiencia y la justicia es menor de lo que parece a primera vista. Si, como ha señalado Charles Lindblom, partimos de una noción amplia de eficiencia económica —la *ratio* entre *inputs* valiosos y *outputs* valiosos— que refleje el total de cosas valiosas que introducimos en los mercados dejando a un lado otras elecciones sociales alternativas —esto es, que contabilice el coste de oportunidad social *total*— en relación con el producto *neto* de la operación de cada mercado —es decir, que descuenta las externalidades, los costes sociales de la distribución, los costes de la desigualdad, los costes de información, los costes de transacción, etcétera—, la contraposición entre la eficiencia como problema económico y la justicia como problema social político/moral queda sustancialmente disuelta. Dicho en pocas palabras, si tomamos en cuenta las distintas “ineficiencias” que pueblan el sistema socioeconómico de mercado, la justicia se torna un problema de eficiencia y, sin duda, también la eficiencia se torna en un problema de justicia. Al respecto, véase Lindblom (2001, p. 147). Dicho brevemente, en mi opinión, las teorías de la regulación que privilegian la noción de fallo del mercado como criterio para identificar los problemas a resolver por la teoría de la regulación operan de manera un tanto artificiosa. Primero, construyen —o aceptan la construcción— de un modelo ideal del mercado muy distinto de la realidad; luego, analizan las razones por las que ese modelo ideal no funciona y, por último, proponen medidas para “corregir” la realidad, en vez de modificar el modelo. La noción de “fallo” apunta a la idea de excepcionalidad, pero como las ineficiencias de los mercados son tan constantes y generalizadas, parece que habría que abandonarla.

Creo que la causa de los anteriores problemas reside, fundamentalmente, en enfoques reduccionistas de la naturaleza de las relaciones económicas, en general; de las condiciones en las que tienen lugar las relaciones de mercado, en particular, y de las diferentes funciones de las normas e instituciones en el ámbito de la economía en su conjunto.

Así pues, en primer lugar, en la mayoría de los casos las relaciones económicas se analizan en un alto grado de abstracción, prestando insuficiente atención a las distintas propiedades funcionales del amplio y complejo entramado normativo/valorativo —en el que el derecho tiene un papel imprescindible, aunque no exclusivo— que las posibilitan, las conforman y, en última instancia, las justifican.⁴³ Como ya he señalado en los capítulos precedentes, esta imagen, simplificada y fragmentaria, de la infraestructura jurídica subyacente a la realidad económica que produce el análisis económico suele proyectarse sobre el contenido de la teoría de la regulación.⁴⁴

Quizá un pequeño ajuste terminológico, pero con trascendencia ideológica, puede ser el de sustituir “fallos” del mercado por “límites” del mercado.

⁴³ Por ejemplo, uno de los más conocidos tratados de economía de la regulación inicia el primer capítulo en los siguientes términos: “La ciencia económica surgió en los siglos diez y ocho y diez y nueve como un esfuerzo por *explicar* y justificar el sistema de mercado. Aunque esta es una sobre simplificación, es bastante precisa como caracterización del pensamiento económico occidental... La racionalización y la descripción de los mercados competitivos sigue siendo muy relevante en las economías occidentales contemporáneas” (Kahn, 1988, p. 1). Esta disposición a identificar la economía con el mercado es, probablemente, una restricción impuesta por las herramientas de análisis disponibles como, por ejemplo, la teoría del equilibrio. Pero la elección de este tipo de herramientas de análisis es, desde luego, una decisión metodológica que debe justificarse en términos de su utilidad para la comprensión y, sobre todo, para la solución del problema en cuestión —que, como apuntaba antes, no se resuelve mediante un recorte conceptual, oponiendo eficiencia a justicia—, y en ese punto, la corriente central de pensamiento económico occidental no siempre ha sido extraordinariamente exitosa.

⁴⁴ Creo que esto se muestra, por ejemplo, en las concepciones del derecho implícitas en el análisis económico del derecho de corte posneriano, por un lado, y en las teorías de la elección pública como la de James Buchanan, por otro. El efecto de los presupuestos de estas teorías —a saber: que el *common law* es un producto de decisiones que pueden explicarse como maximizadoras de riqueza (Posner, 1981, capítulo 4)—. Por un lado, y que la construcción del *homo economicus* es un modelo analítico adecuado para dar cuenta de las decisiones constitucionales (Buchanan y Brennan, 1985, capítulo 4); por otro lado, es la proyección de imágenes débiles de la normatividad del derecho. Por su parte, en la literatura económica que estudia los efectos de las normas en la esfera económica a la luz de la noción de interés, se centra en las funciones de coordinación y estabilización de las expectativas (Buchanan y Brennan, 1985, capítulo 1); en la generación y protección de bienes públicos (Ostrom, 1990, capítulo 1); en la cooperación con la racionalidad (Stigler, 1961), y en la reducción de costes de transacción (Coase, 1988, capítulo 2); pero la función de *servir* al interés general no suele ocupar el centro de la discusión.

En segundo lugar, en la aproximación a la cuestión de qué problemas requieren de intervención regulativa subyace una visión instrumentalista y particularista de las funciones del derecho y, desde luego, del orden constitucional. Desde esta perspectiva, las normas, las instituciones y el ordenamiento jurídico en su conjunto son percibidos como herramientas de las políticas públicas de expansión, contracción o corrección de los mercados en virtud de ciertos objetivos sociales —por ejemplo, la estabilidad macroeconómica, el crecimiento económico, el incremento del ahorro, etcétera—, sin reconocerles contenidos, fines y valores generales e independientes respecto de los objetivos contingentes de dichas políticas.⁴⁵ Esto conduce, naturalmente, a pasar por alto el fundamental carácter prescriptivo del derecho como guía y límite de la política económica y, por ende, de la actividad regulativa en su conjunto.

Esta cuestión se vincula, naturalmente, con el problema general de la articulación de la política económica en un Estado de derecho, por un lado, y con la cuestión más particular del control democrático de las políticas públicas, por otro. Más concretamente, en el marco de un Estado constitucional, nos enfrenta con la cuestión del estatus normativo del interés general o público *vis à vis* la legitimidad de la política económica. En la esfera de la teoría del derecho, este problema se proyecta en las decisiones de las autoridades normativas —legislativas y, fundamentalmente, administrativas— dirigidas a implementar, en el contexto de restricciones normativas y fácticas, las condiciones de realización de objetivos sociales prescritos en *policies* o directrices; con especial relevancia cuando estos se vinculan causalmente con la materialización de derechos.

En este orden de cosas, la inevitable presencia de la discrecionalidad instrumental propia de las decisiones políticas plantea a una teoría general de la regulación importantes problemas de diseño institucional, por ejemplo, el del diseño de los órganos reguladores y de los mecanismos democráticamente legitimados para el control de constitucionalidad de las políticas públicas implementadas mediante actividades regulativas. Como veremos más adelante, con el marco de la normatividad constitucional de fondo, la teoría de la regulación orientada por el interés general que aquí exploro abre algunas

⁴⁵ Sobre el origen y la conformación ideológica de esta concepción del derecho, así como sobre las razones de su influencia en la teoría de la regulación, hay muchas cosas interesantes que decir. Sin embargo, en esta ocasión no me detendré en ello. En mi opinión, esta aproximación al derecho ha sido bien perfilada, y en buena medida también bien ejemplificada, por Richard Posner (Posner, 2003, capítulos 1 y 2) cuando habla del “pragmatismo cotidiano” (*every day pragmatism*) como el rasgo que, según él, identifica la actitud de los juristas en Estados Unidos —donde, por otra parte, se ha generado y sigue generándose la mayoría de la actividad académica vinculada con la materia de este trabajo—.

vías de control como la responsabilidad o rendición de cuentas (véase Larrañaga, 1999).

No obstante, antes de entrar de lleno a las funciones del interés general en el constitucionalismo económico, veamos con más detenimiento los aspectos contextuales derivados de la idea operativa de constitución económica que subyace a este trabajo y que, como veremos, nos permitirá despejar algunos equívocos sobre la noción de interés general y sus funciones legitimadoras de la regulación.

I. LA OPERATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Como es bien sabido, el discurso contemporáneo en torno al constitucionalismo se desenvuelve en paralelo a la oposición entre concepciones formales y sustanciales del principio del Estado de derecho. Desde la primera perspectiva, cuando se habla de Estado constitucional se suele hacer referencia a la institucionalización, a través de la evolución o adopción de una constitución, de una forma específica de gobierno que se reconoce por la presencia de arreglos que organizan, autorizan y controlan el poder público mediante órganos especializados y sistemas de controles y contrapesos. Así, en contraste con perspectivas que derivan implicaciones “sustanciales” de esta forma de gobierno, el compromiso constitucional “mínimo” con el Estado de derecho “no debe confundirse con la democracia, la justicia, la igualdad (ante el derecho o de otro tipo), los derechos humanos o con el respeto a las personas o a la dignidad del hombre” (Raz, 1979, p. 211), sino que se circunscribe, en última instancia, a lo que Hayek consideraba el núcleo del constitucionalismo como forma de gobierno:

Desnudado de todo tecnicismo, [el Estado de derecho] significa que el gobierno está limitado en todas sus acciones por reglas establecidas y anunciadas de antemano —reglas que hacen posible prever con una certeza razonable cómo utilizará la autoridad su poder coercitivo en determinadas circunstancias, y planear los propios asuntos sobre la base de este conocimiento— (Hayek, 1994, p. 54).

Limitada la idea de Estado constitucional a esta noción mínima de “Estado de derecho” como condición necesaria, pero no suficiente, de una “Constitución operativa”, la definición anterior denota un arreglo institucional (el Estado constitucional), cuya justificación depende, en última instancia, de su relación instrumental con la organización, orientación y control de la acción

colectiva o, quizá dicho con mayor propiedad, con una forma específica (el derecho) “de realizar las tareas de gobierno mediante la institución del Estado” (Loughlin, 2003, p. 6).⁴⁶

Así las cosas, una Constitución es operativa en un primer nivel cuando el ejercicio del poder público mediante los arreglos institucionales contenidos en ésta permite que una sociedad alcance en un grado razonable sus objetivos de acción colectiva *qua* Estado constitucional.⁴⁷ Dicho brevemente, una Constitución es operativa cuando permite alcanzar los fines del Estado *del modo* establecido por ésta.

Ahora bien, como es fácil de ver, en este orden de ideas, la relación entre el Estado constitucional y las políticas públicas en general, y las políticas regulativas en particular, no parece depender sólo —ni siquiera primariamente— de la operatividad de una Constitución en el primer nivel recién descrito, sino que se compone de dos variables normativas de “efectividad”: la constitucionalidad efectiva, por un lado, y el gobierno efectivo, por otro. Dicho en otros términos, en contraste con los estándares de constitucionalidad configurados exclusivamente sobre la base de la distribución de funciones del Estado y, consecuentemente, del sistema de competencias de las distintas ramas de gobierno y del régimen de derechos fundamentales regulado por la propia constitución, los criterios de efectividad de una constitución reflejan el grado en que se verifican dos tipos de *hechos* de los que depende, a su vez, el grado de operatividad de la Constitución: la subordinación del gobierno a la Constitución y la implementación (*enforcement*) del ordenamiento normativo derivado de la Constitución. Neil MacCormick expresa sucintamente estas ideas en los siguientes términos:

⁴⁶ Soy consciente de que, al retrotraer mi argumento hasta esta noción mínima de Estado de derecho, dejo a un lado interesantes e importantes líneas de argumentación amparadas por el título del capítulo. Las relaciones causales entre el bienestar de los ciudadanos y la seguridad —o más bien, entre la falta de uno y de la otra— ha sido ampliamente explorada, y también se ha reflexionado y debatido, aunque no en la misma medida, en torno al contenido sustantivo de bienestar requerido para una noción normativamente coherente del Estado constitucional (Holmes, 1995, capítulo 8). Aunque no voy a entrar a estos temas espero, sin embargo, que al presentar en las próximas páginas el núcleo de la noción de constitución operativa en conjunción con la aproximación bienestarista al constitucionalismo quede claro que no me son ajenas las implicaciones distributivas de la inseguridad, sino que en el contexto actual considero prioritario ocuparse de las condiciones de posibilidad del Estado constitucional. En todo caso, dado que, como no cuesta ningún trabajo reconocer, la inseguridad es un mal que se distribuye de manera inversamente proporcional a la capacidad de los individuos para protegerse por sus propios medios, un argumento sobre la eficacia del Estado *es* también un argumento sobre las posibilidades de una sociedad justa.

⁴⁷ Ésta es, por otra parte, una aproximación muy difundida al cambio institucional. Véase Elster (1989).

La posibilidad de sostener una constitución funcional que sea realmente compatible con la constitución formal es condicional del *cumplimiento sustancial* (*very substantial fulfilment*) del *deber de fidelidad* por parte de la gran mayoría de los funcionarios la mayor parte del tiempo. Cuando esto sucede, podemos considerar que un Estado posee una “constitución en sentido pleno”. Ésta es condición de crucial importancia para que la constitución sea, en términos de Kelsen, eficaz en su conjunto (*by and large efficacious*)...

Hay otro aspecto de la efectividad de la Constitución y de las leyes. Éste se refiere más a su aplicabilidad que a su obligatoriedad como tal... Si el Estado ha de ser el teatro una paz civil relativa, y si el derecho ha de ser un derecho de paz, que promete protección a los ciudadanos y a otros residentes, es necesario que la mayoría de las personas, la mayoría del tiempo, se abstengan de hacer aquello que el derecho estigmatiza como ilícito. *Es por esto que es necesario también que el Estado mantenga instituciones efectivas de aplicación* (*enforcement*) del derecho (MacCormick, 2007, p. 52. Énfasis añadidos).

Así pues, a la luz de lo dicho hasta ahora, retomando la noción mínima de Estado de derecho que describía más arriba en conjunción con los criterios de efectividad que acabo de señalar, creo que puede considerarse que una constitución es operativa cuando, por un lado, la actividad económica general se ordena mediante el ejercicio de poderes públicos que, a su vez, se ejercen en el marco una ordenación contenida en la Constitución y, por otro, cuando la operación institucional de los órganos constitucionalmente establecidos permite prever razonablemente las consecuencias de la implementación del conjunto de la constitución.⁴⁸

Ahora bien, como resulta fácil de ver, la idea de efectividad del Estado de derecho en la que se sustenta la noción de Constitución operativa que acabo de perfilar acarrea consecuencias para el estatus normativo (constitucional) de la regulación, que se retrotraen esta noción a su posición original en la justificación del Estado en la tradición liberal: la promoción del bienestar. Desde esta perspectiva, el bienestar no es conceptualizado ni como una prerrogativa del Estado ni como un derecho de los ciudadanos, sino la prevalencia de *estados de cosas* (la paz, el orden, la sociedad civil, la riqueza,

⁴⁸ De hecho, desde una concepción normativa del orden constitucional, la efectividad no sólo depende de que las personas (y el Estado) se abstengan de las conductas ilícitas, sino que realicen las conductas obligatorias. Ésta es también una tarea del derecho y, particularmente, del gobierno. Por ello, quienes, para apaciguar sus conciencias, alimentar sus ilusiones, o cualquier otra razón, favorecen el reconocimiento simbólico de derechos, sin prestar la suficiente atención a la operación de las instituciones de implementación tendrán que asumir, al menos, la imposibilidad de sostener una concepción consistente de la validez del derecho. Espero que, al menos para quienes no practiquen la hipocresía, éste resulte un precio demasiado alto a pagar por la corrección política.

etcétera) que, por un lado, está prescrito por la Constitución y, por otro, es producto de la aplicación de la misma por los órganos constitucionalmente previstos para ello y que, en todo caso, justifica el Estado en la medida que hace previsible la realización de los intereses de los involucrados.

Hablar de un “giro bienestarista” en el constitucionalismo sería, seguramente, exagerado. Se trata más bien de una rehabilitación de un elemento central de la ideología liberal común en el liberalismo político y económico, pero que a lo largo del tiempo se ha ido desprendiendo del primero y concentrando en el discurso del segundo. En este orden de ideas, Russell Hardin (1999) ha distinguido entre dos “variantes” de liberalismo: una deontológica y una bienestarista. Para la primera, un principio liberal (como, por ejemplo, el constitucionalismo, la democracia o la propiedad) es juzgado sobre la base de su propio contenido, ya sea a la luz de nuestras intuiciones morales o en virtud de su relación con otros principios como, por ejemplo, la autonomía individual. Para la segunda, un principio liberal es juzgado sobre la base del bien que produce o, dicho en otros términos, de sus efectos en el bienestar de los individuos con independencia de cómo éste se establezca. Como muestra Hardin, aunque en el origen del liberalismo se encuentra un instrumentalismo fundamental que no valora al gobierno como un bien en sí mismo, sino en términos del bienestar humano y, por tanto, coloca al bienestarismo en su núcleo normativo (Twining, 1973, 1979, 1997 y 2000, y Holmes, 1995, capítulos 1 y 2), en el desarrollo teórico de la vertiente política de esta corriente, fundamentalmente a través de variantes del argumento contractualista, se introdujeron elementos deontológicos que generaron una mutación del discurso liberal hacia una predominancia de los elementos deontológicos, por ejemplo, en la introducción, por parte de Locke, de una teoría de los derechos de propiedad y de restricciones democráticas al ejercicio del gobierno y, por parte Kant, de las restricciones consustanciales al ejercicio libre de la autonomía o, dicho en otros términos, con el derecho natural.

Probablemente, el elemento bienestarista se mantiene en su formal más nítida en el marco de la teoría del orden social como coordinación que, como es sabido, David Hume contraponen a las estrategias contractualista de Hobbes y Locke; en particular proponiendo correcciones a la sociología política del primero y rechazándola teoría del segundo en su conjunto. Ahora bien, en este contexto, quizá la corrección resulte más interesante que la refutación pues, en mi opinión, resulta ilustrativo que, pese a que en sus respectivas teoría del orden social ambos autores comparten el presupuesto justificativo de la ventaja mutua, Hume no considera que ésta sea posible mediante una estrategia de resolución de conflictos basada en el contrato, sino que es producto de una *coordinación* reiterada sobre el reconocimiento recíproco de in-

tereses, que genera paulatinamente una organización social estable o, dicho en otros términos, una organización o equilibrio social. Así, para Hume, el orden social se explica porque

Una vez que se ha alcanzado coordinación en un contexto permanente o reiterado tiene gran estabilidad porque es auto-impuesta (*self-reinforcing*). Alcanzar una acción colectiva no conduce a esta estabilidad, *la coordinación es el elemento dominante en una organización estable*. Por consiguiente, nuestro éxito para lograr acciones colectivas a menudo depende de la coordinación previa en alguna organización o estructura que nos permita cooperar o incluso nos fuerce cooperar (Hardin, 2007, p. 84).

Proyectada al plano constitucional, la coordinación y, sobre todo, la coordinación sobre organizaciones o estructuras para la coordinación se presenta en dos sentido o niveles distintos: la coordinación *para* la Constitución —es decir, relacionada con afirmar, por ejemplo, que una Constitución es el producto de la coordinación efectiva entre determinadas fuerzas sociales— y la coordinación *bajo* la Constitución —esto es, relacionada con afirmar, por ejemplo, que las acciones de gobierno se coordinan dentro del marco de las competencias previsto en la Constitución (Hardin, 1999, pp. 103 y ss.)—. Naturalmente, tomando en cuenta lo que se ha dicho hasta ahora, creo que resulta claro que ambos tipos de coordinación son precondiciones de la operatividad de una constitución económica.

II. COORDINACIÓN, ACUERDOS E INTERESES

Teniendo en cuenta lo que acabo de decir, mi argumento central es que, dado que la noción de interés general ocupa una posición central como criterio de legitimidad de los actos de la autoridad de un gobierno constitucional, la consideración de sus funciones directivas y justificativas, tanto en la coordinación *para* la Constitución como en la coordinación *bajo* puede ser de utilidad para abordar las carencias de la teoría de la regulación a las que me he referido en el primer apartado. Creo que esto es así por tres razones íntimamente vinculadas entre sí.

En primer lugar, la noción de *interés* parece una categoría analíticamente adecuada al carácter de las relaciones sociales de tipo económico. La noción de *interés* parece conceptualmente apropiada para explicar el tipo de motivaciones que dan lugar a la coordinación que solemos denominar económica y que vemos en formas de relación social como el consumo, el trabajo remunerado, la empresa, etcétera. En sentido contrario, no consideramos que la no-

ción de interés sea de mucha utilidad para explicar las motivaciones que dan lugar a otras clases de coordinación a las que, aunque podemos reconocerles relevancia económica, no calificaríamos como preponderantemente económicas o que, incluso, consideramos como típicamente “a-económicas”, como la familia, la amistad, el juego, entre otras, en las que la introducción de intereses en la motivación de los participantes desvirtuaría el sentido social de la relación. En esta línea de ideas, la coordinación social de tipo político suele presentarse como un caso intermedio, y el peso que se atribuyen a los intereses como motivación es precisamente uno de los puntos críticos para distinguir entre las distintas concepciones de la política.⁴⁹

En segundo lugar, la obligación de servir al interés *general* parece una razón justificativamente oportuna como fundamento de la intervención autoritativa en la esfera económica. En la línea del *background* liberal del constitucionalismo económico al que me he referido en varias ocasiones, entiendo que la noción de interés *general* es justificativamente oportuna en cuanto refleja las razones que justifican la intervención heterónoma y directiva en relaciones económicas. Creo que afirmar esto no supone cometer una falacia naturalista, puesto no que estoy sosteniendo que el contenido de la regulación debe coincidir con lo que de hecho son intereses de los individuos participantes, sino que, si la regulación tiene pretensiones de guía y, sobre todo, de justificación, debe reflejar de manera neutral las motivaciones que subyacen al tipo de relación social que pretende regular. Tampoco creo que incurra en una argumentación circular porque, como veremos, la legitimidad de la regulación no reside en última instancia en los intereses económicos, sino las razones por las cuales es moralmente preferible construir —frente a la posibilidad de ordenes económicos alternativos— un sistema económico donde el espacio normativo para el ejercicio de los intereses ocupe una posición central. Asimismo, tampoco creo que se pueda decir que cometo una falacia de composición afirmando que el interés general tiene las propiedades del interés de cada uno de los individuos del grupo relevante. Cuando sostengo que el interés general puede entenderse como “el interés de la generalidad”, no afirmo que esos intereses y los objetivos de los individuos relevantes coincidan o existan en un sentido psicológico o metafísico —no estoy hablando de un sentido “objetivo” de interés—, ni tampoco que, de hecho, pueda hablarse de un interés general como agregado de intereses individuales. Sim-

⁴⁹ Así, por ejemplo, los distintos modelos teóricos de corte contractualista se distinguen entre sí por el peso que otorgan a los intereses y por las restricciones al libre juego de éstos, ni siquiera las versiones más estrictas del individualismo metodológico, como el modelo Hobbes-Buchanan, conceden a la noción de interés un papel en la coordinación en la esfera política equivalente al que tiene en la esfera económica. Al respecto, véase (Buchanan, 1991, capítulo 5).

plemente, afirmo que, si existen razones para las elecciones sociales en favor de un orden económico, y si hay estados de cosas —en particular, normas e instituciones— que son necesarios para la realización de los propósitos u objetivos de los participantes dentro de esa forma de relación social, entonces es razonable pensar que la generalidad tiene interés en que existan dichos medios o estados de cosas *instrumentales*. Naturalmente, es mucho más fácil hablar del interés general cuando éste se refiere a medios, instrumentos o procesos —incluidos, desde luego, los procesos institucionales— que cuando nos referimos a fines, resultados o productos. En este orden de ideas, creo que gran parte de los que sostengo aquí respecto de la regulación del mercado tiene cierto paralelismo con los problemas que enfrenta la teoría de la democracia. Aunque no se suele plantear en el crudo lenguaje de los intereses, también en este contexto es más fácil llegar a un acuerdo respecto del valor de la democracia como medio para realización, por ejemplo, de la autonomía que sobre su aceptabilidad a la luz de los resultados de tales elecciones. Por eso, tanto en el ámbito de la economía de mercado como en el de la democracia, desde la perspectiva de los intereses de la generalidad de los participantes, la existencia de ciertas normas que definan los procesos a la luz de las razones que los llevan a participar en él es una cuestión crítica.

En tercer lugar, tener en cuenta la idea de *interés general* facilita una explicación coherente de las distintas decisiones regulativas concretas dentro de un marco unitario conformado por las restricciones normativas, deberes y prohibiciones, que vinculan a las autoridades regulativas. En síntesis, la categoría de interés general resulta adecuada como criterio normativo de una teoría jurídica de la regulación del mercado, porque las restricciones que ésta impone a la decisión autoritativa permiten trazar un eje direccional que recorre todo el ámbito de la regulación económica vinculándolo con los objetivos sociales de esa actividad humana específica.⁵⁰

⁵⁰ En este sentido, aunque la literatura sobre regulación económica habla constantemente de intereses individuales, de intereses de grupo y del interés general o público, suele hacer una asimilación de unos a otros. Esta *mélange* se realiza, fundamentalmente, mediante tres fórmulas: 1) calcular el efecto del interés general o interés público en ciertas actividades de interés individual, sobre la base de la modificación de las preferencias como consecuencia de la variación de su precio relativo, respecto del de las alternativas disponibles (Calabresi, 1961 y 1984, capítulo 3; Cooter y Ulen, 1999, capítulo 8; Posner, 1992, capítulo 6; Shavell, 1980, 1984, capítulo 2) vaciar a la noción de interés *general* de contenido, certificando su inoperatividad en el control de los procesos de creación normativa, ya sea porque los intereses individuales —fundamentalmente de las empresas— capturen el proceso (Stigler, 1971) o porque el escenario de la elección social reproduzca las condiciones de las decisiones instrumentales individuales (Buchanan y Tullock, 1962), y 3) tratar las funciones normativas y valorativas específicas del interés general como una variable exógena de la actividad económica que, en

En mi opinión, adoptar esta perspectiva ayuda a delinear el ámbito de la regulación en relación con el amplio espectro de efectos económicos de las normas y de las instituciones jurídicas. Ello, desde mi punto de vista, contribuye a prevenir la propensión a tomar la parte por el todo que, como consecuencia de la utilización del aparato analítico-formal de la teoría del equilibrio competitivo en los términos en los que me he referido antes, prevalece en gran parte de la teoría económica de la regulación. Además, enfocar así la cuestión regulativa evita que la teoría jurídica de la regulación asuma como propios los problemas de la concepción económica estándar del mercado que presupone fuertes idealizaciones respecto de las condiciones de funcionamiento del mercado como modelo económico —racionalidad maximizadora de la utilidad individual; orden de preferencias estable; precios de competencia; ausencia de costes de transacción; maximización de utilidad social, etcétera—.

Ahora bien, a pesar de lo que quizá cabría esperar, las páginas que siguen no incluyen un análisis conceptual de la noción de interés general. Por el contrario, parto de una definición muy simple, aunque central, de esta noción. Sin duda, en el contexto de una teoría de la regulación desarrollada habría que refinar más la definición, pero que creo que resulta adecuada para exponer las ideas en torno a la teoría de la regulación que aquí propongo. En este sentido, por un lado, considero que una persona o institución actúa por “interés”, o guiada por “intereses”, cuando las razones de su acción (decisión, deliberación, estrategia, etcétera) tienen un carácter *instrumental* respecto de *sus* objetivos (preferencias, fines, entre otros), cualquiera que éstos sean. Consecuentemente, la noción de interés se refiere a conductas, decisiones,

el mejor de los casos, sirve para desechar eventuales productos del mercado como inaceptables dadas ciertas preferencias sociales (Calabresi y Melamed, 1972). En esta línea de ideas, rara vez se dice algo sobre las funciones normativas, directivas y justificativas del interés general que definen la obligación de la autoridad política de estructurar las relaciones económicas en ciertas formas y no en otras; esto es, de *guiar* la actividad económica por ciertos senderos y no por otros. Dicho en otras palabras, de *regular* en sentido amplio los procesos económicos.

En este orden de ideas, en relación con las condiciones en las que el mercado puede cumplir las funciones de coordinación social que realizan el interés general —como la competencia, la información perfecta, la existencia de un sistema de precios, etcétera—, en las páginas que siguen haré una importante restricción, limitándome a lo que, desde una perspectiva normativa constituye, a mi juicio, el núcleo de la forma específica de relación económica que llamamos “relación de mercado”: la transacción voluntaria. Así pues, creo que una buena estrategia para iniciar la construcción de una teoría jurídica de la regulación coherente y normativamente sólida consiste en acercarse a la idea de acuerdo voluntario de intercambio a la luz de la noción de interés general. No pretendo, desde luego, que ésta sea una propuesta original; por el contrario, ya fue enfatizada por Mandeville y Smith, y recogida por Hayek, Menger, Commons y Buchanan, entre otros. Al respecto, véase Vanberg (1994, capítulo 9).

deliberaciones, estrategias, instrumentales y autocentradas.⁵¹ Por otro lado, considero que un interés es “general”, cuando puede considerarse que tales objetivos (preferencias, fines, entre otros) son atribuibles a la *generalidad* de los individuos relevantes. Así pues, consideraré que un agente —respecto de la regulación, en general, una autoridad— actúa en conformidad con, o guiado por, el interés general cuando dirige sus conductas (decisiones, deliberaciones, estrategias) orientado por razones instrumentales relativas a los objetivos (preferencias, fines) de la cualquiera de los individuos afectados por ellas.⁵²

⁵¹ Como veremos más adelante a propósito de los intereses constitucionales, actuar por la motivación de razones autocentradas no tiene por qué significar actuar cegado por un egoísmo incapaz de superar las preferencias más inmediatas o la imposibilidad de que el objeto del propio interés sea, precisamente, el bienestar de otros. Al respecto, véase Sen (1977). Creo que lo único que lleva aparejado el análisis de la regulación a la luz de los intereses es que la explicación y la justificación de sus contenidos concretos se construyen al ámbito de las razones instrumentales o prudenciales por las que los individuos realizan el tipo específico de conducta que define al mercado —es decir, el intercambio voluntario—.

⁵² Todas estas nociones son problemáticas y, como he señalado, merecen un tratamiento más detallado del que puedo abordar aquí. Soy consciente de que incluso la noción extremadamente simple de interés general que presento puede resultar controvertible, por ejemplo, como he apuntado antes, en el paso del contenido de los intereses de individuos concretos a las preferencias agregadas de grupos. Éste es un problema central de la economía del bienestar y, en general, de las teorías utilitaristas. Probablemente, para dotar de contenido sustancial del interés general —yendo más allá de la noción procedimental que esbozo aquí—, sería necesario aludir a algún referente valorativo, como las necesidades básicas o la dignidad —lo cual supondría ir más allá de la noción formal de interés general que aquí presento—, aunque también sobre estos presupuestos convergerían, sin duda problemáticamente, distintas concepciones de la justicia. Ahora bien, como he señalado antes, creo que cuando el interés general se refiere al marco normativo dentro del que tiene lugar un proceso guiado, de hecho, primordialmente por intereses, y no a los resultados del proceso, es menos controvertido concluir que, al menos desde el punto de vista interno a ese proceso, con independencia de los méritos de los productos a la luz de distintas concepciones de la justicia, los intereses sobre los resultados del proceso se despliegan también sobre el contenido de las reglas lo regulan. En este sentido, si, con los objetivos que sean, los individuos tienen interés en “jugar el juego del mercado” —esto es, consideran que les beneficia en términos instrumentales respecto de tales objetivos— tienen, por tanto, interés en que las reglas del mercado sean las que definen a ese juego y no otro —es decir, las que definen las transacciones de mercado como acuerdos “voluntarios”. Siguiendo el argumento, creo que se puede aceptar que, por ejemplo, el principio de que sólo valen los acuerdos voluntarios es un principio de interés general. Este interés sobre las reglas no tiene una naturaleza psicológica, sino práctica —y, en cierto sentido, también lógica—, ya que hace que la actividad que se realiza sea la que se tiene intención de realizar y no otra. Dicho en otras palabras, no parece excesivo presumir que, si el tipo de relación social que define al mercado es el intercambio *voluntario*, todos aquellos que juegan el juego del mercado —es decir, quienes realizan intercambios voluntarios— tienen interés en que se produzcan los efectos de este tipo de acuerdos, con independencia de que los resultados concretos puedan llegar a afectar de distintas maneras sus intereses individuales contingentes.

Para hacer una descripción de los distintos tipos de funciones de desarrollo constitucional que puede tener el interés general en la regulación a la luz de la visión amplia de la regulación a la que me he referido antes, me aproximaré al mercado desde un esquema delineado por medio de tres perspectivas analíticas, que ya describí al trazar teórico del constitucionalismo económico en el capítulo anterior: el mercado como mecanismo; el mercado como institución y el mercado como orden. Estos grados de análisis que, como se recordará, pueden ser teóricamente distinguibles, pero que se encuentran superpuestos en la realidad. A riesgo de ser repetitivo, en este contexto merece la pena retomar esta distinción analítica porque aporta distintas imágenes del mercado a las que corresponden distintos objetivos y, consecuentemente, distintos contenidos del desarrollo de la regulación conforme al interés general. Naturalmente, como ya he señalado, esta aproximación no tiene pretensiones de exhaustividad respecto de las funciones específicas de las medidas regulativas particulares, sino que se dirige a delinear los niveles en los que operan los distintos tipos de funciones orientadoras del interés general como criterio de desarrollo del constitucionalismo económico.

III. EL INTERÉS GENERAL PROYECTADO SOBRE LA REGULACIÓN

Como indicaba antes, la proyección de la noción de interés general sobre las tres imágenes del mercado a las que me he referido permite formular un conjunto de principios que sirve para ejemplificar la manera en que dicha noción puede servir, a la vez, como criterio de sistematización y como principio orientador en la teoría operativa del constitucionalismo económico cuya viabilidad estoy tratando de explorar aquí.

1. *La regulación del mercado como mecanismo*

Desde este enfoque, el mercado es visto como un mecanismo en el que la dinámica del intercambio voluntario entre individuos maximizadores de su utilidad individual (*homo economicus*) genera un equilibrio en el que se maximiza la utilidad social (eficiencia económica). La alquimia de la consecución de un orden social valioso mediante la persecución de intereses individuales suele ser presentada por medio de la conocida metáfora de la mano invisible.⁵³

⁵³ Todas estas nociones son, desde luego, problemáticas. Para el tema que trato aquí, resulta particularmente difícil aceptar la afirmación de que la maximización de la utilidad

Desde esta perspectiva, la función primordial de la regulación económica es *posibilitar* el funcionamiento del mercado. Para ello, realiza tres operaciones: primero, define el contenido de los acuerdos (derechos de propiedad); segundo, delinea las formas de los acuerdos (derecho de los contratos) y, tercero, establece procedimientos de ejecución de los acuerdos (derecho procesal).⁵⁴ Ahora bien, cuando los costes del funcionamiento del mercado no son insignificantes, esto es, cuando existen costes de transacción, o cuando existen “fallos” que alteran los sistemas de incentivos y de precios requeridos para los intercambios idóneos para que la operación del mecanismo produzca los resultados ideales —por ejemplo, falta de competencia, información asimétrica, control sobre precios—, la regulación cumple otras dos funciones complementarias: por un lado, la de *reducir* esos costes de transacción y, por otro, la de *corregir* tales fallos.⁵⁵ En este orden de ideas, la función de la regulación resulta, en su conjunto, muy limitada y se reduce, en primer lugar, a la función de *crear* la infraestructura básica del mercado y, en segundo lugar, a *reconstruir* las condiciones ideales en las que los acuerdos voluntarios generan

individual coincide *sustancialmente* con el interés general. Como es sabido, por ejemplo, los problemas de tipo “dilema de prisionero”, por un lado, y el teorema de la imposibilidad de Arrow, por otro, muestran que no es así. Aunque, como he señalado antes, a través de sus efectos en las condiciones de las relaciones de intercambio voluntario, la respuesta que se dé a los problemas normativos de la economía de bienestar afecta a la determinación de qué tipo de regulación es compatible con el interés general —es decir, a las condiciones de voluntariedad—, no es este tipo de cuestiones el que me interesa enfatizar aquí, sino las que corresponden la idea de la regulación como el proceso de estructuración normativa de los acuerdos voluntarios.

⁵⁴ Estas distintas “técnicas” del derecho que suelen recogerse bajo el rótulo de “derecho privado” constituyen un marco normativo e institucional que, a su vez, se despliega mediante los actos jurídicos de los participantes. En este sentido, aunque no voy a entrar en ello, hay que señalar que la regulación de los mercados no sólo incluye normas regulativas sino también, y de manera fundamental, normas que confieren poderes, públicos y privados. En este sentido, es importante recordar que, desde la perspectiva que estoy elaborando, las distintas funciones legitimadoras del interés general en la regulación del mercado se testan, en última instancia, frente a la validez y eficacia de los acuerdos a los que dan lugar los distintos mercados particulares. En consecuencia, los estados de cosas que materializan el interés general son relaciones sociales “reales” —esto es, la obligación de “x” respecto de “y” de dar, hacer o no hacer “z”, respaldada por el aparato coercitivo del Estado— y no estados de cosas ideales expresados, por ejemplo, en términos de puntos de equilibrio u óptimos de Pareto.

⁵⁵ No siempre es fácil distinguir cuándo una medida regulativa hace una u otra cosa. La dificultad reside en que, normalmente, ambos tipos de problemas van de la mano, y en que resolver unos implica, por lo general, resolver los otros. Creo que lo importante en este contexto es no perder de vista que se trata de problemas distintos; es decir, que los costes de transacción no son, *stricto sensu*, fallos del mercado, sino efectos del funcionamiento del mercado, que no son excepcionales sino consustanciales al mismo; ya que, como es bien sabido, los mercados no funcionan en el vacío institucional, sin fricción. Al respecto, véase el artículo “The Problem of Social Cost” (Coase, 1988, pp. 95 y ss.), Williamson (1985, pp. 15 y ss.) y North (1990, pp. 27 y ss.).

estados de cosas socialmente deseables. Como consecuencia de ello, desde este punto de vista, la autoridad actúa en orden al interés general cuando su *cooperación* hace posibles los acuerdos voluntarios; pero la asignación previa de derechos de propiedad, los resultados en la redistribución de bienes por medio del mercado y, de manera enfática, la eficiencia del proceso, son productos del funcionamiento del propio mecanismo de mercado y no de decisiones autoritativas.

Dejando a un lado los muchos problemas que genera la fuerte idealización de las relaciones económicas del análisis neoclásico, así como los compromisos conductuales y valorativos de la economía del bienestar (Bayón, 2002 y Sen, 1998), y volviendo la atención a la noción de intercambio voluntario, vemos que las funciones de creación y reconstrucción de las condiciones de operación del mercado que esta visión asigna a la regulación giran en torno a tres elementos de los acuerdos: su contenido, la previsibilidad de sus efectos y la protección de la voluntariedad. En los sistemas jurídicos desarrollados, la estructuración normativa de cada uno de estos factores es objeto de complejos entramados de normas, y a estas materias corresponden otras tantas teorías a las que una teoría de la regulación económica desarrollada no puede permanecer ajena, pero cuyas implicaciones no puedo tratar aquí.⁵⁶ Ahora bien, teniendo en cuenta la esquematización en que consiste esta exposición, lo que quisiera apuntar ahora es que, desde la perspectiva del mercado como mecanismo, la cooperación autoritativa con el mercado en orden al interés general debe consistir, fundamentalmente, en tres cosas: en que los derechos de propiedad estén bien definidos, en que los contratos privados se encuentren efectivamente respaldados por la coacción pública y, por último, en que los acuerdos reflejen los derechos y obligaciones que las partes han querido incluir en la transacción.⁵⁷

⁵⁶ Soy consciente de que el esquema de la infraestructura jurídica de los acuerdos que estoy presentando es muy elemental. En esta imagen no incluyo, por ejemplo, los problemas derivados de la duración y la complejidad de las relaciones contractuales, la cuestión de la relación entre los mercados y otras formas de ordenación económica como la empresa. Una teoría de la regulación del mercado desarrollada no podría dejar a un lado este tipo de problemas, pero, como he señalado, no puedo abordarlos ahora. Para una aproximación a este tipo de problemas, véase Williamson (1985, pp. 68 y ss.).

⁵⁷ La cuestión de cuándo un acuerdo es *realmente* voluntario es, sin lugar a dudas, muy problemática. No obstante, la idea que tengo en mente cuando hablo de la protección de la voluntariedad de los acuerdos es bastante simple y, si se quiere ver así, también un tanto “formal”. La noción de voluntariedad a la que me refiero es la que subyace a la concepción del derecho privado construida a la luz del principio rector de la autonomía individual y que, consecuentemente, configura su ámbito como el espacio en el que las relaciones sociales no se ordenan de forma heterónoma, sino que la coordinación es dejada a la discreción de los participantes, esto es, a la autonomía individual. En este contexto, la protección de la voluntariedad consiste en

2. *La regulación del mercado como institución*

Desde este punto de vista, el mercado es visto como una forma específica de arreglo institucional que comparte relevancia económica con otros arreglos institucionales de naturaleza jurídica, política, cultural, etcétera, respecto de los cuales mantiene relaciones de afectación recíproca mediante normas, valores, decisiones de agentes, entre otras.⁵⁸ En este sentido, dependiendo del enfoque que se adopte respecto del conjunto del sistema institucional, las concepciones institucionalistas del mercado varían significativamente (véanse Ayala, 1999 y Godín, 1996).

Para los propósitos de este trabajo, basta con considerar a la luz del interés general lo que, a mi juicio, es el núcleo de la relación entre sistema económico y sistema jurídico: la relación entre los intercambios voluntarios y el sistema de derechos. En particular, en este ámbito, la cuestión central para una teoría de la regulación consiste en establecer dos cosas. En primer lugar, qué perfil deben tener los mercados para servir efectivamente al interés general cuando en las razones para su diseño institucional no sólo se incluyen intereses económicos, sino también pretensiones y valores de carácter jurídico. Dicho en otras palabras, cuál es el espacio normativo para el mercado o cuáles son sus límites. En segundo lugar, en qué condiciones el arreglo institucional específico del mercado es idóneo; esto es, un medio eficaz para producir estados de cosas que hagan previsible la satisfacción de derechos.

Como salta a la vista, el primer problema se vincula con la cuestión de la protección de los derechos, en particular con la cuestión de la inalienabilidad, mientras que el segundo está íntimamente ligado con las condiciones materiales de eficacia de los derechos. Con respecto al mercado, las decisiones regulativas en torno a la solución de estos problemas tienen una naturaleza *institutiva o constitutiva* en el sentido que, por un lado, consisten en establecer cuándo *puede existir* un mercado y, por otro, consisten en establecer cuándo *debe existir* un mercado. Así pues, la regulación tiene una función de ordenación del mercado respecto del sistema institucional en su conjunto, marcando los límites del contenido de los mercados a la luz del sistema de derechos.

que se protejan la coordinación social sobre la base de un único estatus: la autonomía privada. Sobre este punto, véase Böhm (1989).

⁵⁸ Éste es el ámbito de los estudios de “Economía y...”. Este tipo de estudios abarca un abanico temático amplísimo, que va desde antropología cultural hasta la inteligencia artificial; véase Sandler (2001). En el ámbito de la regulación del mercado, sin embargo, los estudios más directamente relevantes han sido los de la teoría económica de las organizaciones, ya sea de carácter público, como los agentes políticos y de gobierno; de tipo privado, como las empresas; o de tipo semipúblico, como los sindicatos y asociaciones de consumidores. Sobre la relevancia de esta aproximación a la regulación, véase Hancher y Moran (2002).

En este orden de cosas, la autoridad regulativa actuará en orden al interés general, en primer lugar, cuando sólo incluya dentro del mercado el tipo de derechos cuya titularidad sea susceptible de ser negociada y cuya transferencia pueda llevarse a cabo mediante acuerdos voluntarios. Se puede decir, entonces, que en este punto la materialización del interés general consiste en desvincular la satisfacción de ciertos derechos de eventuales resultados de acuerdos voluntarios. Dicho en otras palabras, el interés general consiste en proteger a las razones que sustentan los derechos, frente a los intereses individuales que guían los comportamientos de mercado; es decir, que dan razones para los intercambios voluntarios. Establecer qué derechos y cuál es su alcance corresponde a decisiones regulativas de segundo orden, cuyo control depende del principio de legalidad o, dicho quizá más apropiadamente en el contexto de los sistemas jurídicos contemporáneos, del principio de constitucionalidad.

En segundo lugar, la autoridad regulativa regulará el mercado en orden al interés general cuando instituya mercados en los casos en los que los acuerdos voluntarios sean la medida previsiblemente más eficaz para producir las condiciones de realización de derechos. En este punto, la regulación del mercado se relaciona con la política económica general y ésta, a su vez, se evalúa a la luz de la satisfacción de derechos. Como he apuntado antes, la satisfacción del interés general debe ser traducible en términos de la satisfacción de los intereses individuales, y esto, en el ámbito de las relaciones institucionales entre el mercado y el sistema jurídico equivale, como veremos enseguida, a la existencia de las condiciones materiales para el ejercicio de derechos subjetivos.

3. La regulación del mercado como orden económico

Esta perspectiva considera al mercado como un modelo de orden social. Se habla de “orden de mercado” cuando las relaciones de intercambio sobre la base de acuerdos voluntarios prevalecen como forma legítima de relaciones sociales de carácter económico.⁵⁹ En este punto nos encontramos con el problema de la estructuración del mercado en su conjunto, y no sólo de sus límites normativos (el mercado como institución) o de las condiciones de su funcionamiento (el mercado como mecanismo). En este nivel, la función central de la estructuración del mercado no se limita delinear las relaciones

⁵⁹ Evidentemente, ésta es una cuestión de grado. Ni siquiera en las sociedades de mercado más desarrolladas han desaparecido del todo otras formas de relación económica que no están estructuradas sobre la base del acuerdo voluntario. Basta pensar, por ejemplo, en la importancia económica de la familia o de la cooperación colectiva no remunerada.

de mercado *vis à vis* los intereses, sino que consiste reconocerlos y legitimarlos como parámetro de las relaciones económicas. Es decir, la estructuración del mercado entra en contacto con la justificación del mercado. En esta línea de ideas, la implementación del orden de mercado estará justificada si, y sólo si, existen razones para considerar que un orden económico construido sobre la base de los acuerdos voluntarios que expresan intereses es una forma de estructuración de las relaciones económicas *moralmente preferible* a cualquier otra posible.⁶⁰ Así pues, aunque se reconozca que la motivación de los acuerdos voluntarios son los intereses, esta ordenación específica de las relaciones económicas no se sustenta en razones instrumentales, sino en razones morales —es decir, razones de carácter último—. Dicho brevemente, la justificación última del orden de mercado no depende de sus resultados en relación con los intereses de los participantes, sino de las razones que existan para elegir, en los términos señalados antes, el principio de autonomía individual como fundamento normativo del modelo económico en su conjunto. A diferencia de la justificación instrumental del mercado como mecanismo y como institución, la justificación del mercado como orden depende de nuestra concepción del individuo y de la sociedad. En este orden de cosas, la función de la regulación en el mercado como orden consiste en hacer efectivas las preferencias de los individuos respecto del tipo de relaciones económicas que valoran moralmente, y se regulará el mercado en orden al interés general cuando se haga efectivo el establecimiento de ese orden económico frente a otras formas de relación económica.

IV. ALGUNAS IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE INTERÉS GENERAL EN EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

Como se ha visto, las funciones del interés general en las tres imágenes del mercado que hemos visto permiten delinear, a manera de ejemplo, los siguientes “principios” generales que orientan los procesos de “constitucionalización”

⁶⁰ En este punto sería necesario introducir no pocas consideraciones acerca de los presupuestos antropológicos y conductuales del orden de mercado. En este sentido, que el orden económico de mercado esté justificado no implica, desde luego, que sea inconcebible un orden económico mejor en términos de eficiencia o éticamente preferible. Lo único que quiero decir aquí es que, dados ciertos presupuestos respecto de la naturaleza de las relaciones económicas y, sobre todo, dados ciertos presupuestos en relación con la motivación de los individuos para participar en éstas, el mercado estará justificado si, y sólo si, el intercambio voluntario es la forma de relación moralmente preferible frente a otras formas de estructuración de la actividad económica *posibles*. Creo que en este punto esta aproximación al problema de la justificación moral de las instituciones básicas de una sociedad se parece a posturas como la de David Hume (1990), John Rawls (1971) o H. L. A. Hart (1983).

de los mercados en virtud del interés general: 1) la autoridad debe establecer derechos de propiedad bien definidos; 2) la autoridad debe respaldar los intercambios voluntarios mediante la coacción; 3) la autoridad debe garantizar la voluntariedad de los acuerdos; 4) la autoridad debe excluir del mercado derechos inalienables; 5) la autoridad debe crear mercados cuando éste sea el medio previsiblemente más eficaz para la satisfacción de derechos, y 6) cuando haya razones para que existan mercados, la autoridad debe mantener las condiciones sociales para que los intercambios voluntarios prevalzcan como forma de relación económica. No me detendré en el análisis pormenorizado de estos principios, pues lo que considero interesante de su formulación en este contexto no es su contenido, sino que ejemplifican la manera en que se substantian las exigencias derivadas del interés general en los distintos estratos de la regulación de los mercados. Con independencia de su contenido específico, su derivación de consideraciones de interés general dentro de las tres imágenes del mercado permite mostrar que la estructuración de las relaciones de intercambio es traducible en términos directivos y que, en esa medida, es susceptible de guiar la regulación en los ámbitos constitucional y subconstitucional.

Lo que quisiera enfatizar ahora son cuatro aspectos de estos principios derivados del interés general: el primero tiene que ver con la naturaleza de estos principios; el segundo se relaciona con el contenido del interés general en la regulación *vis à vis* el contenido de los intereses individuales en las relaciones económicas; el tercero trata de los límites de las funciones del interés general y, por último, el cuarto se vincula con la posición de la regulación del mercado dentro del orden político-jurídico.

En cuanto a su naturaleza, creo que es importante tener en cuenta que los distintos principios orientadores que he expuesto como ejemplo tienen distinta razón de ser, en decir, que responden a distintos tipos de restricciones y objetivos respecto de la implementación del orden económico de mercado. En este sentido, aunque las distintas imágenes del mercado dan lugar a un conjunto de principios orientados por el interés general y, por tanto, en esa medida son coherentes entre sí, los distintos principios no responden, por decirlo de algún modo, a una única “lógica”. Los distintos principios son la manifestación de los intereses en los distintos planos en los que se despliega la intervención en la esfera económica. En este sentido, la idea básica que me interesa señalar por medio de la aproximación a estas “imágenes” del mercado, es que los objetivos de la regulación y, por tanto, las funciones del interés general, aunque se orientan por un marco unitario, responden a razones de distinta índole que una teoría general de la regulación no puede deslindar *a priori*, sobre la base de la oposición entre problemas de eficiencia y problemas de justicia. Como he apuntado antes, esta aproximación mediante la noción

de interés general pone de manifiesto que la actividad regulativa tiene distintas dimensiones técnico-jurídicas, políticas, morales, etcétera, de las que no es posible dar cuenta mediante el aparente dilema eficiencia *vs.* justicia. En contraste con otras nociones, como la noción de “corrección del mercado”, que colocan los distintos argumentos relativos a la regulación en un único plano, con la consecuencia de reducir drásticamente las razones pertinentes para la regulación, la noción de interés general puede ser la clave normativa y sistematizadora, transversal e incluyente, que requiere una teoría robusta de la regulación.

Con respecto al contenido del interés general, creo que es oportuno llamar la atención sobre el nivel en el que operan esos criterios, en el sentido de que, como se ha visto, los principios de la regulación del mercado se refieren a la estructura “constitucional” del mercado y no —al menos, no directamente— a las actitudes de los participantes. En este sentido, cuando afirmo que la regulación corresponde o sirve al interés general, tengo en mente los intereses de los individuos relevantes en relación con las “reglas del juego” (intereses constitucionales), y no sólo sus intereses como participantes “del juego” (intereses subconstitucionales) (Vanberg, 2001). Esto es, el interés general en el nivel constitucional se dirige a la determinación de las condiciones en las que las relaciones de intercambio voluntario son instrumentalmente adecuadas para que los individuos puedan realizar sus preferencias, deseos o fines, cualquiera que estos sean, y no a qué comportamientos estratégicos cabe esperar de los participantes en el mercado.

En este plano, la aproximación que estoy planteando no asume presupuestos relativos a las motivaciones o a la formación de las preferencias de los individuos, como el egoísmo. Consecuentemente, el hecho de que en el ámbito subconstitucional haya intereses contrarios al interés general no sólo no desvirtúa las razones para suponer la existencia de intereses constitucionales, sino que, por el contrario, pone de manifiesto algunas de las principales razones por las que surge un determinado interés general constitucional. Así pues, aunque exista un interés general constitucional respecto de, por ejemplo, ciertos límites de los derechos de propiedad o ciertas barreras protectoras del sistema de derechos, no sólo es perfectamente posible, sino previsible que en el nivel subconstitucional algunos individuos —quizá muchos o, incluso, la mayoría— tengan intereses particulares en no cumplir esas reglas o en vulnerar esas barreras, para satisfacer sus intereses subconstitucionales.

Esta duplicidad de intereses es bien conocida y ha sido tratada en términos análogos en distintos contextos, por lo que no me voy a extender en ella ahora (Mancur Olson, 1980, capítulo 2). En este punto, lo que me parece más importante recalcar es que el papel del interés general en la regulación

ha de entenderse, fundamentalmente, a la luz de los intereses constitucionales —intereses en relación con las reglas del mercado— y no sólo de los intereses subconstitucionales —intereses en relación con los resultados del mercado—.

En cuanto a los límites de las funciones del interés general, creo que hay que tener en cuenta que si bien, como he apuntado, atender a las razones morales en favor del acuerdo voluntario como forma legítima de relación económica supone servir al interés general —a las razones instrumentales autocentradas de la generalidad de los individuos relevantes respecto del tipo de relaciones económicas que prefieren—, *no* es por razones de interés que se *justifica* el mercado, sino por el valor moral de la práctica social de perseguir la satisfacción de intereses mediante acuerdos voluntarios. Para la justificación del mercado como contexto de acuerdos voluntarios no se parte de la consideración de sus consecuencias, por ejemplo, en términos de su eficiencia en virtud de las preferencias de los individuos, sino del carácter moral del tipo de relación social. En este sentido, la razón última que justifica la existencia de mercados es que haya razones para pensar que este tipo de relaciones económicas, antes que otros, es preferible; por ejemplo, en términos de su compatibilidad con la autonomía de los individuos relevantes. Dicho brevemente, mientras que la estructuración de las relaciones económicas mediante acuerdos voluntarios pertenece a la esfera de las razones instrumentales, la justificación de esta forma específica de relación económica —los acuerdos voluntarios— pertenece a la esfera de las razones últimas o morales.

Sobre la justificación del mercado no me extenderé, porque me he referido a este tema en los capítulos precedentes. Ahora bien, antes de continuar, quiero dejar apuntado que el problema de en qué medida la estructuración de las relaciones económicas mediante relaciones de intercambio voluntario responde a las razones por las cuales los individuos *prefieren*, o pueden llegar a preferir, ordenar sus relaciones económicas sobre la base de acuerdos voluntarios, por un lado, y el problema del valor moral de los intercambios voluntarios, por otro, son cuestiones distintas. Es al primer problema, pero no al segundo, al que se puede intentar dar respuesta en términos de intereses.

Por último, en relación con la posición de la regulación de los mercados en el ordenamiento jurídico, sólo me queda retomar brevemente un tema que ya he apuntado antes. Como consecuencia obvia de la perspectiva amplia de la regulación del mercado que he venido presentando a lo largo de este libro, la regulación en orden al interés general no corresponde a ninguna parcela tradicional del ordenamiento jurídico. Resulta fácil comprobar que

las funciones en los tres niveles, y aun al interior de cada nivel, encuentran su respaldo normativo en normas e instituciones correspondientes a las distintas partes de la dicotomía: derecho público/derecho privado. La estructuración normativa de los intercambios voluntarios tiene una naturaleza normativa híbrida con dos consecuencias particularmente interesantes para la teoría de la regulación. Por un lado, este rasgo hace que no parezca aconsejable la proyección como mapa conceptual de las categorías asociadas a la rigidez de la dicotomía derecho público / derecho privado: autonomía *vs.* heteronomía; centralización *vs.* descentralización; verticalidad *vs.* horizontalidad, etcétera. Por otro lado, esta característica resalta el hecho de que la regulación de los mercados no es el producto normativo estático, sino un proceso de constante estructuración y reestructuración de las relaciones de intercambio voluntario, y este proceso tiene lugar en planos tan distintos como el derecho de contratos, la Constitución o los tratados internacionales; por lo que en este proceso intervienen distintas instituciones jurídicas y políticas, así como distintos valores sociales, que se materializan en instrumentos normativos tan distintos como los principios constitucionales, las políticas públicas, las formas contractuales, entre otras. En las páginas que siguen voy a limitarme sólo a algunas breves consideraciones en torno al papel del interés general en las deliberaciones respecto de la intervención de las autoridades de tipo administrativo en el proceso regulador, pero no quiero dejar recordar que, como he indicado, el interés general recorre todo el ámbito y las distintas técnicas de la regulación del mercado.

V. LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS GENERAL Y LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN

En esta última sección llevaré a cabo una breve aproximación al problema de la concreción de los principios de la regulación que acabo de enunciar. La idea fundamental que subyace a las consideraciones que haré enseguida es que el principio del interés general no sólo tiene una dimensión directiva sustantiva, sino también procedimental. Esto es, no sólo dice qué debe hacerse, sino también cómo debe hacerse. En este segundo sentido, el principio de interés general orienta la regulación *qua* actividad o proceso, no sólo como resultado o producto.

Tomando en cuenta lo que acabo de señalar, el principio de interés general puede concretarse a la luz de dos tipos de funciones de la regulación del mercado correspondientes a dos dimensiones del marco normativo que constriñe la actividad de la autoridad administrativa/regulativa que tienen, a su vez, distinta base normativa. Llamaré a estas dimensiones, por un lado,

la *dimensión de ajuste* y, por otro, la *dimensión de expansión*. Este orden de ideas, podemos hablar de *funciones del interés general en la dimensión de ajuste* de la regulación, por un lado, y de *funciones del interés general en la dimensión de expansión* de la economía, por otro. Estas dimensiones de la actividad regulativa reflejan el contenido de dos deberes fundamentales de las autoridades en relación con su intervención en la esfera económica, que no me detendré a justificar, sino que daré por supuestos en cualquier ordenamiento jurídico desarrollado: el deber de servir al interés general y el deber de promover el desarrollo económico.⁶¹

La normatividad de las funciones del interés general en la dimensión de ajuste se sustenta en el deber general de sometimiento de la autoridad al interés general, atribuible a cualquier órgano dotado con competencias en materias de orden económico, que se manifiesta en el contexto de las decisiones discrecionales de la autoridad. En esta línea de ideas, me parece importante señalar que dicho deber general de servicio al interés general no se agota en el deber negativo de abstenerse de tomar decisiones que persigan intereses que *no* puedan concebirse como generales, es decir, a intereses de los particulares o del propio órgano, sean estos de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, por ejemplo, poder, influencia, ideología, etcétera (funciones de *control* en la dimensión de ajuste), sino que incluye también, y de manera central, el deber positivo de realizar el interés general en el sentido de que sus decisiones (leyes, reglamentos, actos administrativos, resoluciones judiciales, entre otros) sean instrumentalmente *idóneas* o *eficaces* para *realizar* dicho interés (funciones de *guía* en la dimensión de ajuste).

Por otro lado, el apoyo normativo de las funciones en la dimensión de expansión se encuentra en el objetivo económico general de promover el

⁶¹ Estos deberes pueden provenir de principios explícitos, como el artículo 105.1 de la Constitución Española: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”, o el artículo 2 del Tratado de Ámsterdam: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros” o pueden derivarse, naturalmente, de principios implícitos. En cualquier modo, creo que no es problemático asumir que en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos existe la posibilidad de fundamentar estas exigencias respecto de ciertos poderes públicos.

desarrollo económico. La presencia de esta segunda dimensión del interés general supone que las autoridades regulativas no sólo enfrentan la obligación de regular la economía dentro de ciertos límites normativos —incluidas, entre otras restricciones, las funciones de ajuste— sino también el deber de elegir entre programas, políticas y normas alternativas, aquellas que *mejor* promuevan el desempeño de la economía. En este sentido, las autoridades regulativas servirán al interés general, por un lado, cuando los productos de su actividad no desincentiven a los individuos a realizar acuerdos voluntarios que, en otras condiciones, estarían dispuestos a llevar a cabo; es decir, que realizan sus intereses (funciones de *control* en la dimensión de expansión) y, por otro, cuando sus medidas tengan como efecto incrementos en la eficiencia de la regulación como instrumento de desarrollo económico (funciones de *guía* en la dimensión de expansión).⁶²

Ahora bien, en la medida en que los principios que he perfilado antes deben ser desarrollados mediante decisiones normativas con distintos grados de determinación y que, como hemos visto, responden a razones en favor de la regulación que operan en distintos planos, la concreción de estos criterios y la descripción de las relaciones entre esas razones suponen el desarrollo de una teoría de la producción de la regulación económica que, como he señalado, no pretendo llevar a cabo aquí. Simplemente, me detendré a mostrar los que, a mi juicio, son los principales efectos de las funciones de control y de guía en las dimensiones de ajuste y de expansión en el proceso de concreción de los principios de la regulación, y sus principales consecuencias en términos de la sistematización de la teoría de la regulación.

En relación con la dimensión de ajuste, creo que la principal consecuencia de tener en cuenta el interés general en la perspectiva amplia de la regulación que he planteado, consiste en que las funciones de guía introducen, con carácter prescriptivo, el horizonte de la factibilidad dentro de la esfera de la discrecionalidad de la autoridad regulativa.⁶³ Ello supone poner de ma-

⁶² Por el momento dejo a un lado los problemas relativos a la determinación de los criterios de eficiencia. Lo que me parece importante señalar aquí es que la eficiencia de la regulación no es un parámetro que dependa, sin más, de los criterios de los que se sirve la macroeconomía estándar (por ejemplo, el crecimiento del PIB, el incremento en el nivel de renta per cápita, etcétera), sino, como hemos visto, que la medida de eficiencia de la regulación se mide en relación con la cantidad alcanzada de los objetivos de las políticas públicas definidos, como he señalado, en el contexto del sistema de derechos dentro del marco económico que se considera preferible, dadas las alternativas posibles.

⁶³ Utilizo una noción muy general de discrecionalidad en el sentido del ámbito o espacio de elección entre alternativas. En este sentido, cuando digo que la función de ajuste del interés general introduce la factibilidad dentro del ámbito de la discrecionalidad de los órganos regulativos, no quiero decir, desde luego, que dicha actividad no esté normativamente limitada, ni

nifesto que el ámbito de decisión de la autoridad regulativa en relación con el mercado se encuentra franqueado por dos límites: el de la prohibición de la arbitrariedad, en el sentido de la prohibición de dar preferencia a intereses particulares en detrimento de los generales, y el de la factibilidad, en el sentido de la obligación jurídica de implementar la *mejor* regulación posible, en términos de la materialización de las condiciones para que puedan tener lugar los acuerdos voluntarios que los individuos puedan llegar a tener interés en realizar. Desde luego, esas posibilidades no sólo se encuentran constreñidas por las competencias normativas de la autoridad, sino también por distintas limitaciones institucionales y materiales de carácter burocrático, financiero, etcétera. En este orden de ideas, creo que es importante señalar que orientar la discrecionalidad de los órganos regulativos por el horizonte de la factibilidad implica dos cosas especialmente importantes para una teoría de la regulación del mercado. La primera es que, aunque la autoridad regulativa debe ser imparcial respecto de los intereses de los individuos, ésta no es neutral respecto del interés general: la autoridad tiene una obligación de actuar positivamente en la conformación del marco normativo que realice en la mayor medida posible el interés general. La segunda consecuencia es que el horizonte de la factibilidad es móvil y que el desplazamiento de los propios límites de la actuación regulativa en un sentido favorable a la materialización del interés general está, al menos en alguna medida, bajo el control de la autoridad regulativa.⁶⁴

Con respecto a este último punto, una idea que quisiera enfatizar aquí es que, en sus funciones de guía respecto de los intereses constitucionales a los que me he referido antes, el interés general recoge un aspecto central para una teoría normativa de la regulación: el de la dimensión regulativa de las restricciones que las autoridades se auto imponen respecto del uso de sus competencias. En este sentido, para decirlo brevemente, la decisión de una autoridad de no intervenir en un mercado supone una elección implícita o tácita respecto de una determinada forma de estructuración de los acuerdos voluntarios —es decir, una forma de regulación— y no, como suele afirmarse, la nada regulativa.⁶⁵ La omisión en la intervención regulativa, como es

que tenga un carácter último o inenjuiciable, sino que orienta la libertad de los agentes reguladores hacia su coincidencia con el horizonte de lo posible dadas las restricciones normativas y fácticas.

⁶⁴ Como he apuntado antes, en este punto la teoría de la regulación que aquí estoy perfilando no es compatible con explicaciones del tipo de la mano invisible aplicadas a las instituciones ni con teorías evolucionistas de las normas.

⁶⁵ Ésta es una consecuencia indirecta de la fuerte idealización de las relaciones económicas a la que ha dado lugar la economía neoclásica y a la que me he referido antes, y que es, sin duda, una de las señas de identidad de la doctrina económica neoliberal.

obvio, tiene importantes consecuencias para la evaluación de la actuación de las autoridades, y éste es un elemento crucial en la formulación de juicios de responsabilidad en relación con los efectos de las políticas económicas (Larrañaga, 1999).

Por otra parte, la dimensión de expansión del interés general abre un flanco importante de cualquier política regulativa constitucional o subconstitucional: su compromiso con el desarrollo económico. Aquí, lo que me parece más importante señalar es que la regulación no tiene sólo una relación de subordinación con los intereses —como queda de manifiesto en las funciones de ajuste—, sino que la regulación modifica también los intereses, por lo que puede producir un desplazamiento del umbral de los intereses ya sea en sentido negativo o positivo. El umbral de los intereses se desplaza en sentido negativo cuando la propia forma de estructuración de los acuerdos voluntarios es un obstáculo para que estos tengan lugar; lo cual tiene efectos en los incentivos para la participación en los mercados “institucionales” —esto es, mercados susceptibles de ser orientados por el interés general—, dando lugar a mercados no institucionales en los que las condiciones, el contenido, la previsibilidad y voluntariedad de los acuerdos no están protegidas —por ejemplo, los mercados negros o la corrupción (Olson, 2000, capítulo 10)—.⁶⁶ En sentido contrario, el umbral se desplaza en sentido positivo cuando la participación en intercambios voluntarios se hace menos costosa en términos del conjunto de intereses de los individuos, incentivando la participación en acuerdos voluntarios de mercado antes que en otras formas de relación económica. Sobre la base de estos desplazamientos se puede establecer una noción de eficiencia de la regulación que no está lastrada por la idealización de las relaciones sociales que presupone el modelo económico de mercado, sino que depende de la medida en la que la estructuración normativa de los mercados responde efectivamente a las condiciones ambientales —sociales, culturales, macroeconómicas, geográficas, etcétera— para que generalidad de los individuos realice sus preferencias mediante acuerdos voluntarios.

En relación con el orden económico en su conjunto, la consideración del interés general en el sentido en que he perfilado aporta un elemento central para la legitimación democrática de la actividad regulativa en su conjunto. En este sentido, las funciones del interés general en las dimensiones de ajuste y de expansión permiten derivar estándares de corrección de las medidas re-

⁶⁶ En este punto es importante resaltar el equilibrio que una “buena” política regulativa debe generar entre estabilidad y flexibilidad; entre la necesidad de estabilizar las expectativas mediante una regulación no fácilmente reformable y dejar abierta la posibilidad de ajustes ante cambios de escenario económico general. Sobre este punto, véase Elster (1995).

gulatorias con importantes consecuencias para la legitimación de las distintas medidas regulatorias y, lo que me parece más importante, para la evaluación de las políticas públicas. En este sentido, las funciones de la dimensión de ajuste permiten formular dos tipos de criterios correspondientes, respectivamente, a las funciones de control y de guía: los criterios de imparcialidad y los criterios de oportunidad; mientras que, por su parte, la consideración de las funciones en la dimensión de expansión permite formular criterios de eficiencia de la regulación.

Ahora bien, aunque la aplicación de estos criterios derivados del interés general enfrenta no pocos problemas respecto de su prioridad relativa (peso), así como respecto de las formas para su delimitación (alcance) y de los métodos de cuantificación (medida), que deben ser resueltos en una teoría jurídica de la regulación económica desarrollada, creo que su inclusión contribuye sustancialmente al desarrollo de una teoría de la regulación que se aproxime a las exigencias de un Estado democrático. En este sentido, en la medida que aportan herramientas para evaluar las políticas en términos de corrección, su consideración supone dotar a la teoría de la regulación de herramientas para la crítica y la revisión. En este sentido, tener en cuenta estas funciones del interés general mediante los criterios de imparcialidad, oportunidad y eficiencia inserta en la teoría de la regulación parámetros de decisión que no sólo permiten rechazar medidas regulatorias concretas —como sería el caso si sólo reconocieramos la función de ajuste-control del interés general— sino que, además, posibilitan la comparación y valoración de la correcta articulación de las medidas regulatorias dentro del marco de las políticas públicas; así como la evaluación de las políticas económicas en su conjunto, dentro del marco de los valores constitucionales. Y en este punto creo que la consideración del interés general introduce otro elemento que me parece central para una teoría jurídica de la regulación: el de la responsabilidad de los agentes reguladores respecto de los efectos de las políticas públicas.⁶⁷

Hemos visto, pues, que la consideración del interés general dentro de estas dimensiones de ajuste y expansión permite, por un lado, construir una imagen razonablemente ajustada de los problemas que enfrenta la práctica de la actividad regulatoria y, por otro, dar cuenta, si bien de manera muy esquemática, del contenido y de la estructura que debe tener una teoría del constitucionalismo económico. En la noción de interés general convergen, a menudo de forma conflictiva, los dos grandes vectores que dan razón de ser a la regulación económica: la protección de los derechos y el desarrollo. En

⁶⁷ Éste sería un ejemplo típico de lo que se conoce como responsabilidad de rol sobre la base de exigencias contenidas en directrices (Larrañaga, 2001).

este sentido, por un lado, la dimensión de ajuste vincula la regulación económica con los fines y valores del conjunto del ordenamiento jurídico —de manera fundamental, con la materialización de derechos—, mientras que, por otro lado, la dimensión de expansión vincula a la regulación económica con el objetivo social del desarrollo económico. En el próximo capítulo nos ocuparemos de la dimensión institucional y organizacional que debe complementar la construcción del eje normativo del constitucionalismo económico.

CAPÍTULO CUARTO

UN CONSTITUCIONALISMO PARA EL ESTADO REGULADOR

Un buen gobierno implica dos cosas: primero, fidelidad a su objeto, que es la felicidad del pueblo; segundo, un conocimiento de los medios que permitan mejor alcanzar ese objeto.

James MADISON

Por décadas la dogmática constitucional ha considerado problemática la relación entre los principios del constitucionalismo y lo que se ha venido a llamar el Estado regulador (véase Black, 2007; Majone 1997 y 1999; Baldwin, 1997, y Sunstein, 1990). Por ejemplo, en una de las pocas monografías dedicadas al tema Colin Scott sintetiza dos clases de críticas a la gobernanza regulativa⁶⁸ formuladas desde el constitucionalismo: por un lado, una crítica estricta o in-

⁶⁸ El tema del Estado regulador como modelo institucional se ubica cómodamente dentro del amplísimo marco de la reflexión en torno a la gobernanza. Específicamente, se relaciona con las transformaciones del “modelo” estatal respecto de las funciones, los medios y los criterios de legitimidad de la acción pública; es decir, la emergencia del Estado regulador. Al respecto, véase Levi-Faur (2012). El ámbito práctico y teórico de la gobernanza es amplísimo, y proclive a ampliarse aún más. Sin embargo, como veremos, es posible enmarcar la cuestión de manera fértil dentro de algunas de las “tareas” del constitucionalismo, en términos análogos a los descritos en el primer capítulo.

Ahora bien, aunque la noción de gobernanza es un término común en la ciencia política y la administración pública, los juristas, en general, y los constitucionalistas, en particular, no hacemos un uso extendido de esta noción —y, actualmente, me temo, ni siquiera de la idea de gobierno—, por lo que quizá no esté de más traer una definición de este concepto: “La gobernanza consiste en las tradiciones e instituciones mediante las cuales se ejerce autoridad en un país. Ello incluye los procesos mediante los cuales se establecen, se supervisan y se reemplazan los gobiernos; *la capacidad de los gobiernos para formular e implementar políticas públicas viables*, y el respeto de los ciudadanos y del Estado a las instituciones que gobiernan las relaciones políticas y económicas entre ellos” (Banco Mundial, 2010, *The World Wide Governance Indicators Project*. Énfasis añadido). Como veremos, en este capítulo me centraré en el segundo aspecto recogido en la idea: la capacidad de los gobiernos para formular e *implementar* políticas públi-

terna, que se centra en los problemas derivados de la delegación legislativa y de las (im)posibilidades de control del poder regulativo, en particular respecto de su contenido “técnico” y, por otro, una crítica amplia o externa, que se refiere a los distintos problemas derivados de la difuminación y fragmentación de la soberanía estatal en la gobernanza regulativa global (Scott, 2010).

En este sentido, en términos generales, por una parte se sostiene que algunos de los principales rasgos del modelo normativo-institucional del Estado regulador, como la creación de agencias reguladoras al margen de la estructura constitucional de división de poderes y, por tanto, liberadas de los respectivos mecanismos constitucionales de equilibrio y control; la existencia de competencias regulatorias de tales agencias (de naturaleza “legislativa” aunque ubicadas en la esfera del Poder Ejecutivo) con, acaso, legitimidad técnica pero no democrático-representativa; el declive de la utilización de reglas jurídicas (formuladas por una autoridad competente y, frecuentemente, respaldadas con la amenaza de sanciones) y de procedimientos reglados (procedimiento administrativo) como instrumentos de la regulación, etcétera, son arreglos institucionales que entran en conflicto con aquellos arreglos normativo-institucionales que caracterizan al constitucionalismo como criterio para un gobierno mediante las instituciones del derecho.⁶⁹ la división de poderes, la primacía legislativa, el control de constitucionalidad de los actos de autoridad (legislativos, ejecutivos y judiciales), etcétera.

Por otra parte, como veremos con mayor detalle en el capítulo sexto, se afirma que la aceleración y profundización globalizada de dos fenómenos vinculados, la fuerte tendencia a la armonización de las prácticas regulativas en materias como comercio, finanzas, medio ambiente, etcétera, por un lado, y la participación en la formulación de estándares regulativos cada vez más extendida y puntual por parte de organizaciones transnacionales gubernamentales y no gubernamentales, por otro, genera prácticas de gobernanza regulativa autónomas respecto de los mecanismos de control y de legitimación establecidos en los ordenamientos jurídicos (constitucionales) nacionales.

En otro orden de ideas, lo que quizá resulte más relevante en términos prácticos es que a pesar de la ola democratizadora y de las reformas en favor del mercado de las décadas de los ochenta y novena, varios de los países en

cas. Para una aproximación al Estado regulador como modo de gobernanza, véase Jordana y Levi-Faur (2004).

⁶⁹ Ésta es, para Martin Loughlin (2010), la idea central de la existencia de un derecho público. En este sentido, como veremos, si el modelo de Estado regulador, y sus efectos en la gobernanza regulativa, no fueran compatibles con la técnica social básica del constitucionalismo, tanto los arreglos institucionales como la acción pública que generan, no sólo carecería de legitimidad en términos jurídicos, sino que, paradójicamente, resultaría una técnica de gobierno incompatible con el bienestar como parámetro normativo fundamental de la modernidad.

los que tuvieron lugar este tipo de “reformas estructurales” siguen presentando ciertos rasgos comunes relacionados con un grave déficit en la satisfacción de los estándares sustantivos del constitucionalismo: el bienestar derivado del goce de derechos de la población en general. En estos países persisten, por un lado, la debilidad de sus gobiernos para establecer las condiciones para un crecimiento económico sostenido y, sobre todo, para distribuir bienes y servicios universales a su población y, por otro, indicadores relativamente bajos de niveles de satisfacción de los estándares del Estado de derecho, por ejemplo, los asociados a altos grados de corrupción y una baja eficacia del aparato gubernamental.

Así pues, a pesar de que, desde luego, a partir de una concepción del constitucionalismo y, en particular, de la democracia constitucional centrada, por una parte, en el control del poder político mediante su sometimiento a una Constitución y, por otra, en la legitimación de la autoridad mediante su vinculación con la soberanía popular, pueden encontrarse —entre otras— las tensiones señaladas por Scott, parece razonable pensar que además de este tipo de relaciones entre el constitucionalismo y el poder estatal (gubernamental) debe haber otro tipo de relaciones, de reforzamiento recíproco, entre el constitucionalismo y la capacidad de los Estados (gobiernos) para satisfacer los criterios de legitimidad constitucional. Y, además, que algunas de las claves centrales del análisis responden al modelo de Estado regulador, en particular, respecto de su capacidad de generar gobernanza regulativa.

En este sentido, en mi opinión, se trataría de relaciones de carácter “positivo” compatibles con el hecho de que en los patrones de “gobernanza” de los países desarrollados se da tanto un cumplimiento relativamente más alto de los estándares procedimentales y sustantivos del constitucionalismo como una intensiva implementación de los arreglos normativo-institucionales asociados al Estado regulador. A pesar de a las circunstancias actuales derivadas del fracaso en la regulación del sector financiero de las décadas pasadas, en los países que se presenta tal relación positiva entre el constitucionalismo y Estado regulador ha tenido lugar un histórico crecimiento económico sostenido —al menos ésta ha sido la tendencia desde finales del siglo XVIII— y una mayor distribución de bienestar entre la población asociada, sin duda, con una mayor legitimidad democrática de sus sistemas político-económicos. De aquí la hipótesis de que los rasgos de sus patrones de gobernanza están vinculados con los niveles de “desarrollo” de estas sociedades.⁷⁰

⁷⁰ Desde luego, las variaciones nacionales son muy significativas. Por ello, con independencia de los patrones comunes entre las distintas formas de deficiencia y mediocridad, creo que el caso mexicano puede tenerse en mente como ejemplo de esta situación. Asimismo, podrían utilizarse como referencia, por un lado, los índices de desarrollo humano, en los que

Tomando en cuenta lo dicho hasta ahora, la tesis fundamental de este capítulo es que entre el constitucionalismo y el Estado regulador no sólo existen tensiones, sino reforzamientos recíprocos, y que estas relaciones pueden apreciarse a la luz de una concepción del constitucionalismo adecuada a la noción de gobernanza regulativa. Dicho en otras palabras, en el plano del análisis institucional sostengo, primero, que existe un fuerte patrón de correlación positiva en el que los umbrales de implementación y las capacidades de alcanzar los respectivos objetivos del constitucionalismo y del Estado regulador se refuerzan recíprocamente, y, segundo, que este patrón constituye precisamente la justificación para que la teoría (ingeniería) constitucional se ocupe de reflexionar en torno a su implementación coordinada en los países en desarrollo.

De ahí que, por otra parte, en el plano de lo propositivo, pretenda mostrar que en las condiciones del ejercicio de gobierno en las sociedades contemporáneas, la formulación de teorías conceptualmente independientes o, incluso, de justificaciones de modelos institucionales del constitucionalismo y del Estado regulador antagónicos —o, siquiera, autónomos—, por ser históricamente errada y de carácter fuertemente ideológico, constituye un punto de partida endeble para la formulación de un marco de referencia normativo adecuado a las formas en las que tiene lugar la gobernanza en la sociedad contemporánea.

A la luz de lo expuesto, desarrollaré un argumento en tres partes, yendo desde una perspectiva más amplia, la de la teoría del constitucionalismo, hacia una más concreta, la teoría constitucional, y de ahí a la específica relación entre los modelos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador dentro de un mismo régimen regulativo.

En la primera parte del trabajo sostendré que la aproximación estándar a la democracia constitucional implica un “recorte conceptual” de la base normativa de la modernidad que es, de hecho, contraria a la propia lógica del constitucionalismo y al proyecto intelectual de la teoría social como explicación de los órdenes sociales —por no hablar, desde luego, de un mínimo y razonable materialismo en tales agendas normativas y explicativas—. Esto es así porque en ambas agendas la regulación del capitalismo ha sido considerada un eje fundamental de la ordenación social en la modernidad (Offe,

México ocupa la posición 56 en un universo de 169 países, y, por otro, los indicadores de corrupción, en los que, en un universo de 178 países, México ocupa la posición 98. Aunque no es éste el contexto para mostrar empíricamente las relaciones entre el marco institucional y el desarrollo social, dos aproximaciones generales, pero elocuentes, son Halperin *et al.* (1997), en relación con el conjunto de América Latina, y Moreno-Brid y Ros (2009) para el caso específico de México.

1996). En este punto, siguiendo a Russell Hardin (1999), y en la misma línea de lo que argumentaba en el capítulo anterior, concluiré que una forma de integrar de manera coherente la base normativa de la modernidad —compartida, como se recordará, por el constitucionalismo, la democracia y el capitalismo— consiste en aproximarse a estas esferas del orden social, precisamente, desde una perspectiva “sociológica” del constitucionalismo que dé cuenta del común denominador de estos arreglos institucionales en tanto estrategias de ventaja mutua.

En relación con el tema específico de este capítulo, sostendré que esta forma de aproximarse al constitucionalismo permite dos avances para dar cuenta de la dimensión constitucional de la gobernanza regulativa *vis à vis* el modelo estándar de la democracia constitucional. Por un lado, permite dar una explicación plausible de cómo, de hecho, se relacionan entre sí los órdenes político y económico, y como se vinculan éstos, a su vez, con el orden social en su conjunto. Esto es así porque, desde la perspectiva de la ventaja mutua, se considera que las razones de los sujetos para aceptar o, al menos, acatar los arreglos institucionales (constitucionales) son, en todo caso y en última instancia, instrumentales respecto del bienestar que producen. Por otro lado, en este mismo orden de ideas, la aproximación propuesta permite formular criterios normativos relevantes a propósito de las condiciones de legitimidad del específico orden normativo que integran: la satisfacción de los intereses de los individuos relevantes. Así pues, como veremos, considerar el constitucionalismo, la democracia y el capitalismo como estrategias de ventaja mutua permite abordar el problema de la supuesta “independencia” normativa de los arreglos económicos (eficiencia) *vis à vis* los arreglos político-jurídicos (justicia), dentro de un constitucionalismo operativo que, al considerar estos arreglos “interdependientes”, considera que la función central de las constituciones reside en la organización de un gobierno efectivo —es decir, un gobierno capaz de generar condiciones para el bienestar (jurídico-político-económico) de los gobernados—.

Continuando esta línea argumentativa, en la segunda parte del trabajo me detendré en el diseño de un gobierno efectivo como tarea fundamental del constitucionalismo —recordando que esto es particularmente cierto respecto de la regulación del capitalismo (Braithwaite, 2008)—. En términos más específicos, argumentaré que, para realizar las tareas de un gobierno efectivo, la ingeniería constitucional tiene que tomar seriamente en cuenta la famosa máxima de James Madison, de aliento humano,⁷¹ cuando en *El Federalista* 51 señala:

⁷¹ Quizá no está de más apuntar que James Madison es, posiblemente, el pensador político que mejor aplicó en la ingeniería constitucional —esto es, al diseño del gobierno— la

Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las categorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente, hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo.

El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares.

Esta norma de acción que consiste en suplir, por medio de intereses rivales y opuestos, la ausencia de móviles más altos se encuentra en todo el sistema de asuntos humanos, tanto privados como públicos (Hamilton *et al.* [1780] 2006, 220 y ss. Énfasis añadido).

Así pues, retomando algunas de las ideas que ya presenté en el capítulo anterior, lo que intentaré mostrar es que una condición fundamental para capacitar (*enable*) a los gobiernos para controlar a los gobernados reside en establecer una “Constitución operativa”. La operatividad de una Constitución depende de satisfacer dos requisitos: a) que sea producto de una coordinación “para la Constitución”, en la que ninguna clase de individuos sea sistemáticamente excluido de las ventajas de un orden constitucional —que el orden constitucional sea, de hecho, producto del constitucionalismo como una estrategia de ventaja mutua de la sociedad en su conjunto—,⁷² y b) que la Constitución coordine eficazmente la acción pública de cuyos resultados depende la satisfacción de los intereses de los individuos participantes en la coordinación —es decir, dicho en otros términos, de la satisfacción de los estándares de conducta derivados del reconocimiento de derechos subjetivos—.

El último requisito debe ser subrayado en este contexto, pues, como veremos, la probabilidad de la coordinación bajo la Constitución es el “hecho” —es decir, el estado de cosas— que, en última instancia, justifica que los individuos estén dispuestos a una coordinación para la Constitución. Es decir, sólo un gobierno efectivo genera las condiciones del constitucionalismo como estrategia de ventaja mutua. En este orden de ideas, en relación con el tema específico de este trabajo sostendré que una Constitución operativa debe ser capaz de coordinar dos tipos de poderes gubernamentales: la *potestas* o la legitimidad jurídica para gobernar, y la *potentia* o la capacidad del gobierno para realizar sus fines (Loughlin, 2010). En esta línea de ideas, siguiendo

teoría de la coordinación motivada por la ventaja mutua teorizada por Hume. Al respecto, véase Hardin (2007).

⁷² De modo tal que el control ejercido como “producto” de la Constitución pueda ser considerado gobierno *del* derecho, y no sólo gobierno *mediante* el derecho.

a Martin Loughlin, cerraré este segundo tramo del argumento sosteniendo que, para entender las formas y la extensión que debe incluir la coordinación constitucional entre la *potestas* y la *potentia* en los gobiernos contemporáneos resulta de particular utilidad —si bien, con adaptaciones específicas— la noción de “gobernalidad” (*gouvernementalité*), desarrollada por Michel Foucault (1991) para referirse a la correcta disposición de las cosas, establecida de modo que conduzca a un fin conveniente.⁷³

Así pues, concluiré la segunda parte del argumento sosteniendo que para entender la naturaleza de la relación entre el constitucionalismo y la gobernanza regulativa es preciso ubicar ambos arreglos institucionales *dentro* de un mismo marco conceptual: el del gobierno constitucional o, más específicamente, del régimen de gobierno *regulado* eficientemente por una Constitución operativa; esto es, un gobierno en el que se coordine eficazmente la atribución de potestades públicas (*potestas*) y capacidades operativas de los poderes públicos (*potentia*)⁷⁴ (Parker, Scott, Lacey y Braithwaite, 2004).

La tercera parte me referiré a la problemática relación entre los modelos institucionales del constitucionalismo y del Estado regulador dentro de lo que puede llamarse el “régimen de gobernanza regulativa” de las sociedades

⁷³ Como hemos visto, esto supone que la intervención del gobierno en las distintas esferas de la vida de los ciudadanos es, en principio, una acción racional para controlar potenciales consecuencias favorables y adversas en el bienestar de los propios ciudadanos (vida, salud, disponibilidad de alimentos, etcétera). Por otro lado, respecto de la “racionalidad” de la acción pública, aludo a una noción mínima de racionalidad común a las acciones individuales y colectivas, que ya he expuesto en los capítulos anteriores, pero que merece la pena recuperar aquí: la adecuación medios-fines (eficacia) y maximización de resultados (eficiencia). Dahl y Lindblom condensan estas ideas en los siguientes términos: “Una decisión es racional en la medida en la que está «correctamente» diseñada para maximizar objetivos; dado el objetivo en cuestión y el mundo real existente” (Dahl y Lindblom, 2000, p. 38).

⁷⁴ En este sentido, como veremos con más detalle en el último inciso, puede decirse que adopto una perspectiva regulativa del derecho, en general, y de las constituciones, en particular. Los editores del libro *Regulating Law* describen el contraste entre esta perspectiva y la característica de la dogmática jurídica, en los siguientes términos: “Es típico de los regulacionistas que se interesen en analizar distintos tipos de normas, técnicas y organizaciones regulativas (jurídicas y no jurídicas), y que pretendan establecer qué tan efectivas son en distintas circunstancias. En relación con el derecho, la perspectiva regulativa se plantea cuestiones empíricas acerca del efecto proactivo del derecho en el conjunto de la sociedad (o, al menos, respecto de un segmento significativo de ésta) —por ejemplo, en qué medida la implementación de normas es un remedio efectivo respecto de una cierta conducta dañina— y preguntas normativas acerca de cómo puede diseñarse la regulación para realizar de manera más efectiva los fines sociales. A menudo, los métodos de la investigación en el área de la regulación son empíricos y, por lo general, la teoría intenta dilucidar el impacto del derecho en las prácticas e instituciones externas al mismo, y viceversa. En contraste con ello, los juristas por lo general adoptan una perspectiva interna al derecho, que se centra en el contenido de las doctrinas jurídicas y su coherencia” (Parker *et al.*, 2004, p. 3).

contemporáneas. En este punto sostendré que, como ha mostrado la práctica y la teoría, un poder gubernamental estrictamente limitado por el orden jurídico es más eficaz y eficiente que un poder arbitrario (Holmes, 1995). Dicho en los términos recién formulados, que la limitación de la *potestas* de los poderes públicos incrementa la *potentia* del gobierno. Por ello, una vez que las tareas de gobierno se colocan en el centro de una teoría funcional del constitucionalismo y la organización del poder público es producto de una Constitución operativa, parece claro que el carácter problemático de la relación entre los modelos institucionales del constitucionalismo y del Estado regulador no sólo no es antinómica o, tan siquiera, conflictiva, sino que ambos modelos se refuerzan recíprocamente.

Desde la perspectiva propuesta se trataría, más bien, de dos *formas* distintas de generar la coordinación *bajo* la Constitución —es decir, un gobierno efectivo— necesaria para producir el gobierno —o la gobernanza— que da lugar a las ventajas que, en la dinámica de las sociedades contemporáneas, justifican no sólo la coordinación *para* la Constitución sino, en última instancia, al constitucionalismo, la democracia y el capitalismo de mercado como estrategias de ventaja mutua.

En este orden de ideas, centrándome específicamente en esta relación “técnica” entre el constitucionalismo y el Estado regulador, en la tercera parte cerraré mi argumento sosteniendo que, como resultado de esta dos formas de coordinación *bajo* y *para* una Constitución, una forma productiva de aproximarse al tema de este trabajo es considerar que se trata de modelos institucionales complementarios que conforman un “régimen regulativo constitucional”, que responde a algunos problemas que se generan, precisamente, como efecto de la interrelación entre las condiciones de posibilidad del constitucionalismo, de la democracia y del capitalismo (Scott, 2004). En esta línea de ideas, sostendré que se trata del “régimen regulativo” de una forma de orden social específica: los órdenes de acceso abierto (North, Wallis y Weingast, 2009). Y que este régimen regulativo compone un entramado normativo que es, a su vez, más complejo que el constitucionalismo, que la democracia y que el capitalismo, considerados independientemente. De manera más específica, concluiré que bajo un orden constitucional operativo, este régimen regulativo adopta una visión interdependiente de tales arreglos normativo-institucionales, opera como factor de gobernanza capaz salvaguardar eficazmente los órdenes sociales de acceso abierto frente, al menos, a tres riesgos de disolución de las “razones” para las democracias constitucionales provenientes de la dinámica del capitalismo, a saber: 1) refuerzan la impersonalidad (universalidad de acceso a bienes) frente a la acumulación de derechos de propiedad; 2) incrementan la *potentia* de los gobiernos frente a

las asimetrías de la información distribuida en la sociedad, y 3) protegen los procesos de competencia formal frente a estrategias elitistas o de privilegio.

I. EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO, ENTRE LAS RAZONES *PARA* LA CONSTITUCIÓN Y LAS RAZONES *DE* LA CONSTITUCIÓN

Como es bien sabido, y como ya apuntaba en el capítulo anterior, todo orden constitucional es consecuencia de una decisión o, quizá, mejor dicho, de una serie de decisiones, que puede descomponerse en cuatro aspectos o decisiones más específicas:

- a) Someter el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico, definiendo como criterio último de validez jurídica, autoridad, el sistema de fuentes establecido en la Constitución.
- b) Establecer como criterio último de legitimidad del ordenamiento jurídico el principio de la mayoría.
- c) Formular un catálogo de derechos fundamentales, oponible a las distintas instancias de ejercicio del poder público en los casos a) y b).
- d) Establecer los arreglos institucionales necesarios y suficientes para hacer vinculantes las decisiones anteriores.

Puede decirse que éstas son, en síntesis, las condiciones del “juego” del constitucionalismo.⁷⁵ Ahora bien, la decisión de organizar el poder público en términos de estas decisiones puede sustentarse en razones morales —dependientes, por ejemplo, de valores últimos como la autonomía individual o la dignidad humana— o en razones prudenciales —dependientes, por ejemplo, de intereses compartidos por la población en general, como la seguridad o la maximización del bienestar social—. Pero, en todo caso, no serían ni razones constitucionales ni razones democráticas, sino razones para el constitucionalismo o, en su caso, para la democracia constitucional. Es decir, razones externas a los órdenes constitucionales.

En este sentido, es importante distinguir entre las motivaciones *para* y las consecuencias *de* la decisión de “jugar” el juego del constitucionalismo.

⁷⁵ Desde luego, la conformación de esta estructura institucional es mucho más compleja de lo que refiere esta síntesis. La posibilidad de variación en la arquitectura constitucional y la posibilidad de tensiones entre los componentes conceptuales y normativos del sistema son muy amplias, por lo que no es de extrañar que sean y hayan sido, durante varios siglos ya, una de las principales ocupaciones del derecho público y de la filosofía política. Véase Loughlin (2010).

En particular, en este contexto es importante señalar el distinto carácter que pueden tener las razones *para* y las razones *de* una Constitución. Mientras que el constitucionalismo —y, por otra parte, la democracia y el capitalismo— es una fórmula para alcanzar ciertos fines valiosos —es decir, ciertas formas de orden social—, una Constitución es un arreglo normativo-institucional que, en todo caso, será útil para alcanzar los fines del constitucionalismo —y, desde luego, de la democracia y del capitalismo—. Dicho en otros términos, aunque idealmente los diseños constitucionales deben responder a la estrategia del constitucionalismo, se trata de una relación contingente: una Constitución puede ser inadecuada para alcanzar los objetivos del constitucionalismo.

Lo que, en todo caso, parece necesario es que, en tanto medio para un fin, si una Constitución —es decir, el conjunto de arreglos institucionales que comprende— ha de tener alguna justificación, ésta depende de la medida en la que sea un instrumento idóneo para alcanzar fines valiosos presupuestos en la estrategia del constitucionalismo. Es decir, el “valor” de las constituciones tiene, en todo caso, un carácter instrumental dependiente, precisamente, de la medida en que éstas sean idóneas para alcanzar los fines de los involucrados en el constitucionalismo como estrategia de ventaja mutua (Dahl y Lindblom, 2000). Se trataría, por decirlo de otro modo, de una relación instrumental en dos niveles: el del constitucionalismo como instrumento para generar un orden social específico, y el de las constituciones como instrumentos del constitucionalismo.

Así, la idea de que la justificación de toda decisión de organizar el poder público *qua* orden constitucional depende de la posibilidad de apreciar las “ventajas” de este régimen político-jurídico no debe confundirse con las consecuencias que, en términos justificativos, se desprenden de la existencia de una Constitución respecto de la justificación de las acciones de los agentes relevantes una vez que la Constitución “está ahí”. En este sentido, para que la decisión constituyente resulte una decisión racional, en los términos de una relación instrumental (medios-fines), es necesario “suponer” o, al menos, no considerar implausible la disposición de los agentes relevantes a actuar conforme lo establecido en la Constitución positiva. En consecuencia, para que un régimen de gobierno pueda calificarse “constitucional”, primero, tiene que haberse tomado una decisión “institutiva” o “constituyente” respecto de la organización del poder social —es decir, la estructuración del poder público en la forma un Estado de derecho— y, segundo, tiene que suponerse la disposición de los agentes relevantes —en particular, los poderes “constituidos” por tal Constitución— de actuar conforme a la Constitución positiva

—esto es, la decisión regulativa de actuar conforme al conjunto de reglas y principios que lo caracterizan (véase MacCormick)—.

Desde luego, para cualquiera familiarizado con la teoría constitucional resultará evidente que me estoy aproximando al problema de la justificación última de la autoridad de la Constitución. Es decir, al recalcitrante problema de dónde reside la autoridad de poder constituyente originario —y, por tanto, de la Constitución originaria—, una vez que se tiene en cuenta que ésta no puede sustentarse en ninguna norma positiva. Probablemente, la respuesta a este problema más familiar en la doctrina constitucional contemporánea es la formulada por Hans Kelsen quien, como es sabido, proponía atacar el problema de la obligatoriedad de la Constitución originaria —y, de ahí, la del ordenamiento jurídico en su conjunto— mediante el recurso a un presupuesto lógico-trascendental: la *grundnorm* o norma fundante básica. Así, para Kelsen, dado el presupuesto de pureza de la ciencia jurídica —es decir, una teoría jurídica no puede incluir enunciados fácticos—causales ni trascendentales-morales—, la obligatoriedad de la Constitución debe ser presupuesta, de modo que la reconstrucción teórica de un ordenamiento jurídico debe plantearse *como si* el acto de constituyente fuera un acto válido de creación normativa.

Sin embargo, un aspecto central de la teoría kelseniana de la obligatoriedad de la Constitución al que no suele prestársele la atención suficiente, y que es fundamental para mi argumento, es que la presuposición de una norma fundamental básica sólo tiene sentido *una vez* que se cuenta con una Constitución eficaz. Es decir, la presuposición de una *grundnorm* como una categoría necesaria para explicar o reconstruir un ordenamiento jurídico en términos de su validez, sólo resulta significativa una vez que se constata que el ordenamiento jurídico en cuestión *existe*.⁷⁶ Neil MacCormick ha expresado estas ideas de la siguiente manera:

Dado un orden constitucional que es generalmente eficaz (*by-and-large efficacious*), tiene sentido tratar a la Constitución como si tuviera que ser respetada. Esto es, tiene sentido actuar sobre la base de que la coerción del Estado sólo

⁷⁶ Recordemos las palabras de Kelsen a propósito de esta cuestión: “De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una Constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado... La norma fundante básica se refiere solamente a una Constitución que de hecho ha sido establecida por un acto legislativo o por la costumbre, y que tiene eficacia. Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales... El principio que así se aplicara se denomina principio de efectividad. *El principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad*” (Kelsen, 1986, p. 219. Énfasis añadido).

debe ser ejercitada de acuerdo con las provisiones establecidas por el constituyente originario, y que toda otra forma de coerción debe ser tratada como jurídicamente inaceptable. Así, desde la perspectiva del teórico, toda Constitución está respaldada por una “norma básica” o *grundnorm*, en todos aquellos Estados en los que existe un orden normativo efectivo basado en una Constitución... *la existencia de una Constitución no es cuestión, primariamente, de la adopción, mediante el procedimiento que sea, de un documento formal que pretenda distribuir los poderes de gobierno en la forma antes discutida. Es, de nuevo, una cuestión de funcionalidad, que tiene que ver con la respuesta de los actores políticos a lo largo del tiempo a las normas formuladas en la Constitución. Estas pueden ser o no ser tomadas en serio como normas para el gobierno de la conducta.* En grados variables, pero al menos en la mayoría de las situaciones relevantes, la conducta de los actores debe ser orientada por las normas, y entendida en referencia a las propias normas respecto de las que se actúa. *Sólo aquellas que son tomadas en serio en este sentido existen como una Constitución operativa (working constitution)* (MacCormick, 2007, p. 45).

Así pues, además del acto de establecer “las reglas del juego” al que me refería antes, la disposición estable de los agentes relevantes a “jugar” el juego en términos de las reglas —es decir, la disposición de jugar tal juego, y no otro— es una condición necesaria de eficacia sistémica de un orden constitucional o, si se prefiere, para que el orden social —y, en particular, el ejercicio de la autoridad— tenga lugar en los términos de la Constitución. Dicho en otras palabras, para que *exista* un Estado de derecho o para que se verifique lo que Kelsen denominaba el principio de efectividad —en este caso, de efectividad constitucional—.

Por lo tanto, desde esta perspectiva del constitucionalismo, una decisión constituyente que no tuviera en cuenta sus efectos en las decisiones de los actores relevantes o que, incluso, fuera conscientemente incompatible o contraria al sentido previsible de éstas, podría considerarse propiamente como un “sin sentido”, siendo merecedora con justicia de epítetos como “pragmáticamente contradictoria”, “voluntarista”, “fetichista” o, incluso, “simulada”.⁷⁷

Ante esta sombría posibilidad, una teoría del constitucionalismo tiene que complementar sus criterios conceptuales y sus estándares normativos con una *explicación* convincente de la eficacia de la Constitución.

⁷⁷ La oportunidad de estos calificativos dependerá no sólo de su adecuación con el discurso, sino de una apreciación precisa del contexto. Desde luego, media una importante distancia entre el contexto de un caso hipotético de decisión constitucional incapaz de apreciar el eventual conflicto entre los valores contenidos en los derechos fundamentales, que Alexy (1993) califica de “contradicción pragmática” —aludiendo al conocido ejemplo de “el gato está en el tapete, pero yo no lo creo”— y el contexto de una decisión constitucional en la que se modifican las condiciones de la lucha electoral.

Existen diversas aproximaciones que permitirían formular distintas explicaciones del constitucionalismo como generador de ciertos tipos de orden social: de raíz conflictualista (Marx), de valores compartidos (Durkheim) y de intercambio (Hume).⁷⁸ Sin embargo, como ha señalado Russell Hardin, parece que cuando se tratan las complejas relaciones dentro de una sociedad pluralista y el diseño de los arreglos constitucionales, sólo la última posibilidad (el intercambio), que entiende el orden social como una cuestión de “ventaja mutua”, resulta plausible. Esto es así porque esta aproximación reconoce el papel central de la coordinación tanto en la “explicación” como en la “justificación” de la eficacia constitucional.

En lo que se refiere específicamente a nuestro tema, el carácter deficitario de las teorías conflictualistas y de valores compartidos frente a las teorías del intercambio, de ventaja mutua o de corte bienestarista (*welfarist*), reside en su incapacidad de presentar una teoría funcional convincente. Este déficit es, en mi opinión, una consecuencia de no reconocer la importancia del tipo orden social generado por los agentes relevantes como consecuencia de acciones en las que, actuando por sus intereses particulares, sirven al interés colectivo una vez que una Constitución operativa “está ahí”.⁷⁹ Esto es, la estrategia de la ventaja mutua nos permite dar cuenta, a la luz de una misma concepción de la acción social, de las razones *para* la Constitución y de las razones *de* la Constitución. Tomando esto en cuenta, en las próximas páginas adoptaré una perspectiva de la “operatividad constitucional” desde la cual “jugar” el juego del constitucionalismo no sólo supone la condición elemental de que la coordinación entre los agentes relevantes tiene lugar en términos de sus propios intereses *para* el juego del constitucionalismo, sino un contexto en el que, a la luz de las decisiones a las que me he referido antes, resulte plausible explicar la conducta de los agentes relevantes *dentro* o *a partir* del marco de elección establecido por una Constitución como estrategias de ventaja mutua.⁸⁰

⁷⁸ Y, en general, el liberalismo en su conjunto.

⁷⁹ Creo que, si bien en otra clave semántica, la noción de “orden social” puede llamarse, sin cambios significativos en el sentido: “gobernanza” (Hardin, 1999, en particular capítulos 1 y 3). En una línea de inspiración humenana, la crítica de Hardin se dirige, fundamentalmente, a la imposibilidad del contractualismo para articular un argumento convincente para explicar por qué algunas constituciones formales llegan a ser operativas y otras no. Sin embargo, pienso, esta crítica puede extenderse a otras concepciones del constitucionalismo como las que asocian la normatividad constitucional con el valor moral de los derechos fundamentales o en las capacidades deliberativas de la democracia.

⁸⁰ Como es bien sabido, ésta es la estrategia de dos pasos —primero justificar una base normativo-institucional y, luego, evaluar la justicia de las acciones a la luz de ésta— que formula John Rawls en su trabajo seminal “Two Concepts of Rules” (Rawls, 1955) y que desa-

Ahora bien, lo anterior supone que para considerar que una Constitución es operativa —es decir, que tiene, de verdad, un carácter normativo bajo el principio de efectividad— no es necesario que los agentes relevantes actúen motivados, al menos, no exclusivamente, por un deber de sometimiento o de fidelidad a la Constitución —ni, por cierto, sobre la base de un improbable consenso respecto de valores que ésta recoge—, sino “guiados” por los propios efectos de coordinación producida por las decisiones individuales e institucionales de “jugar” el juego del constitucionalismo a la luz de la Constitución positiva⁸¹ (MacCormick, 2007, en particular, capítulo 3).

Así pues, la perspectiva funcional de constitucionalismo y el concepto de Constitución operativa desde los que pretendo analizar las relaciones entre los modelos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador, por un lado, adhieren a la *justificación* de MacCormick del Estado constitucional moderno como orden normativo institucional y, por otro, agregan como

rolla en *A Theory of Justice* (Rawls, 1971) y que Hardin denomina “utilitarismo institucional” (Hardin, 2007, p. 47). Esta forma moderna, no metafísica, de construir las *condiciones* de la justicia está en la raíz de la tradición jurídico-política liberal, pues, como es bien sabido, ya el siglo XVII Hobbes señalaba en el *Leviatán* que, sin la existencia “artificial” del derecho-Estado, no hay “tuyo” ni “mío”, no hay justicia.

Quizá no esté de más señalar cuán atractiva resulta esta estrategia constructivista frente a posiciones fuertemente metafísicas de la idea de justicia que, con cierta facilidad, pueden desembocar en una combinación de dogmatismo y el intuicionismo. Por razones epistémicas, las teorías de Hobbes, Hume y Rawls son incompatibles con la idea de derechos naturales prepolíticos como los supuestos por Grocio y Locke, y que recogen la idea tomista de que la justicia —la voluntad constante y perpetuo de dar a cada uno lo que es suyo (*suum*)—: simplemente, no parece posible saber en qué consiste tal *suum*. Como es sabido, a pesar de su esfuerzo por darle un carácter fáctico mediante su asociación al trabajo, la preeminencia de la teoría de la propiedad sobre la teoría política y moral de Locke impidió que la estrategia contractualista de este autor se desembarazara de este bagaje metafísico. Por medio de su influencia en las ideologías revolucionarias del siglo XVII —en particular, en el caso de la Constitución de Estados Unidos (Bailyn, 1992)— esta deficiencia llevó consigo que la teoría de los derechos naturales como políticamente preexistentes —que, por otro lado, con la colaboración contrafáctica de Rousseau y trascendental de Kant ha servido como fundamento al contemporáneo discurso de los derechos humanos— siga siendo, en mi opinión, un sustrato muy endeble de la fundamentación de la legitimidad de los órdenes constitucionales.

⁸¹ Como se recordará, esto es a lo que, en otros términos, se refería Kelsen cuando hablaba de la eficacia generalizada de una Constitución como condición de “existencia” de la misma. Quizá no esté de más aclarar que no se trata propiamente de que no exista una Constitución, sino de que la Constitución “formal”, definida en términos de los criterios conceptuales y los estándares normativos del constitucionalismo democrático, no es la Constitución relevante en esa sociedad; no es la Constitución operativa. De modo que, si sobre la base de las características del orden normativo institucional que conocemos como “orden constitucional”, la explicación de la conducta de los agentes relevantes no resultara “creíble”, “explicable” o “justificable” en términos de los propios, plausibles, intereses de los agentes relevantes no podríamos decir que realmente exista una Constitución en sentido relevante.

explicación de la operatividad de la Constitución el principio sociológico de obligación propuesto por Hardin, en la que, como apuntaba más arriba, la coordinación constitucional tiene lugar como consecuencia no intencional de las acciones interesadas.

A partir de aquí, la idea de normatividad constitucional —sobre la que, como veremos más adelante, en mi opinión, debe configurarse tanto la idea de *potestas* gubernamental como la idea de sometimiento a la autoridad por parte de los ciudadanos— debe ser entendida en la línea de Hobbes: es decir, en términos de una obligación racional, no moral. Esto es, en un contexto en que decir que “estoy obligado” equivale a decir que “estoy obligado por mis propios intereses”.

En este punto resulta útil resaltar el contraste de esta idea de obligación con la conocida posición de H. L. A. Hart respecto de la diferencia entre *verse obligado* y *estar obligado*. Como es sabido, para este autor, en el primer caso, decir que alguien *se vio obligado* a hacer algo supone que actuó sustantivamente en contra de sus intereses, mientras que, en el segundo caso, decir que alguien *está obligado* a hacer algo supone que, para tal persona, no hacerlo sería contrario al mandato de una norma (Hart, 1983, pp. 82 y ss.). A propósito de esta distinción, Hardin nos recuerda que

...la teoría de Hobbes versa sobre la idea de verse obligado a obedecer o incluso a apoyar a un gobierno, y no sobre la idea de estar obligado a obedecer. Su teoría del gobierno es una teoría sobre la operatividad (*workability*). Hay razones normativas para querer contar con un gobierno —todos estaríamos mejor con un gobierno estable— pero el gobierno opera obligándonos, no mediante la obligación moral de obediencia⁸² (Hardin, 1999, p. 20).

En síntesis, lo que, en última instancia, vengo a sostener es que la disposición generalizada de los agentes relevantes para “jugar” el juego del constitucionalismo no es sólo una condición de la eficacia de la Constitución —y, por tanto, como he señalado de su “existencia-validez”—, sino que, con independencia de cuáles sean las posibles interpretaciones de la conductas de los agentes relevantes en términos de la normatividad constitucional, una teoría operativa del constitucionalismo considera que una Constitución *es* aquel conjunto de pautas de conducta que generan una coordinación efecti-

⁸² Como expone el propio Hardin, aun compartiendo los presupuestos naturalistas —mirar a los seres humanos como el tipo de criaturas que son—, la “ventaja” de la aproximación de Hume frente a Hobbes consiste en su alcance. Hume formula una teoría integral de la moral, la política y el orden social, sobre un mismo principio de explicación social e individual: que todos los seres humanos tiene el “mismo deseo de felicidad” (Hardin, 2007, p. 4). *Cfr.* Hume (1990).

va de los agentes relevantes en términos de sus propios intereses. De aquí la clara vinculación entre las ideas de constitucionalismo y gobernanza.

II. ORDEN CONSTITUCIONAL Y GOBERNANZA

Cuando traducimos la decisión o, como señalaba, la serie de decisiones de establecer las condiciones del constitucionalismo en términos de la ingeniería constitucional, encontramos que este orden normativo institucional puede ser representado como el efecto de la operación de una “maquinaria” compuesta de ciertas piezas “ensambladas”, o potencialmente “ensamblables” en un número más o menos limitado de diseños institucionales, cuya combinación resulta en un catálogo de modelos institucionales nada despreciable en su extensión. Sin embargo, para simplificar, en este contexto podemos destacar sólo tres arreglos institucionales que, por decirlo de algún modo, configuran el núcleo de cualquier fórmula de gobierno constitucional: el establecimiento de “organizaciones” con funciones especializadas (legislación, administración y jurisdicción), la división de poderes para realizar tales funciones (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) y el establecimiento de procedimientos reglados para el ejercicio de los poderes conferidos por la propia Constitución (procedimiento legislativo, procedimiento administrativo y procedimiento judicial). Con objeto de simplificar aún más el argumento, podemos sintetizar los elementos anteriores en la noción de *potestas* o poder jurídico para actuar, diciendo, en consecuencia, que en tanto ordenamiento jurídico la primera característica fundamental de un Estado de derecho consiste en que el ejercicio del poder público debe realizarse dentro del sistema de competencias establecido por la Constitución.⁸³

⁸³ Naturalmente, la descripción que aquí hago de los elementos del Estado de derecho y, en particular, del constitucionalismo, es muy esquemático, y tiene por objeto exclusivamente destacar los elementos conceptuales y formales que me permiten explicar qué entiendo por “límites legítimos”. Un análisis más profundo debe llevarnos a tener en cuenta no sólo los elementos formales de la noción, sino concepciones sustantivas que diferencien entre los distintos contenidos de los catálogos de derechos fundamentales y, lo que es aún más importante, los distintos grados de realización de tales expectativas. Al respecto, véase Tamanaha (2004).

Ahora bien, a lo que no hay que dejar de atender es que, para que esta fórmula “básica” adquiera las características de un “régimen de gobierno constitucional” es preciso agregar el corolario vinculante del sistema, del que depende la legitimidad del mismo en términos de su operatividad *qua* régimen de gobierno: la conformación de mecanismos o garantías institucionales que aseguren —directamente, *mediante* la conformación de los poderes legislativo y ejecutivo, o indirectamente, *mediante* los procedimientos de control— la impregnación en el conjunto de este *orden normativo-institucional* del valor que justifica la estrategia del constitucionalismo: el bienestar de los individuos.

Dicho en otros términos, en contraste con la representación del “orden” constitucional que generan conjuntamente los *principios* normativos de constitucionalidad configurados sobre la base de fórmulas o esquemas de distribución de poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), de los modelos canónicos de regimentación gobierno (unitario o descentralizado) y del régimen de derechos fundamentales (libertades —civiles, políticas—, inmunidades, derechos de prestación, etcétera), los *estándares* funcionales del constitucionalismo reflejan el grado en que se verifican dos tipos de *hechos o estados de cosas* de los que depende, a su vez, el grado de operatividad de la Constitución —y, como veíamos, en última instancia, las razones para el constitucionalismo: la subordinación del gobierno a la Constitución y la implementación (*enforcement*) de las acciones de gobierno, por medio de los poderes públicos—.

Ahora bien, como es fácil de observar, en este orden de ideas la relación entre el Estado constitucional y las funciones de gobierno no parece depender sólo —ni siquiera primariamente— de la adopción de una Constitución; ni tan siquiera de un conjunto de formas constitucionales, sino que se compone de dos variables fácticas de “efectividad”: por un lado, la propensión generada por la Constitución de que los agentes relevantes, el ejercicio del poder público se lleve a cabo dentro del sistema potestades establecido por la misma Constitución —es decir, el grado en el que la Constitución *de hecho* afecta los intereses de los agentes relevantes— y, por un lado, la probabilidad de un gobierno efectivo —esto es, el grado o capacidad de los poderes públicos para afectar los intereses de los gobernados—. Vistas así las cosas, en el sentido que ya señalaba en el capítulo anterior, considero que una Constitución es operativa cuando el ejercicio del poder público mediante los arreglos institucionales contenidos en ésta permite que una sociedad alcance un grado razonable —dadas las circunstancias o condiciones fácticas: escasez, suerte, etcétera— sus objetivos de acción colectiva *qua* orden constitucional.⁸⁴

⁸⁴ Con independencia de las diversas distinciones pertinentes, en tanto tipos de normas, entre principios —por ejemplo, normas de gran importancia que responden a valores sustantivos— y estándares —por ejemplo, normas de carácter técnico adaptables a las circunstancias—, lo que me interesa enfatizar aquí es que mientras que los principios se dirigen a regular directamente las acciones institucionales sobre la base de su carácter deóntico (prohibido, obligatorio, permitido), los estándares tienen una relación indirecta con la regulación de la conducta: sus condiciones de aplicación incluyen la necesidad de verificar si ciertos estados de cosas tienen lugar. Luego corresponderá a los agentes relevantes, en virtud de cualesquiera razones puedan asistirles —o, como lo formularía la teoría social, mediante el mecanismo relevante—, adaptar o no sus cursos de acción a los estados de cosas existentes. No paso por alto que, respecto de la explicación del cambio institucional y social, hay una prioridad de los eventos (conductas) respecto de los hechos (estados de cosas) (Elster, 1989). Pero mi punto es que precisamente el criterio último para establecer la legitimidad un determinado orden normativo es la verificación de un determinado tipo de orden social (hecho). Es decir, que si bien en términos explicativos se da la prioridad evento-hecho, en términos justificativos la

1. *Constitucionalismo y formas de poder jurídico-gubernamental*

Al comienzo del inciso anterior me refería al primer factor, la subordinación del gobierno a la Constitución, como una consecuencia de la decisión de “jugar” el juego del constitucionalismo. Pero, como he señalado, lo que me interesa subrayar en este trabajo no es en qué consiste tal decisión, sino las razones por las cuales conviene tomarla, y más particularmente cómo, al depender su razonabilidad de sus consecuencias previsibles, las razones para el constitucionalismo no son autónomas de las razones de la Constitución. Esto es, como veíamos, las razones para el constitucionalismo se presentan en dos “momentos”. En una primera instancia, dependen del tipo de gobierno que esta decisión produce: un gobierno efectivo. Y, en última instancia, el tipo de orden social que genera el gobierno efectivo: un orden social de acceso abierto. Estas razones dependen, en definitiva, de las formas de crear y gestionar el poder colectivo (Loughlin, 2010, pp. 326 y ss. y Oakeshott, 1983, pp. 119 y ss.). En este inciso me ocuparé de las primeras razones y en el próximo de las segundas.

En su vasto libro, *Foundations of Public Law*, Martin Loughlin (2010) retrotrae el análisis de las formas de poder jurídico-administrativo hasta el reconocimiento de dos modos categóricamente distintos de asociación trazados por Michael Oakeshott, pero que se conectan cercanamente con la lógica del constitucionalismo como estrategia de ventaja mutua que veíamos antes. El primer modo de asociación consiste en una relación actual y limitada entre contendientes reales, en la que buscan un resultado sustantivo. ganar. El otro modo de asociación consiste en una relación ideal que puede ser invocada en un contexto particular, pero que existe con independencia de éste; y que puede ser entendido expresa y exclusivamente en términos del reconocimiento de normas —siendo este último aquél que nos permite plantear una noción coherente de Estado de derecho—. Paralelamente, en su caracterización del Estado moderno, Oakeshott utiliza dos ideas derivadas del derecho romano para dar cuenta de estos modos de asociación: la idea de *societas*, como el producto de un acuerdo en torno a la autoridad de ciertos arreglos y normas, y la idea de *universitas*,

dirección es inversa: los estados de cosas producidos (hechos) justifican las acciones (eventos). Como comentario al margen, diría que desde las ciencias sociales el argumento que he venido formulando se podría concretar, además de en la idea anterior, en sostener que el mecanismo de explicación (la operatividad constitucional) de los eventos (gobierno efectivo) es, fundamentalmente, la coordinación, y no la existencia de normas sociales (prohibiciones, obligaciones o permisos) respaldadas con sanciones formales o informales. En una paráfrasis inversa, la idea que quiero enfatizar es que, desde esta perspectiva, el núcleo del constitucionalismo *is not (only) a Matter of Principle... it is (also, and mainly) a Matter of Organization.*

no en el sentido de una sociedad (*partnership*), sino de una asociación corporativa dirigida a alcanzar una serie de fines comunes. En la primera, la tarea de gobernar consiste centralmente en vigilar los términos de la asociación, mientras que, en la segunda, el gobierno se transforma en una tarea de gestión de la empresa común (Loughlin, 2003, pp. 16 y ss. y Oakeshott, 1975, pp. 185 y ss.).

Tanto Loughlin como Oakeshott ven a la *societas* y la *universitas* como dos formas de asociación que se autosustentan y que, en sus interacciones contingentes en el Estado moderno —ellos utilizan la noción de Estado europeo, pero creo que sus ideas pueden extenderse a las distintas formas de estatalidad constitucional—, dan lugar a dos modos distintos, en continua tensión, de entender la legitimación del poder gubernamental: la *potestas* como la autoridad generada por la vinculación del poder público al orden jurídico y la *potentia* como la autoridad generada por la vinculación del poder público a un conjunto de propósitos comunes. De aquí que Loughlin concluya que

Si lo público es concebido como un tipo de razón política que tiene la función de mantener el poder en la esfera pública, entonces es necesario también reconocer la existencia de dos tipos de poder: *la potestas, que consiste en el poder justificado para mandar, y la potentia, que es una fuente de poder que emana de la capacidad real del gobierno para controlar la disposición de las cosas* (Loughlin, 2010, p. 407. Énfasis añadido).

Por razones de espacio no puedo extenderme en la serie de interesantes puntos que genera la proyección de la distinción entre las anteriores formas de poder estatal en la teoría constitucional (Loughlin, 2010, pp. 157 y ss.). Sin embargo, utilizaré estas distinciones en las próximas páginas limitándome fundamentalmente a apuntar algunas relaciones entre éstas y las posibilidades de satisfacción de los estándares constitucionales de un gobierno efectivo —recordemos, un gobierno en que la presuposición de la coordinación *de la Constitución* da razones para la coordinación *para la Constitución*—. En todo caso, supongo que no se habrá pasado por alto la analogía entre las formas de poder y sus tensiones y el detonante de mi argumento: las tensiones y los reforzamientos recíprocos entre los modelos institucionales de Estado de derecho y del Estado regulador como factores de la gobernanza contemporánea.

2. *Constitución y potestas: el poder del Estado de derecho*

Desde luego, uno de los temas más complejos de la teoría constitucional —y, en general, de la teoría del derecho— es la relación entre forma y sus-

tancia (Summers, 1993, 2001 y 2010). Sus implicaciones no se limitan a la frecuentemente referida relación entre la forma constitucional —o legal— y la legitimidad del acto de autoridad, sino que se extienden al ámbito de la facticidad: la forma jurídica se relaciona, en definitiva, con el poder o capacidad del gobierno de controlar a los gobernados. Y aquí, de nuevo, la relación no se limita a la más evidente: la forma no sólo limita el poder despótico, sino que incrementa o, incluso, crea el poder estatal.⁸⁵ En particular, en este contexto quiero limitarme a un efecto de la forma constitucional en la eficacia del gobierno: la organización del poder gubernamental.

La relación entre las constituciones como esquemas de organización del poder social y, consecuentemente, como factores de eficacia del gobierno pasa por un tercer elemento crítico en la modernidad: la “estatalidad”. Por supuesto, hay distintas perspectivas fructíferas para aproximarse a la *potestas* en relación con el Estado como condición histórica de las funciones del gobierno moderno, pero, para los efectos del argumento que he venido perfilando, resulta oportuno adoptar una perspectiva asociada a una teoría “operativa” del Estado (*a working theory*) que, como señala Harold Laski, “debe ser concebida en términos administrativos”. En este orden de ideas, para esta teoría operativa del Estado, “la voluntad [estatal] es la decisión a la que llega un pequeño número de personas a la que se le confiere el poder legal para tomar decisiones. Cómo se organiza el poder es más una cuestión de forma que de substancia” (Laski, 1931, p. 53).

Ahora bien, como es sabido, la “forma” de administrar la *potestas* en el Estado constitucional se caracteriza por dos rasgos organizacionales: el postulado de la universalidad respecto del ámbito del orden jurídico y el postulado del monopolio del uso legítimo de la fuerza por parte del Estado. Es decir, en principio, no existe ninguna esfera de vida social que permanezca al margen del régimen constitucional, de modo que el derecho homogeniza las formas

⁸⁵ Éste es probablemente el tema central en los inicios de la teoría constitucional, que ocupó a Bodin y, desde luego, a Hobbes, pero que más tarde, cuando la filosofía política se escindió de la teoría social para asociarse de manera más clara con la filosofía moral subyacente al discurso de los derechos, quedó enclaustrada, en términos generales, en la esfera de la teoría social. Consecuentemente, en lo referente a la teoría constitucional la relación entre forma y poder quedó como un apéndice temático, un tanto alejado del núcleo de la reflexión constitucional que ha girado en torno a los presupuestos normativistas que han dominado la teoría jurídica desde finales del siglo XVIII. Desde luego, como veremos con un poco de mayor detalle más adelante, la presencia de Foucault en el escenario de la teoría jurídica constituye una excepción en la tendencia, pero creo que se puede afirmar en todo caso que no se trata de una aproximación canónica al constitucionalismo. Para una aproximación histórico-sociológica, amplia y compleja, pero muy pertinente en este contexto, véase Mann (1986, 1993).

de vida y las pretensiones de bienes válidas —si bien, es cierto, que esta regulación se lleva a cabo en un nivel abstracto, no necesariamente respecto de los aspectos particulares de la acción— y, por otro, la organización estatal reclama para sí la supremacía legítima para regular la vida social, frente a otras formas corporativas de organización del poder (la familia, la empresa, los sindicatos, etcétera). El proceso histórico mediante el cual se conformaron estos rasgos organizacionales del Estado moderno no es lineal, ni desde luego homogéneo (Tilly, 1975), pero como veremos, parece haber una correlación clara entre el grado en el que las organizaciones estatales han logrado consolidar su capacidad de tomar decisiones colectivas en las estructuras constitucionales “formales” (*potestas*) y la capacidades de estas organizaciones para realizar objetivos relacionados con el bienestar de los gobernados.

Desde luego, la relación entre las propiedades de los órdenes jurídico-políticos, las constituciones y el bienestar de los individuos puede verse desde distintas perspectivas. En la literatura especializada pueden sintetizarse, *grosso modo*, tres grandes aproximaciones.⁸⁶

La primera aproximación puede denominarse “liberal” por su raíz ideológica —la cual, por otro lado, como es bien sabido, coincide con las raíces históricas e intelectuales del constitucionalismo moderno—, aunque por aplicación del modelo neoclásico y, fundamentalmente, por su insistencia en la evaluación microeconómica de los efectos de las normas e instituciones jurídicas en el desarrollo económico, en las últimas décadas ha venido a reconocerse bajo el conocido como “movimiento” del derecho y economía. En este orden de ideas, el origen de esta perspectiva puede reconocerse en algunos de los autores clásicos del pensamiento social como Hobbes, Locke, Smith y Weber.⁸⁷ Así, por ejemplo, mientras Hobbes reconocía que los sujetos no entrarían en relaciones estables de intercambio sin la confianza en el poder coercitivo del Estado para hacer eficaces los contratos (Hobbes, 1996), en esta misma línea de ideas, como es bien sabido, Locke sostenía que una función primordial de la comunidad política es la conservación de la propiedad de sus miembros, dentro de la cual, como es bien sabido, recogía el derecho a la vida, a la seguridad y a los bienes materiales (Locke, [1690] 1991, IX), en tanto que Smith recalca la importancia de “una tolerable administración de justicia” como condición para llevar a la comunidad “al mayor nivel de opulencia” (Smith, 1978). Por su parte, desde una perspectiva sociocultural,

⁸⁶ La literatura especializada en este tema es sumamente extensa, pero a un lector interesado en una primera aproximación puede sugerirse, por ejemplo, Hirschman (1997).

⁸⁷ Quizá no esté de más recordar que no es hasta la segunda mitad del siglo XIX que puede hablarse de una separación teórico-doctrinal entre el constitucionalismo, la filosofía y la economía políticas.

Weber (1984) consideraba el ascenso del capitalismo estaba íntimamente relacionado con la consolidación de las modernas formas “racionales” de ejercicio del poder político: el Estado de derecho.

Posteriormente, dentro de los estudios de derecho y economía y, en particular, dentro del área del neo-institucionalismo económico, se han desarrollado distintos programas de investigación especializados en el tema, entre los que cabe destacar los dirigidos a mostrar cómo los costes de transacción contenidos en la negociación y la ejecución de los acuerdos constituyen importantes barreras al crecimiento económico (Williamson, 1985) y aquellos que sobre la base de la constatación de una progresiva reducción de la incertidumbre en los intercambios, desde una perspectiva histórica intentan encontrar correlaciones entre el desarrollo económico y la evolución de instituciones jurídicas (North, 1981, 1990).

Paralelamente, en otra vertiente de esta aproximación institucional-cultural, los estudios que se agrupan en el rótulo “derecho y desarrollo” se han centrado fundamentalmente en explicar las distintas “disfunciones” del aparato jurídico en las economías no desarrolladas o en vías de desarrollo. Una primera generación de estudios trató de explicar la deficiente aportación de los sistemas jurídicos al desarrollo económico como una deficiencia en la adopción de los modelos institucionales de las democracias constitucionales occidentales: división de poderes, control de constitucionalidad, regímenes de propiedad, sistemas contractuales, etcétera. Sin embargo, este tipo de estudios mostró, en su conjunto, una escasa capacidad heurística, cuyas limitaciones pudieron constatarse a la luz de un estudio más detallado de las catastróficas consecuencias de los “trasplantes” jurídicos animosamente impulsados tras los procesos de descolonización de las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo XX. Así, en un efecto pendular, en las décadas siguientes se desarrolló una segunda agenda de investigación alternativa dentro de este género de estudios, centrada en la consideración de las condiciones “ambientales” —culturales, políticas, históricas— que hace viable la propuesta de reformas “estructurales” en la organización económica de los países en desarrollo.

Una tercera ola de estudios sobre derecho y desarrollo vinculadas con el surgimiento del Estado regulador o el “capitalismo regulativo” (Jordana y Levi-Faur, 2004 y Levi-Faur y Jordana, 2005) ha venido desenvolviéndose en los últimos años como consecuencia de las políticas generalizadas de privatización, desregulación y re-regulación que han recorrido el planeta y que en la década de los noventa del siglo pasado, si bien de manera un tanto apresurada, se identificaron mediante el conocido eslogan del Consenso de Washington (Braithwaite, 2008). En todo caso, como ha señalado Ogus:

Las reformas jurídicas han ocupado un lugar prominente en la agenda política por dos razones. Primero, porque de manera consistente con el análisis de las políticas públicas en las economías desarrolladas, la falta de crecimiento se ha identificado con la idea de “fallo del Estado”, por lo que se consideraba que la regeneración del sector privado requería nuevas definiciones jurídicas y procesos de delimitación de papel del Estado en la economía. Segundo, porque las voces más influyentes cada vez estaban más convencidas de que una “buena gobernanza” era una variable crucial para explicar las diferencias en los índices de crecimiento económico (Ogus, 2002, p. 5).

Una tercera aproximación es la de los estudios empíricos y comparados. En una primera época estos estudios se centraron en la comparación entre los sistemas económicos capitalistas y socialistas, pero más adelante, tras el proceso de homogenización de la última década del siglo pasado, este tipo de análisis se ha concentrado en los efectos de las transiciones políticas en el desempeño de la economía. Aunque los resultados de este tipo de estudios distan de ser homogéneos, se pueden constatar ciertas tendencias en la relación entre la adopción de cierto tipo de estructuras jurídicas formales, la capacidad de los gobiernos y el desempeño económico. En este sentido, algunos análisis constatan, por ejemplo, que una mayor protección de los derechos de propiedad y un mayor control de la discrecionalidad de los poderes públicos conduce a un mejor desempeño de la economía y, en este mismo orden de ideas, por medio de sus efectos en la reducción de costos, algunos estudios han cotejado la relevancia de la calidad de los procesos judiciales en el crecimiento de la economía.

Sería apresurado hacer un balance de esta tercera generación estudios sobre derecho, gobernanza y desarrollo, sobre todo en lo relativo a los efectos de sus recomendaciones de política pública. Sin embargo, pese a que, en principio, quepa reconocerles, por un lado, el mérito de un mayor pluralismo y flexibilidad que la perspectiva de derecho y economía neoclásica y, por otro, un mayor esfuerzo de sistematicidad que los estudios provenientes de la corriente de derecho y desarrollo, dado el carácter transversal y gerencial de este tipo de análisis, según mi opinión, es posible adelantar ya la percepción de una relativa superficialidad en lo referente a la importancia del constitucionalismo necesario para un gobierno eficaz.

En todo caso, con independencia de la aproximación a la idea de “Estado constitucional” que se adopte, de esta esquemática presentación puede desprenderse que en la doctrina dominante existe un acuerdo básico en que la existencia de ciertas formas jurídicas generalmente conceptualizadas como *potestas* es un factor relevante para la generación de bienestar. Es decir, la literatura especializada en las funciones del orden constitucional respecto de un

adecuado desempeño de la economía converge sustancialmente en considerar que las condiciones normativo-institucionales para un gobierno sujeto al derecho operan como variables significativas del bienestar. En otras palabras, existe una convergencia sustancial en relación con el papel de los arreglos constitucionales como factor de crecimiento de la economía consistente, fundamentalmente, en la realización de las siguientes “buenas prácticas”, que pueden resumirse en los siguientes puntos: a) la existencia de reglas públicas y fácilmente accesibles; b) que tales reglas sean razonablemente ciertas, claras y estables —es decir, que excluyan decisiones irrestrictamente discrecionales—; c) la presencia de mecanismos que aseguren la aplicación de tales reglas sin discriminación entre los sujetos; d) la existencia de decisiones vinculantes provenientes una judicatura independiente y mediante procesos judiciales expeditos; e) la previsibilidad de sanciones judiciales efectivas; f) el cumplimiento y la responsabilidad de los poderes públicos frente a las normas relevantes, etcétera (Ogus, 2002).

3. *Constitución y potentia: el poder del gobierno constitucional*

Como adelantaba, además de las condiciones de *potestas* del poder gubernamental que establece el Estado de derecho como respuesta a la forma de asociación *societas*, existe también una demanda de poder gubernamental como *potentia* vinculada fundamentalmente a la *universitas* como forma de asociación, y que, como se recordará, tiene que ver con la capacidad del gobierno para llevar a cabo nuestros propósitos comunitarios, y no sólo individuales.

En su análisis sociohistórico de las formas de poder, Michael Mann (1986, 1993) se aproxima a este tipo de capacidad gubernamental por medio de la idea de “poder infraestructural” —o poder mediante—, en contraste con el “poder despótico” —o poder sobre la distinción— se refiere a las distintas formas de relación entre gobernantes y gobernados respecto de, en el primer caso, la capacidad de la organización gubernamental de penetrar en las relaciones sociales y, en el segundo, la posibilidad de ejercer un poder coercitivo, sin contrapesos institucionales (Loughlin, 2010). Como quizá cabe esperar, un rasgo distintivo de las sociedades desarrolladas es su mayor expansión relativa del poder infraestructural de sus regímenes de gobierno o de gobernanza.

Aunque la cuestión de cómo se genera y se ejerce la *potentia* gubernamental es un tema extenso y rico en imbricaciones teóricas y metodológicas, en esta ocasión quiero limitarme a dos breves comentarios respecto de su

asociación con dos factores históricos de los que, sin duda, ha dependido la capacidad de los gobiernos de penetrar en los tejidos sociales y en las vidas individuales.

El primer factor tiene que ver con el proceso de expansión y consolidación de la “disciplina” como forma transversal de control de la vida privada y social que, según Philip Gorski, corresponde a una fuente autógena de poder que deriva del Estado *qua* institución, en contraste con las fuentes exógenas que derivan de su ambiente social. Así, mientras que las claves de las fuentes exógenas son el tamaño y la calidad de su administración y de su personal —de tal modo que, en principio, esperaríamos que una administración burocrática y no corrupta será, por ejemplo, más eficiente que una administración patrimonialista y corrupta—, las claves de las fuentes exógenas del poder estatal son el tamaño y la calidad de su población y territorio, de tal modo que esperaríamos que, en principio, que un Estado cuyo territorio es grande y poblado desarrollaría más poder que otros sin tales condiciones. Para Mann, la disciplina tiene tanto efectos directos como efectos indirectos respecto de la relación entre gobierno y sociedad. Por un lado, sus efectos directos hacen que, en principio, burocracias profesionales, honestas y dedicadas sean más eficientes en los procesos de control de la población. Por otro lado, la disciplina tiene efectos indirectos en una población que convive regularmente con un gobierno con tales características ya que, en principio, los individuos disciplinados estarán más dispuestos a colaborar con los objetivos comunitarios. Dicho brevemente, “...la disciplina incrementa el poder estatal en la medida en la que incrementa los niveles de eficiencia administrativa en su conjunto y el orden social, porque una sociedad más ordenada es más barata de gobernar y una administración más eficiente es más barata de gestionar” (Gorski, 2003, p. 36).

Así, como señala Loughlin:

El concepto de poder infraestructural de Mann constituye una reformulación de la dinámica identificada por primera vez por Bodino cuando formuló la máxima de que “menos supone más”. La constitucionalización del poder (despótico) incrementa la suma total del poder del Estado. Más aún, cuando examinamos más cuidadosamente las fuentes del poder infraestructural que Mann identifica, vemos que coinciden con precisión con los tipos de poder que Spinoza llama *potentia*. La aproximación de Mann es cercanamente paralela al argumento de Oakeshott de que los modernos gobiernos europeos “al haber adquirido una amplia parte... de la capacidad para controlar personas y bienes, han extendido en mucho su *potentia*”. El poder de *potentia*, argumenta Oakeshott, surge porque los gobiernos modernos “tienen a su disposición un aparato de investigación, archivos, registros, actas, dosieres, índices, pasaportes,

documentos de identidad, licencias, etc.”, “disfrutaban de fronteras establecidas” y vigiladas, “tienen servicios civiles y de policía extensos y organizados”, tienen “técnicas eficientes para recolectar ingresos”, tienen “control sobre la emisión de moneda”, y otras cosas semejantes (Loughlin, 2010, p. 166).

Así pues, como vemos un elemento central en la generación de *potentia* gubernamental, muy relacionado con la anterior, tiene que ver con la relevancia de la información y el conocimiento como insumo de lo que Foucault llamaría “la racionalidad del gobierno”, ejemplificada en el uso de ciertas “técnicas de poder” o de “poder/conocimiento” diseñadas para “observar, monitorear, perfilar y controlar la conducta de individuos situados dentro de un rango de instituciones sociales y económicas como la escuela, la fábrica o la prisión” (Gordon, 1991, p. 3). Foucault sintetiza este tipo de relación entre la sociedad y el Estado mediante la mencionada noción de “gobamentalidad” para referirse a:

1) El ensamblaje de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones y tácticas que permiten esta forma específica y compleja de poder, que tiene por objeto la población, su principal forma de conocimiento la economía política, y su medio técnico esencial los aparatos de seguridad. 2) A la tendencia que, a lo largo de un extenso periodo y en todos los países occidentales, ha llevado a la preeminencia de esta forma de poder, que puede ser llamado gobierno, sobre otras formas (soberanía, disciplina, etc.), resultando, por un lado, en la formación de una serie de aparatos gubernamentales específicos y, en la otra, al desarrollo de un complejo de saberes (*savoirs*). 3) Los procesos, o más bien los resultados de los procesos, mediante los cuales la implementación de la justicia en la Edad Media, se transformó en un Estado administrativo en los siglos XV y XVI, “gobamentalizándose” gradualmente (Foucault, 1991, p. 102).

Para el argumento que quiero desplegar en este capítulo, de la noción de “gobamentalidad” derivan dos elementos que resultan útiles para apreciar las tensiones y, sobre todo, los reforzamientos recíprocos entre el Estado de derecho y el Estado regulador como elementos del régimen regulativo de los órdenes sociales de acceso abierto que veremos en el próximo inciso: la función “policial” (*police*) o el surgimiento del “poder policial” del gobierno⁸⁸ y

⁸⁸ La noción de “poder policial” del gobierno se estableció en relación con el tipo de conocimiento, desarrollado fundamentalmente en Prusia después de la Guerra de los Treinta Años, conocido como *Polizeiwissenschaft* o ciencia de la policía. Sin embargo, el contenido de esta disciplina quizá quede mejor representado por el término en inglés: “*Science of Policy*”, ya que la idea de “*policy*”, aunque la incluye, tiene una connotación más amplia que la vigilancia y protección policial relacionada con la seguridad física y patrimonial de los individuos. Como señala Gordon: “El estado policía es también llamado «estado de prosperidad». La idea de prosperidad u opulencia es el principio que identifica a los ciudadanos con el Esta-

el carácter técnico de los *conocimientos* asociados con el ejercicio de este tipo de poder gubernamental.

III. LOS MODELOS INSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO Y DEL ESTADO REGULADOR COMO ELEMENTOS DEL RÉGIMEN REGULATIVO DE LOS ÓRDENES SOCIALES DE ACCESO ABIERTO (*OPEN ACCESS SOCIAL ORDERS*)

Los autores del libro *Violence and Social Orders. A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History* (North *et al.*, 2009, p. 1) ubican el objeto de su ambicioso trabajo en los siguientes términos:

La tarea de las ciencias sociales es explicar las características del desempeño de las sociedades a lo largo del tiempo, incluido el gran diferencial en bienestar humano y riqueza entre los países ricos y pobres, así como las contrastantes formas de organización política, creencias y estructuras sociales que producen tales diferencias en el desempeño... Dos revoluciones sociales generaron cambios profundos en la forma en la que se organizan las sociedades. El objetivo central de este libro es articular la lógica subyacente a los dos nuevos patrones de organización que llamamos *órdenes sociales*, y explicar cómo las sociedades llevan a cabo la transición de uno a otro.

Para poder entender por qué los rasgos emergentes de las sociedades modernas desarrolladas, como, por ejemplo, desarrollo económico y democracia, están íntimamente vinculados a la segunda revolución, nos interesamos en las fuerzas básicas que subyacen a los patrones de orden social. *Los órdenes sociales se caracterizan por la forma en las que las sociedades moldean las instituciones que soportan formas específicas de organización humana, por la forma en la que las sociedades limitan o facilitan el acceso a esas organizaciones y por los incentivos que crea el patrón de organización...*

En toda la historia de la humanidad sólo han existido tres tipos de orden social. El primero era el orden recolector (*foraging*): pequeños grupos sociales característicos de las sociedades primitivas cuya subsistencia dependía de la caza y la recolección. Nuestro interés se centra en los otros dos órdenes que emergieron en los últimos diez mil años. Los órdenes *limitados* o *de estado natural* emergieron de la primera revolución social. Las relaciones personales, quién es uno y a quién conoce, forma la base de esta organización social y constituye la arena de las interrelaciones individuales, particularmente entre

do. La teoría de la policía comparte con la economía política mercantilista el esfuerzo por incrementar al máximo el contenido de las arcas del Estado. Pero enfatiza que la verdadera base de la riqueza del Estado reside en su población, en la fuerza y productividad de cada ciudadano” (1991, p. 10).

individuos poderosos. Los estados naturales limitan la posibilidad de los individuos de formar organizaciones. En los *órdenes de acceso abierto*, que emergieron de la segunda revolución, las relaciones personales siguen importando, pero *las categorías individuales impersonales, con frecuencia denominadas ciudadanos, interactúan en un amplio abanico de conductas sociales, con independencia del conocimiento de la identidad personal. En las sociedades de acceso abierto, la identidad, que los estados naturales es inherentemente personal, viene a ser definida como un conjunto de atributos impersonales.* La posibilidad de formar organizaciones que soporta una sociedad más amplia queda abierta a cualquiera que cumpla con un conjunto de criterios impersonales mínimos. Ambas sociedades tienen organizaciones públicas y privadas, pero los estados naturales limitan el acceso, mientras que las de acceso abierto no.

La transición de los estados naturales a los órdenes de acceso abierto es la segunda revolución, el surgimiento de la modernidad (énfasis añadido).

La justificación de tan extensa cita reside en que, como señalaba en la introducción, en esta tercera parte del trabajo sostendré, primero, que la integración de los arreglos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador dentro de una Constitución operativa forma un régimen regulativo en el que se incrementa la *potentia* gubernamental, sin sacrificar la *potestas* constitucional. En segundo lugar, sostendré que tal “régimen regulativo” es fundamental dentro de los patrones de organización de los órdenes sociales de acceso abierto o, dicho en otros términos, de las sociedades desarrolladas. Me parece que la justificación de esta afirmación da una respuesta a la hipótesis planteada al principio acerca de las relaciones “positivas” que explican por qué, a pesar de las tensiones que preocupan a la dogmática constitucional, en los países desarrollados se presenta conjuntamente una mayor operación del Estado de derecho y del Estado regulador.

Y lo que desde mi punto de vista es quizá más importante: la integración de estos modelos institucionales (Estado de derecho y Estado regulador) dentro del régimen regulativo de los órdenes sociales de acceso abierto, apunta a una explicación de por qué, paralelamente a las deficiencias técnicas en la implementación de los modelos, en algunos países en los que se han llevado a cabo las “reformas estructurales” conducentes a la implementación del Estado de derecho y del Estado regulador —como México y Argentina— no parecen consolidarse las condiciones de un desarrollo sostenible a largo plazo, mientras que en otros —como Brasil y Chile—, con independencia de los muchos y complejos obstáculos pasados y por venir, los indicadores parecen más favorables.

Una explicación o, más bien, una *parte* de una explicación, que no puedo desarrollar más ampliamente en este contexto pero que, en mi opinión queda esbozada en este trabajo es que, como consecuencia de no contar con constituciones operativas —afirmación que sostengo de manera enfática en

el caso de México—, las reformas “estructurales” que en estos y otros países se han implementado en las últimas décadas no han supuesto cambios significativos en los patrones de organización social. Dicho en otros términos, las llamadas “reformas estructurales” no han sido tales, ya que no han constituido factores de gobernanza *operativos* para el paso de estos países, desde los patrones de organización de los órdenes sociales de acceso limitado, a los patrones de organización de los órdenes sociales de acceso abierto.

1. *Los órdenes sociales de acceso abierto*

Un aspecto central del estudio de North *et al.* al tema de este trabajo tiene que ver con la forma en la que estos autores se aproximan al problema de la organización social. En este orden de ideas, estos autores se proponen dar cuenta del desarrollo de las formas institucionales que sustentan complejas y sofisticadas formas contractuales tanto fuera como dentro del Estado. Estas formas institucionales permiten que los miembros de una organización contractual lleguen a acuerdos respecto de los pre-compromisos fundamentales, sin que necesariamente en todo momento el contenido de estos arreglos sea compatible con sus incentivos particulares (North *et al.*, 2009).⁸⁹ De aquí, sostienen, que las organizaciones de acceso abierto persigan sus fines mediante

⁸⁹ Su aproximación distingue, pues, dos formas de organización: la organización por adhesión (*adherent organization*) y la organización contractual. Así, mientras que las primeras se caracterizan porque la organización no depende de un tercero que respalde los acuerdos internos y la cooperación entre sus miembros debe ser compatible, en todo momento, con los incentivos de los miembros, las segundas, en contraste, utilizan tanto el respaldo de terceros como la cooperación compatible con los incentivos de los miembros. Quizá algún lector encuentre incompatible esta aproximación a las organizaciones estatales y, en particular, a la función de las constituciones con el planteamiento que hice en el primer inciso del constitucionalismo como estrategia de ventaja mutua. Sin embargo, creo que en una mirada más pausada puede apreciarse que no hay tensión entre estas dos aproximaciones. De nuevo, la distinción entre las razones *para* la Constitución y las razones *de la* Constitución es útil. Como he señalado, la perspectiva de la ventaja mutua como explicación del orden social, en general, y de los órdenes constitucionales, en particular, depende de que los agentes relevantes satisfagan sus intereses tanto mediante la coordinación *para* la Constitución como de la coordinación *de* la Constitución (Constitución operativa). Ahora bien, creo que esto no es en ningún sentido incompatible con afirmar, siguiendo a Hobbes, que las constituciones, operativas o no, de hecho, funcionan obligando a los sujetos sometidos a ésta. En este sentido, los precompromisos son rasgos conceptuales de las constituciones —lo que hace que un acuerdo sea, o no, “constitucional”— cuya vinculatoriedad no puede depender, precisamente, de la normatividad constitucional; de aquí que el recurso a la estrategia de la ventaja mutua sea, por un lado, una explicación —creo que la única plausible— de por qué se adoptan constituciones y, por otro, una justificación de por qué son vinculantes los arreglos constitucionales; es decir, la obligación pragmática de estar obligado por mis propios intereses.

instituciones y, en particular, mediante la utilización de reglas formales. Pero lo que es más importante en este contexto, “las instituciones formales sólo pueden controlar la violencia en presencia de organizaciones capaces de imponer las reglas de manera impersonal” (North *et al.*, 2009, p. 16). Cuanto mayor es la sociedad, mayor es el conjunto de agentes que deben organizarse para estas funciones. A partir de aquí, según estos autores, en las ciencias sociales la explicación de cómo se organiza esta “violencia institucionalizada”⁹⁰ ha seguido fundamentalmente dos líneas: por una parte, la mayoría de los científicos sociales, con el destacado ejemplo de Weber, consideran que el Estado —como organización que monopoliza el uso legítimo de la fuerza-violencia— puede ser tratado como un actor individual o una organización de organizaciones. Esto permite amalgamar la identidad del Estado en un único agente y explicar, en términos relativamente simples, cómo se relaciona el Estado con la sociedad, analizando los incentivos y las restricciones, tratando al Estado como “la autoridad”. Por otra parte, otros científicos sociales —entre los que destacan los economistas— han teorizado la organización estatal mediante modelos de “monarcas maximizadores de la riqueza” (*revenue*), como “bandidos estacionarios”, o como “agentes representantes”.

Ahora bien, como señalan los autores, “al pasar por alto que, en realidad, todos los Estados son organizaciones,⁹¹ estas aproximaciones pierden de vista *cómo la relación interna entre las élites dentro de una coalición dominante afecta la forma en la que el Estado interactúa dentro de la sociedad en su conjunto*” (North *et al.*, 2009, p. 17. Énfasis añadido).

Así pues, en contraste con los órdenes de acceso limitado (estados naturales) que realizan las funciones organizacionales mediante una coalición cuyos miembros poseen ciertos privilegios, los órdenes sociales de acceso abierto los muestran en una relación —*virtuous linking*, en términos de los autores— entre la capacidad de las organizaciones gubernamentales para realizar sus objetivos y el carácter abierto de las mismas. Para estos autores, los sistemas

⁹⁰ Como indica el título de su libro, estos autores centran su estudio en las formas en la que los órdenes sociales controlan la violencia social mediante la organización estatal. Sin embargo, como he apuntado en la introducción, las tesis fundamentales de este estudio pueden ampliarse a las formas en las que las organizaciones realizan el conjunto de objetivos relacionados con el bienestar de los individuos —entre los cuales, desde luego, destaca el control de la violencia como condición general del bienestar—. He tratado este tema en Larrañaga (2010). Es, obviamente, bajo este supuesto que me aproximo aquí a esta teoría y, por ello, a la luz del argumento que vengo desarrollando aquí, en adelante ampliaré el alcance de la relación entre los órdenes de acceso abierto y el control de la violencia en la relación entre este tipo de organizaciones y el bienestar de los individuos.

⁹¹ “Las organizaciones consisten en grupos específicos de individuos que persiguen una mezcla de fines individuales y colectivos mediante una conducta parcialmente coordinada” (North *et al.*, 2009, p. 15).

de acceso abierto operan mediante un doble balance o equilibrio que se refuerza los propios sistemas. Este equilibrio complejo tiene lugar básicamente mediante tres componentes, sistémicamente relacionados, en los que se une la acción social y su entorno institucional. La relación de estos elementos con el nexo entre los modelos institucionales del Estado de derecho y el Estado regulador en una Constitución operativa son, en mi opinión, manifiestos; por ello se justifica de nuevo una larga cita:

Primero, los ciudadanos de un orden abierto comparten un sistema de creencias en las que se enfatiza la igualdad, el compartir y la inclusión universal. Para sostener estas creencias, todos los órdenes de acceso abierto tienen instituciones y políticas que distribuyen las ganancias y reducen los riesgos de la participación en el mercado, incluyendo acceso universal a la educación, un amplio rango de programas de seguridad social, una amplia dotación de infraestructura y bienes públicos...

Segundo, los partidos políticos buscan el control en elecciones competidas. Del éxito de los partidos políticos en vigilar a quienes detentan el poder depende de la apertura del acceso a una economía competitiva en la sociedad civil, tanto mediante la provisión de una densa red de instituciones que representan un amplio rango de intereses como mediante la movilización de grupos ampliamente difuminados, ante los eventuales esfuerzos de los grupos de interés por solidificar sus posiciones a través de la captura de rentas, de la limitación de acceso o la coerción.

Tercero, un amplio rango de instituciones y de sistemas de incentivos imponen costos a los partidos en el poder que intenten consolidar sus posiciones mediante la búsqueda sistemática de rentas y la limitación del acceso: la imposición sistemática de rentas conduce al debilitamiento de la economía y a la reducción en los ingresos tributarios...

Una propiedad importante de los órdenes de acceso abierto es la aparente independencia de los sistemas económico y político. En los órdenes de acceso abierto, las organizaciones económicas no tienen que participar en política para mantener sus derechos, para conseguir que se cumplan los contratos o para protegerse de la expropiación; su derecho a existir y a competir depende del mantenimiento de privilegios...

Un rasgo integral del orden de acceso abierto es el crecimiento del gobierno... El extenso espacio de lo compartido en los órdenes abiertos... supone un gobierno amplio. Los bienes públicos relacionados con la educación o la infraestructura conllevan amplios programas, en la misma medida en que son requeridos para proveer de seguridad social, incluyendo el desempleo, la vejez, la pérdida de habilidades o la enfermedad. En consecuencia, en los órdenes abiertos, los gobiernos son más grandes que en los órdenes naturales, y sus acciones y políticas son más complementarias a los mercados (North *et al.*, 2009, p. 111).

Así pues, con independencia de las variaciones históricas y culturales, los órdenes de acceso abierto que se han consolidado en los últimos dos siglos comparten ciertas características organizacionales:

- 1) Un amplio conjunto de creencias compartidas por la población respecto de la inclusión y la equidad de todos los ciudadanos.
- 2) La sociedad civil se compone de un amplio espectro de organizaciones independientes del Estado.
- 3) Se trata de órdenes, típicamente y en su mayor parte, impersonales en su integración y en la definición de quiénes reciben los beneficios de la organización.
- 4) Dada su impersonalidad en la distribución de bienes públicos, en los órdenes de acceso abierto difícilmente se puede manipular los intereses de los individuos relevantes (North *et al.*, 2009, pp. 113 y ss.).

Como he señalado, uno de los propósitos de este trabajo es mostrar que, en las condiciones de gobierno de sociedades contemporáneas —es decir, una sociedad cuya base normativa, insisto, se compone del constitucionalismo, la democracia y el capitalismo—, la operatividad de una Constitución depende del ensamblaje de los rasgos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador. Para ello, como he adelantado, estos elementos componen lo que puede denominarse un “régimen regulativo constitucional”; por ello, antes de finalizar el trabajo apuntando algunas de las funciones de este régimen en los órdenes de acceso abierto, me detendré brevemente a explicar sus elementos.

2. *Elementos del régimen regulativo-constitucional de los órdenes sociales de acceso abierto*

Siguiendo la propuesta de Hugh Collins de aplicar los “lentes de la regulación” a las doctrinas jurídicas (Collins, 2004), Colin Scott (2004) propone una visión del constitucionalismo *desde* la idea muy general de regulación formulada por Julia Black como “la actividad intencional que persigue controlar, ordenar, o influenciar la conducta de otros” (Black, 2002, p. 19).⁹² Atender esta sugerencia en relación no sólo con la noción de gobernanza, sino con los rasgos normativo-institucionales de los órdenes de acceso abierto,

⁹² He analizado algunos de los problemas que este tipo de definiciones amplias de la noción de regulación presentan para la teoría jurídica en Larrañaga (2009), por lo que ahora no me detendré en el tema.

nos coloca, en mi opinión, ante los componentes de los regímenes regulativos constitucionales de los órdenes sociales de acceso abierto. Estos componentes, no parece difícil vislumbrar, están relacionados con factores institucionales asociados con el Estado de derecho y con el Estado regulador.

La literatura acerca de los regímenes regulativos como herramientas heurísticas es amplia. Desde luego, mi propósito aquí no es profundizar en ella, sino simplemente utilizarla como herramienta de exposición de las propiedades de los órdenes de acceso abierto *vis à vis* los arreglos constitucionales. Por ello, para mis objetivos limitados creo que, aunque formulada en otro contexto, la idea de régimen regulativo constitucional queda bien representada por caracterización de los regímenes regulativos como sistemas de control por Hood *et al.* (2001):

Utilizamos el término “régimen” para denotar una geografía institucional compleja, reglas, prácticas e ideas inspiradoras que se asocian con la regulación de un riesgo o peligro en particular. La geografía institucional puede variar en ciertos elementos, como la escala —jurisdicciones internacionales, nacionales o locales—, la integración —agencias únicas que manejan todos los aspectos o sistemas amplios y fragmentados de sistemas que se superponen para el control de aspectos específicos del riesgo en cuestión— y la especialización —desde agencias especializadas en riesgos o peligros específicos hasta agencias multipropósito—. Tres elementos de la aproximación a través de la idea de régimen merecen una breve presentación.

Primero, vemos los regímenes de regulación de riesgos como sistemas. Los vemos como conjuntos de elementos que interactúan o, el menos, que se relacionan y no como un fenómeno abarcado por una “única célula”.

Segundo, vemos la regulación como regímenes integrados por entidades que, al menos hasta cierto punto, tienen continuidad en el tiempo. Desde luego, los sistemas regulatorios rara vez, si es que alguna vez, son completamente estáticos. Los regímenes regulatorios tienen sus momentos de clímax, así como ajustes incrementales y tendencias constantes...

Tercero, al igual que cualquier aproximación sistémica a una organización, los regímenes son sistemas limitados que pueden especificarse en distintos niveles y en distintas profundidades (Hood *et al.*, 2001, p. 9. Énfasis añadido).

En este sentido, vistos como sistemas de control, los regímenes regulativos contienen tres componentes fundamentales: a) alguna forma para obtener y gestionar información; b) procedimientos para establecer estándares, objetivos o metas, y c) instrumentos para modificar la conducta en el sentido requerido por los estándares o metas (Hood *et al.*, pp. 20 y ss.). Como han señalado estos autores, los regímenes regulativos pueden compararse fructíferamente a la luz de estos elementos. Naturalmente, pienso, éste es el caso

de los modelos institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador, como componentes técnicamente especializados de los regímenes regulativos de los órdenes sociales de acceso abierto.

Un análisis pormenorizado de las formas institucionales específicas mediante las cuales el Estado de derecho y el Estado regulador realizan sus funciones como sistemas de control excede el alcance de este trabajo. Sin embargo, para mostrar no sólo los contrastes —que, como señalaba al principio, han ocupado a la dogmática constitucional desde hace tiempo—, sino mostrar su complementariedad desde una perspectiva del constitucionalismo operativo, vale la pena quizá presentar unos ejemplos básicos:

- a) *Obtención y gestión de información.* En relación con este primer elemento de los sistemas de control, quizá el rasgo más contrastante entre el Estado de derecho y el Estado regulador consista en el grado en el que, en el primero, la regulación de la acción pública de acceso y gestión de información respecto de los gobernados se enfoca fundamentalmente en el control de la *potestas* —por ejemplo, mediante procedimientos pautados de control *ex ante* y la garantía judicial de inmunidades de los ciudadanos frente a la acción gubernamental—, mientras que, en el segundo, el eje de la legitimidad pública se desplaza hacia la *potentia* gubernamental —por ejemplo, mediante la integración de funciones de acceso, gestión y protección de información en órganos ejecutivos, con controles *ex post*, en una primera instancia, de carácter administrativo y sólo en casos extraordinarios de carácter jurisdiccional o político. En un plano práctico, este contraste puede apreciarse no sólo en las fórmulas para el acceso y manejo de la información financiera de los individuos y las corporaciones en acciones públicas relacionadas con el control del crimen organizado (narcotráfico, terrorismo, entre otros), sino también en la forma de operar de los órganos de regulación de la competencia económica respecto de información que revela indicios de prácticas anticompetitivas —estrategias comerciales, comunicaciones corporativas, vínculos personales e institucionales con terceros, etcétera—.
- b) *Establecimiento de estándares, objetivos y metas.* En cuanto a este segundo elemento de los sistemas de control, quizá el contraste que más sobresale se refiere, por una parte, al carácter binario de la calificación de las conductas dentro del sistema de control en modelo de Estado de derecho: prohibido/permitido; competencia/incompetencia; tener un derecho/no tener un derecho, y, por otra, al carácter gradual de la conformación de las guías de conducta: razonable/irrazo-

nable; deseable/indeseable; peligroso/seguro. En el plano práctico, esta conformación graduable y contextual de los sistemas de control permite abordar problemas sociales que se presentan dentro de actividades que, en su conjunto, se consideran socialmente valiosas, pero que suponen riesgos de generar resultados negativos o, incluso, catastróficos. Asimismo, proyectadas estas categorías no ya sobre la conducta de los gobernados, sino sobre las expectativas de acción colectiva, el carácter permeable de los estándares, mediante los cuales se imputan exigencias de acción pública, permiten flexibilizar la rígida asignación de competencias constitucionales mediante un sistema en el que prevalece la incumbencia respecto de los fines sociales. En este sentido, por ejemplo, la conformación de estándares, objetivos y metas dentro del modelo del Estado regulador permite que, aunque no se configure una competencia (*potestas*) clara y, en la mayoría de los casos, excluyente —como, por ejemplo, en los sistemas federales—, las instituciones involucradas en un problema social se vean involucradas en la solución del problema, en la medida en la que, con independencia de sus potestades formales, pueden cooperar para su solución. Éste es el caso, por ejemplo, de la provisión de distintos bienes públicos, como la protección ambiental.

- c) *Instrumentos para la modificación de conducta.* Por último, respecto del tercer elemento de los sistemas de control quizá el rasgo más contrastante consista en la utilización, prácticamente exclusiva, por parte del Estado de derecho de las normas jurídicas, por lo general, respaldadas por una sanción negativa como instrumentos de modificación de la conducta, mientras que el modelo de Estado regulador abre el abanico de instrumentos de control a otras herramientas, como la información, la autorregulación, el despliegue de la riqueza pública, etcétera. En el plano práctico, el ensamblaje de estas dos técnicas ha mostrado una sensible potenciación de las capacidades de los gobiernos para modificar intereses adversos bien coordinados y, particularmente, para impulsar dinámicas sociales complejas. Así, por ejemplo, la efectividad de esta combinación de fórmulas de acción pública puede verse en las políticas regulativas de lucha contra la segregación racial o la discriminación sexual o en las políticas de control del consumo del tabaco o alcohol.

En síntesis, la integración de los rasgos normativo-institucionales del Estado de derecho y del Estado regulador en el régimen regulativo de los órdenes sociales de acceso abierto es, al parecer, una condición para la operatividad de los gobiernos constitucionales en las complejas sociedades contemporá-

neas. Esto es así porque, entre otras cosas, este ensamblaje institucional fortalece la *potentia* gubernamental dentro del marco de la *potestas* constitucional. Esto permite que la acción pública haga frente a las asimetrías de información derivadas del cambio institucional y tecnológico, que mantenga de la impersonalidad en la demanda de bienestar (derechos) frente a la acumulación de derechos de propiedad, y que impulse la competencia (sistema abierto de acceso económico) frente a privilegios estructurales, por ejemplo, de clase, género, raza.

En el próximo capítulo, retomando la idea de régimen, veremos algunos de los aspectos organizacionales de los Estados modernos, relativos al criterio contemporáneo de operatividad como regímenes de acceso abierto en su vinculación con la vida material: los derechos económicos.

CAPÍTULO QUINTO

CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS ECONÓMICOS

Este capítulo aborda la de relación interdependencia entre la configuración de aspiraciones y demandas de bienestar que recogemos bajo la noción de derechos económicos y la forma específica de organización de la acción colectiva que, como he tratado de describir en los capítulos anteriores, constituye una concepción operativa del Estado constitucional de derecho.

El trabajo se despliega en cuatro planos que se presentan progresivamente. En el primer plano, se presentan las categorías analíticas a partir de las cuales pueden describirse los nodos centrales de la interrelación entre los estatus jurídicos, la organización de la economía y las funciones de una Constitución económica. En el segundo plano, mediante la noción de regímenes de derechos, se tratan distintas formas históricas de organización estatal con el propósito de satisfacer demandas sociales de naturaleza económica —en ocasiones expresadas en términos de derechos económicos y en otros como movimientos sociales, luchas de clase, etcétera, pero, en todo caso, coincidentes sustancialmente—. En el tercer plano, a partir de la variedad de arreglos institucionales planteada en los regímenes de los derechos económicos en la sección previa, retomando las ideas de *potestas* y *potentia* desarrolladas en el capítulo anterior, se hace una reflexión sobre las condiciones de eficacia de los derechos económicos en los Estados constitucionales contemporáneos. Por último, en el cuarto plano y momento, se hace un brevísimo recorrido por las formas en la que los derechos económicos han interactuado con la organización de Estado mexicano contemporáneo —posterior a la Constitución de 1917—. El trabajo concluye con unas sucintas reflexiones respecto del horizonte de los derechos económicos en ante la situación actual del Estado constitucional mexicano.

Ahora bien, antes de iniciar el despliegue de los temas descritos, conviene apuntar —y, en su caso, recordar— algunas cuestiones preliminares que, en mi opinión, es necesario tener en cuenta para tratar de manera relativamente acotada, pero no trivializada, la relación entre la perspectiva regula-

tiva y las funciones de los derechos económicos dentro del constitucionalismo económico.

En primer lugar, retomando algunas ideas que ya se plantearon en el capítulo tercero, como es bien sabido, los distintos estatus sociales que configuran y son configurados por estatus jurídicos “constituidos”, regulados y limitados por las constituciones económicas y que, en una parte significativa, se expresan mediante derechos subjetivos, determinan, delimitan o, al menos, hacen más o menos posible el acceso a bienes escasos. Por ello, a fuer de incumbir al conjunto de la esfera normativa de las personas, y de determinar, desde luego, las condiciones de su vida material, las constituciones económicas y los derechos “económicos” no tiene un objeto propio desvinculado de otras esferas de la vida social como, por ejemplo, la personalidad, la familia, la ciudadanía, el género, la edad, etcétera.

En este sentido, retomando las distinciones que trace en el capítulo cuarto, para tratar este problema de confusión entre el todo y la parte y, más particularmente, la relación entre los órdenes normativos y la economía a la que pretende circunscribirse este trabajo, por un lado, desde una perspectiva weberiana conviene acotar el ámbito de los derechos económicos a aquéllos vinculados con los procesos de producción y distribución de bienes escasos y, de manera más específica, a la dimensión de poder social expresada en distintas formas de “estructuración social” que determinan el poder económico de distintos agentes sociales; esto es, el poder interpersonal de exclusión sobre el acceso a bienes escasos (Weber, 1984 y Parsons, 1963).

Por otro lado, atendiendo a las distintas formas en las que se estructura el poder social —particularmente, aquellos con dimensión colectiva, como es por antonomasia el Estado—, también parece adecuado delimitar el análisis de las formas de organización económica a aquellas que se refieren a la organización del poder social, centralizado y burocratizado en un territorio determinado; es decir, a las estructuras del Estado constitucional.⁹³ Esto implica, entre otras cosas, dejar a un lado otras estructuras sociales con una inminente vertiente económica, con una mayor o menor vinculación a Estados nacionales como las empresas, organismos internacionales (FMI, Banco Mundial, OCDE, OMC, etcétera), las asociaciones corporativas y gremiales,

⁹³ Naturalmente, es posible definir el Estado —y de manera más particular, identificar las distintas formas de conformación del poder estatal— de distintos modos, dependiendo el propósito con lo que se haga. En este contexto, siguiendo a Michael Mann, me parece que una aproximación sociológica a las fuentes del poder estatal, como una entre otras formas de poder social, es adecuado. De este modo, de manera análoga a lo que, como veremos enseguida, propongo respecto de la identificación de la esfera de los derechos económicos *vis à vis* el derecho económico, se evita confundir el poder estatal con el conjunto de las formas de poder colectivo. Mann (1984).

los sindicatos, los *think tanks*, etcétera,⁹⁴ a los que me referiré en el próximo capítulo al analizar los temas relativos al orden económico global.

Otro tema que, en mi opinión, es conveniente anticipar, es el de la necesidad de ubicar la retórica de los derechos —en particular, de los derechos humanos—, en el devenir de la interacción de las demandas de bienestar económico y la organización de la acción colectiva dirigida a satisfacerlas. En este sentido, si bien en la actualidad el lenguaje de los derechos ha venido a ocupar prácticamente la totalidad del espacio de la justificación del ejercicio y de los límites del poder social, como es bien sabido, esto no ha sido siempre así, y aun en menor medida si cabe respecto del ejercicio del poder económico. Además de configurar normativamente poderes económicos individuales y colectivos mediante formas de reconocimiento o atribución de derechos, los Estados han distribuido y garantizado el acceso a bienes económicos —y, desde luego, de manera central poderes de exclusión en formas de propiedad— a la luz de justificaciones que no sólo desbordan al lenguaje de los derechos, sino que, en ocasiones, parecen incluso entrar en tensión con éste.

Ahora bien, lo más significativo en este contexto es que si bien, en ciertos casos, las adscripciones de ciertos derechos económicos parecen claramente inaceptables en el contexto actual —por lo que podrían denominarse “privilegios” y no propiamente “derechos”—, también es preciso reconocer estos estatus sociales como antecedentes retóricos de los derechos económicos que hoy reconocemos, y también, lo que es aún más importante, de las condiciones de posibilidad histórica (técnico-burocráticas) de las condiciones de su realización. Así pues, parece que desarticular la compleja relación histórica entre las capacidades estatales, el derecho y, de manera más particular, los derechos económicos, implica costos teóricos que no conviene asumir.⁹⁵ Por

⁹⁴ Esta es sólo otra expresión del carácter pervasivo de lo económico en lo social, y cabría decir, en lo humano —y me temo, que algo muy parecido podría decirse de lo estatal—. Si, como veíamos, la dimensión “económica” del derecho es ineludible, lo mismo ocurre con otras dimensiones de lo normativo, como lo político y lo moral. En este sentido, así como los derechos “económicos” especifican elementos del universo jurídico en términos de su relación con los sistemas de producción y distribución de bienes escasos, los Estados constitucionales son sólo algunos de las estructuras sociales que interactúan con tales sistemas. Este tema, como veremos brevemente más adelante, es uno de los grandes asuntos que ha venido a cobrar atención en los procesos de globalización contemporánea, particularmente en relación con lo que ha venido a denominarse la conformación de la gobernanza como paradigma del ejercicio del poder público que, en un sentido muy amplio, puede decirse que pretende reconocer el involucramiento de los distintos agentes que participan en los procesos de orientación de la vida social.

⁹⁵ Ceder ante la tentación de recortar el ámbito de los derechos económicos sólo a aquellos que han sido definidos intencionalmente como tales, por ejemplo, en declaraciones de derechos u otros textos jurídicos al caso, sería un error teórico muy significativo en este contexto,

ello, considero que, una forma adecuada de abordar el tema en este trabajo es, simplemente, tratar de señalar o mostrar el peso relativo de las distintas lógicas de posibilidad, de justificación y de diseño institucional que, a lo largo del tiempo, han ido perfilando la esfera de los derechos económicos, sin generar un recorte teórico. Dicho en otras palabras, si bien a lo largo del tiempo han existido adscripciones de poderes económicos por parte de los Estados en forma de privilegios y de políticas sociales que hoy pueden parecer insuficientes o inaceptables a la luz del paradigma de los derechos humanos, tales “derechos” deben ser tenidos en cuenta si quieren abordarse las formas organizacionales con las que los Estados han creado y delineado sus funciones.

Una tercera cuestión de enfoque pertinente trataría de dar cuenta de dos aproximaciones a los derechos económicos que, aunque no son incompatibles, frecuentemente se presentan de manera inconexa e, incluso, en cierto sentido contrapuesta. Así mientras que, por un lado, en la perspectiva “positiva”, correspondiente típicamente a estudios con una vertiente económica, prevalece una aproximación a los derechos económicos en la que se pretende describir, con pretensión de neutralidad valorativa, su origen y sus funciones a la luz de su incidencia en la generación y transformación de los sistemas económicos (North, 1990 y 2005), por otro lado, en la perspectiva “normativa”, generalmente vinculada a discursos morales, jurídicos y políticos, las cuestiones de justificación de los derechos económicos ocupan el centro de atención obviando la consideración de sus condiciones de factibilidad (Moyn, 2018 y Macpherson, 1985).

La perspectiva regulativa que se adopta en este libro pretende, precisamente, ir más allá de esta dicotomía. En este sentido, creo que la manera de integrar estas perspectivas fundamentales del impacto de la organización estatal respecto del reconocimiento y la materialización de los derechos económicos pasa, por una parte, por enfatizar la dimensión institucional de los arreglos económicos y, por otra parte, por atender a las condiciones sistémicas (políticas, jurídicas, económicas, etcétera), para la realización de las expectativas normativas. En este sentido, si bien es cierto que las realidades económicas no existen de manera natural, sino que son el resultado de la operación de amplísimos tejidos normativo-institucionales, también lo es el hecho de que las demandas de acceso a bienes económicos no son más que veleidades retóricas, si no se acompaña de la consideración minuciosa de

mediante el cual la proyección de nuestras categorías doctrinarias determinaría el objeto de estudio. Se trataría, por decirlo en términos metafóricos, de una instancia del mítico lecho “ajustador” de Procusto, en el cual, como es sabido, se cortaban o alargaban los miembros de quienes se posaban el mismo, para ajustar al huésped a la cama, y no la cama al huésped.

las condiciones en que opera el poder colectivo que las hace posibles. Como he dejado ya apuntado en el capítulo anterior a propósito de la distinción entre las formas de poder constitucional que retomaremos más adelante, se requiere reconocer que, al igual que cualquier otro derecho subjetivo —pero quizá de manera más evidente que en otros casos— los derechos económicos dependen de la articulación de un amplio, nutrido y complejo sistema institucional y organizacional dirigido no sólo al control del poder público, sino fundamentalmente a *crear* poder público que hace posible la generación de bienes económicos.

Para simplificar, limitándonos a las perspectivas que acabo de señalar, podría decirse que se trata, en todo caso, de distintas esferas institucionales (derecho, política, economía, etcétera) que no sólo no deben mantenerse separadas, sino que mediante una “intersección funcional” —por decirlo de algún modo— generan tanto la orientación de la actividad económica, como la verificación de las condiciones de materialización de los derechos. Así, como hemos visto, por la vía híbrida del constitucionalismo operativo que hace depender la validez y la facticidad —es decir, su legitimación en términos de bienestar—, la tensión entre las demandas sociales (validez) y la capacidad de la acción estatal para satisfacerlas (facticidad) será, de nuevo, el hilo conductor de este capítulo.

Como última cuestión de encuadre del discurso de los derechos económicos no quisiera dejar de apuntar que, si bien, desde cualquier concepción positivista de los derechos económicos se requiere de una formulación normativa y de garantías institucionales como, por ejemplo, garantías jurisdiccionales, desde una concepción operativa del constitucionalismo la “vigencia” de los derechos depende, ante todo, de capacidades públicas técnico-administrativas —como los sistemas tributarios y regulatorios—, de políticas públicas eficaces y de organizaciones que generen crecimiento económico —infraestructuras, políticas industriales, I+D, protección a los consumidores, políticas medioambientales, etcétera—, que superan, en mucho, el espacio del Estado. Los entramados institucionales que hacen posibles los derechos económicos son enormemente complejos, y las organizaciones estatales, aunque centrales, no agotan desde luego las herramientas y palancas necesarias para su procuración. Las distintas capacidades estatales (regulatorias, financieras, comunicativas, entre otras) comparten necesariamente la tarea de protección de los derechos económicos con los tejidos productivos y la organización de la sociedad civil (empresas, universidades y centros de investigación). Aunque en las próximas páginas me circunscribiré a tratar la dimensión constitucional de los derechos económicos, ello no equivale a dejar de reconocer que una visión legalista de las condiciones de realización éstos.

Sería, desde luego, un grave error ideológico, simplificador, tan grave como el que cometerían quienes creyeran que los hipotéticos equilibrios de mercado son la única o la mejor respuesta a una cuestión tan fundamental. En este capítulo nos centraremos en un elemento central del complejo sistema organizacional que genera las condiciones de realización de los derechos económicos, pero, como ha quedado claro, espero, en a lo largo de los capítulos precedentes, siempre con la conciencia de que se trata de una limitación del análisis, no del problema.

I. ECONOMÍA, DERECHO Y ESTADO

La aproximación que propongo al complejo problema del lugar de los derechos económicos en el Estado constitucional utiliza un marco de referencia compuesto por tres elementos. En el primero, se visualiza el impacto en la organización de la vida económica del derecho económico por antonomasia: el derecho de propiedad. En el segundo, se enfoca la cuestión de la legitimidad de los arreglos económicos y, en particular, de los resultados de su funcionamiento. Por último, en el tercero se postula la herramienta de sistematización de la experiencia histórica de la interrelación entre la organización del Estado y los derechos económicos: la idea de régimen estatal de los derechos económicos.

1. *La dimensión estructuradora del derecho de propiedad*

Charles E. Lindblom inicia uno de sus libros más influyentes, *Politics and Markets. The World's Political-Economic Systems*, con una afirmación que vale la pena citar *in extenso*, pues contiene el núcleo del tema que se abordará en este apartado:

Al lado de la diferencia entre gobiernos despóticos y libertarios, la mayor distinción entre un gobierno y otro es el grado en el que el mercado reemplaza al gobierno o el gobierno reemplaza al mercado. Tanto Adam Smith como Karl Marx lo sabían. Por ello, ciertas cuestiones acerca de la relación gobierno-mercado están en el centro tanto de la ciencia política como de la economía, no en menor medida para los sistemas de planeación que para los sistemas de mercado (Lindblom, 1977, p. ix).

Desde luego, esta cita es rica en implicaciones. Pero, respecto del tema que nos ocupa, quizá la cuestión más significativa reside en preguntarse con base en qué elemento es posible establecer una analogía en posiciones ideo-

lógicas tan antagónicas como el liberalismo y el socialismo (o comunismo). La respuesta parece inequívoca: el papel de los derechos de propiedad como estructuradores de las relaciones económicas.

En mi opinión, no existe ningún orden social (político, religioso, cultural, etcétera) que se perfile en virtud de una categoría ordenadora tan indiscutible como la del orden económico, y que, por otra parte, tal categoría impregne de manera tan profunda los demás órdenes de la vida. Por ello, como apuntaba en la introducción, sin necesidad de asumir una perspectiva marxista de la transformación de la vida material y su impacto en el conjunto del orden social (materialismo histórico), me parece indiscutible que el contenido y los límites de los derechos de propiedad definen los distintos tipos históricos de sociedad; desde las civilizaciones agrícolas derivadas del sedentarismo hasta el capitalismo digital.⁹⁶ Desde esta perspectiva, retomando la noción de estructuras de los cotidiano” posibilidad de “apropiarse” de la tierra y sus productos —esto es, el poder para excluir a otros del acceso a el bien en cuestión, con respaldo normativo y autoritativo— no tiene efectos sociales muy distintos a aquéllos derivados de la posibilidad de excluir a otros del acceso a la información contenida en la *World Wide Web*.⁹⁷

Ahora bien, como hemos visto, la capacidad ordenadora de la vida económica que tienen los derechos de propiedad no penetra en el orden económico de manera autónoma, sino que depende de que los bienes tengan un elemento que, por decirlo de algún modo, determina su “dinámica” dentro del sistema económico: la noción de mercancía. Así, como veíamos, en contraposición con otras formas de acceso a bienes —como, por ejemplo, la fuerza o la asignación autoritativa— la prevalencia del intercambio de mercancías define el espacio relativo de los mercados, frente a otras formas alternativas de asignación de bienes escasos (el mérito, la necesidad, el grupo, etcétera).⁹⁸

⁹⁶ De hecho, el papel de la propiedad es tan central en la configuración de la vida social que no sólo marca las formas de vida históricas, sino también es un elemento constante en la construcción de utopías.

⁹⁷ Una sucinta apreciación de este problema se encuentra en el artículo de C. B. Macpherson, “Human Rights as Property Rights”, Macpherson (1988, pp. 76-91).

⁹⁸ Aunque no es este el contexto en el que deba extenderme en las implicaciones teóricas y prácticas que ya hemos tratado antes, creo que no debo dejar pasar la pertinencia de recordar el orden en el que se entiende la relación conceptual y normativa entre mercancía y mercado; particularmente contextos en los que bien por déficits teóricos bien por preferencias ideológicas, se presupone algún tipo de impulso “natural” para la existencia de mercados; este es, por ejemplo, el presupuesto de la distinción de Mancur Olson entre “mercados ideados socialmente” (*socially contrived markets*) y “mercados autoimpuestos” (*self-enforcing markets*) (Olson, 2000).

2. Esferas institucionales y bienestar

Las consideraciones anteriores sirven de algo más que de una mera referencia interna, en la medida en la que permiten mostrar que el carácter de la noción de mercancía, y, por tanto, de mercado, tiene el mismo carácter normativo que arreglos institucionales relativos a cualquier esfera de la vida social —incluidos los derechos, por cierto—. No hay nada en la forma en que las sociedades se organizan económicamente, distinto de la forma en que lo hacen, por ejemplo, en el ámbito de lo político: no hay nada más “natural” en los órdenes constitucionales o en las democracias que, por ejemplo, en los mercados; no hay nada más “natural” en los privilegios que en los derechos. Se trata, en todo caso, de principios para la distribución de poder político y del poder económico cuya legitimidad dependerá de robustos y complejos sistemas institucionales.

En este orden de ideas, como hemos visto en el capítulo cuarto, así como estamos habituados a delimitar el espacio justificativo de una democracia dentro de los confines del ejercicio de autonomía y la esfera de indecidible, no debería resultar controvertido delimitar el dominio legítimo del mercado dentro de los umbrales de los intereses —que no son, bien entendido, más que otra expresión de la autonomía— y la esfera de lo inalienable. Por ello, como he apuntado ya, la pregunta de en qué condiciones —o dentro de qué límites— es legítimo un orden político, no es sustancialmente otra que la pregunta en qué condiciones —o dentro de qué límites— es legítimo un orden económico. Las respuestas no son sencillas, pero las preguntas no son en absoluto impertinentes; se trataría, en todo caso, de analizar las condiciones específicas en las que se despliega el orden material.

Como se recordará, la primera dimensión institucional de los arreglos económicos tiene un carácter constitutivo de las relaciones o procesos económicos. Se trata, como veíamos antes en relación con las nociones de mercancía, intercambio y mercado, de establecer los elementos institucionales de una forma de gestionar los problemas económicos básicos de producción y distribución. En este sentido, si, por ejemplo, se quiere *establecer* un mercado respecto de un bien económico, es necesario reconocer los derechos de propiedad y las libertades y garantías —condiciones para la persecución de los intereses individuales— necesarias para el intercambio de tal mercancía —es decir, establecer las condiciones de operación de principio *quid pro quo*—. Pero si, por el contrario, respecto del mismo u otro bien, se desea que no se establezca un mercado —por ejemplo, resolver los problemas de producción del mismo como un bien público—, entonces deberá establecer un régimen de

propiedad pública, en ocasiones, con garantías de inalienabilidad, así como reglas y procedimientos de producción y distribución distintas del intercambio como pueden ser, por ejemplo, por un lado el sistema tributario —la cooperación forzosa de los individuos en la producción— y, por otro, condiciones de acceso no restringidas mediante el intercambio; como la universalidad, la necesidad o el mérito. Dicho de manera más concreta: la primera variable institucional de la organización económica se refiere a la decisión operativa de las instituciones en cuestión.

Ahora bien, naturalmente, las preguntas anteriores no se pueden formular ni, desde luego, se deben intentar responder de manera descontextualizada. Por el contrario, se plantean con un trasfondo de compromisos normativos y demandas sociales reales —reclamos urgentes y movimientos sociales vigorosos, en no pocos casos— que deben ser atendidos, si se quiere dar una respuesta no sólo legítima, sino también políticamente viable. Así, por ejemplo, la necesidad histórica de atender colectivamente el problema de producción y distribución de educación y salud, así como la asistencia y la seguridad social, no es explicable sin tener en cuenta las demandas y disrupciones sociales generadas por la revolución industrial en el siglo XIX que, al tiempo que requerían de una fuerza labora mejor formada y más productiva había roto o, al menos, había deteriorado las estructuras tradicionales de soporte comunitario, como la familia o las asociaciones religiosas. En este sentido, las estructuras normativas y organizativas generadas por el Estado decimonónico europeo para prestar servicios salud y la educación con carácter público, no son sólo —quizá, ni siquiera, prevalentemente— producto de la ideología revolucionaria, sino respuesta a condiciones de viabilidad del orden público en una sociedad industrial. Dicho brevemente, una segunda variable institucional es el referido a la viabilidad y estabilidad de los sistemas económicos en sus contextos histórico-sociales.

Si bien es cierto que las circunstancias imponen restricciones a las deliberaciones y decisiones colectivas respecto de la organización económica de las funciones del Estado, también lo es que, raramente, “las restricciones” determinan una y sólo una respuesta posible, deseable o, incluso, correcta. Las visiones del mundo y, en particular, las visiones respecto de qué mundos son posibles y viables, siempre tienen algún peso —y, con frecuencia, mucho peso— respecto de las decisiones colectivas de organización económica. Dicho en otras palabras —palabras que, por otro lado, quizá no agradarán a muchos economistas—, en materia de economía política no hay respuestas con carácter exclusivamente técnico, sino que las soluciones “adecuadas” dependen de valores y preferencias ideológicas con derivadas posiciones po-

líticas, morales, religiosas, etcétera. Y esto no solamente no es indeseable, sino que no puede ser de otro modo.

En qué medida ciertos bienes, como la seguridad, los servicios básicos de salud o educación, la protección del patrimonio natural o cultural, la vivienda, entre otros, deben ser tratados como mercancías o, por el contrario, como derechos fundamentales o humanos son, desde esta perspectiva, preguntas que se refieren precisamente a cómo resolver *mejor* el problema de la producción y distribución dentro de un orden económico. De ahí que, a la luz de la organización de la capacidad pública requerida para ello —la organización del Estado y del gobierno—, su respuesta tenga prioridad conceptual frente a la cuestión de si el acceso a un determinado bien o servicio debe o no configurarse un derecho. En este orden de ideas, como he señalado repetidamente, como elemento de la vida material, una característica de la esfera de los derechos económicos es que se desplaza constantemente entre los espacios de la legitimidad y la factibilidad.

3. La noción de régimen como herramienta de sistematización

Tomado en cuenta lo dicho hasta ahora, para cerrar el planteamiento teórico perfilado en esta sección, en este inciso quisiera presentar la noción de régimen como herramienta de sistematización de las distintas formas en las que se ha expresado históricamente la relación funcional entre los derechos económicos y la organización del Estado moderno. Quisiera también, sin embargo, hacer algunas aclaraciones previas.

Hablo de “régimenes” y no de “modelos” —o, como en otras ocasiones se dice, de “paradigmas”—, porque mi propósito no es hacer una descripción idealizada o teórica de cómo deberían establecerse o cómo podrían articularse las relaciones entre los derechos económicos y el Estado desde una perspectiva teórica o prescriptiva. En contraste con las categorías anteriores, la idea de régimen pretende dar cuenta de la composición de entramados compuestos de elementos heterogéneos (doctrinas, tecnologías disponibles, necesidades sociales, recursos económicos y humanos, etcétera) que de manera más o menos completa y coherente, se han “materializado” en formas y organizaciones gubernamentales concretas (políticas públicas, asignaciones presupuestales, burocracias especializadas, infraestructuras materiales, entre otras), mediante las cuales, de hecho, en diferentes momentos y circunstancias históricos los Estados han dado respuestas organizacionales a las aspiraciones o demandas de derechos económicos. Naturalmente, al igual que en

el caso de los modelos —y, desde luego, de los paradigmas— hablar de regímenes también implica un cierto grado de abstracción, necesaria, por cierto, por razones de representación y sistematización, aunque, como es el caso, no se tengan propósitos de exhaustividad.

Tomando esta aclaración en cuenta, como he apuntado ya, en sentido estricto existirían regímenes de organización estatal a la luz de los derechos económicos —y no sólo económicos, desde luego, sino de cualquier derecho individual o colectivo— como arreglos institucionales existan, hayan existido o puedan existir, con impacto —intencional o no— en las condiciones materiales de vida de las personas. Desde luego, se trata de un número, si no infinito, sí inabarcable. Por ello, hablar de un cierto número de regímenes supone asumir un cierto grado de consenso “doctrinal” sobre un número limitado de variables descriptivas que se observan desplegadas sobre un número limitado de casos.

En este orden de ideas, en la medida que la noción de régimen trata de dar cuenta de la realidad como es, o como ha sido, y no de cómo debería ser, como debió haber sido o como podría llegar a ser ineludiblemente la idea de régimen, por un lado, se compone de elementos heterogéneos que nunca se presentan en condiciones “ideales”⁹⁹ y, por otro, es incompatible con la idea de “pureza”. Todas las instancias históricas en las que se ha desplegado algún régimen, aun en sus formas más robustas, lo ha hecho de manera parcial, híbrida y “contaminada” por elementos de otros regímenes, bien como consecuencia del carácter histórico y de la inevitable *path dependance* del desarrollo de las instituciones, bien como reflejo de la presencia de pluralismo social, político, cultural, etcétera. En otras palabras, no existe, ni ha existido, un Estado “liberal”, ni uno “socialista”, ni otro de “bienestar”, en el cual se hayan presentado sólo y exclusivamente una serie específica de rasgos, y en los que no haya elementos distintos a su carácter dominante. Si, en un momento determinado, optamos por calificar una cierta forma de organización del Estado como, por ejemplo, “Estado regulador” o como “Estado constitucional”, es porque se puede verificar la presencia o, incluso, el predominio de ciertos elementos mientras que otros, por decirlo mediante una metáfora biológica, adoptan un carácter “recesivo”, pero sin que desaparezcan del sistema, del entorno institucional ni, mucho menos, de la cultura político-económica.

⁹⁹ Como es bien sabido, las ideologías no suelen ser coherentes y, frecuentemente, están preñadas de contradicciones; las normas no sujetan indefectiblemente la acción de sus destinatarios, ni de los individuos ni tampoco en mayor medida de las autoridades; la información, siempre imperfecta, es a menudo sesgada. A pesar de nuestra obstinación, la vida social y, desde luego, la acción pública no son contextos para hablar de “condiciones ideales”, de “mecanismos simples” o de “ordenaciones determinantes”.

Tomado en cuenta lo anterior, creo que podemos perfilar una noción “régimen constitucional de los derechos económicos” a partir de tres elementos constitutivos de las distintas formas de intervención en la vida material por medio de la configuración de derechos: a) las ideas o ideologías que orientan la acción colectiva; b) las instituciones y organizaciones que conducen la acción pública, y c) las técnicas y herramientas administrativas mediante las cuales se ejecuta la acción pública estatal.

a) En cuanto a las ideologías, es importante recordar que nuestras decisiones ineludiblemente dependen de nuestras ideas, y con frecuencia, cuanto más simples son mayor capacidad de influir tienen.¹⁰⁰ En el caso de las organizaciones e instituciones, las cosas no son distintas; la cuestión, como en todos los casos, es un tema de reconocimiento, control y, en su caso, corrección de los presupuestos ideológicos.

El problema del reconocimiento de la influencia de las ideologías en la orientación de la acción pública se presenta, precisamente, porque las ideologías son tales: es decir, son concepciones del mundo que se integran por sistemas de ideas que se apoyan y refuerzan recíprocamente, obteniendo real o aparente coherencia y, de ahí, una capacidad de persuasión respecto de la cual no es sencillo tomar distancia. Cuando una ideología es hegemónica, alcanza lo que podría llamarse un equilibrio, que impone en quienes pretendan cuestionarla, el costo de persuadir a quienes se benefician de tal equilibrio. En este sentido, la corrección de los presupuestos ideológicos rara vez tiene lugar como tal: es decir, rara vez tiene lugar un “cambio de opinión”, sino lo que se da, en la mayoría de los casos, es simplemente la incapacidad de sostener un determinado equilibrio, sin hacer concesiones más o menos significativas a respecto de cuerpos ideológicos alternativos.

La reflexión anterior sería improcedente en este contexto si no reforzara una cuestión que he apuntado antes, y que me parece crítica para el entendimiento cabal de los regímenes de los derechos económicos: las ideologías marcan el carácter de un régimen, pero nunca llegan a determinar, al menos no de manera estable, la totalidad de su identidad. Por poco plural que sea una organización, siempre habrá elementos teóricos y funcionales heterogéneos que, desde luego, generan tensiones, pero también dan viabilidad práctica a los regímenes y, a menudo, la simiente de su transformación.

¹⁰⁰ Como señalaera lúcidamente el economista británico John Maynard Keynes, “los hombres prácticos, que se creen exentos por completo de cualquier influencia intelectual, son generalmente esclavos de algún economista difunto... tarde o temprano, son las ideas y no los intereses creados, las que presentan peligros, tanto para bien como para mal” (Keynes, 2003, p. 358).

b) En lo que respecta a las instituciones y organizaciones que componen los regímenes constitucionales de los derechos económicos, hemos visto reiteradamente que las organizaciones prototípicas de la acción colectiva en el Estado moderno suelen recogerse en la idea de gobierno, mientras que las instituciones suelen coincidir con el espacio compartido por el derecho público y por las políticas públicas, y que es ocupado por la actividad gubernamental o de las administraciones públicas.

Los órganos legislativos y regulatorios y, en menor medida, ciertos órganos jurisdiccionales, son instituciones y organizaciones que ordenan las prerrogativas públicas en la dirección prescrita, pero las administraciones públicas son, por antonomasia, las vías organizacionales mediante las cuales los Estados modernos proveen las condiciones de realización de los derechos económicos (por ejemplo, construyen carreteras, puentes, presas, sistemas de distribución eléctrica, viviendas, etcétera). Estas organizaciones actúan mediante objetivos definidos en programas, planes, estrategias, etcétera, que se concretan, en la vertiente jurídica, en regulaciones contenidas en leyes, reglamentos, actos administrativos, entre otros, y en la vertiente de las políticas públicas, en el establecimiento de metas y prioridades, en el diseño de mecanismos de ejecución, en despliegue del gasto público.

c) Otro nivel en el que se manifiestan diferencias entre los regímenes constitucionales de los derechos económicos es el de las técnicas e instrumentos de acción pública. Las condiciones generales de las economías varían como consecuencia, por ejemplo, de la disposición de insumos naturales, tecnológicos, mientras que, por otro, en distintas geografías y en distintos momentos los gobiernos (las burocracias) despliegan niveles muy distintos de capacidad operativa; los niveles de corrupción y los grados de aceptación popular modifican significativamente el potencial de incidencia de las políticas públicas. Estos factores, entre otros, explican por qué algunos gobiernos adoptan, de manera sistemática o estratégica, cierto tipo de “paquetería” de herramientas basadas en distintas combinaciones de prescripciones y sanciones, gasto público, persuasión, información, que concretan, en grano fino, los distintos regímenes de los derechos económicos.¹⁰¹ Y estas diferencias de detalle son

¹⁰¹ Dado el objetivo de sistematización transversal de los regímenes de los derechos económicos que pretendo plantear en el próximo inciso, no voy a hacer una distinción entre regímenes de derechos específicos. No obstante, es importante tener en cuenta que un análisis a detalle de la relación entre derechos económicos específico y la respectiva organización estatal requeriría no sólo sistematizar distintos regímenes sino distinguir entre los regímenes particulares. Desde luego, un Estado puede, y debe, responder mediante distintas herramientas a los retos impuestos por distintos derechos. Creo que resulta obvio que no se puede enfrentar de la misma manera el derecho a la seguridad social y el derecho a la alimentación o a la salud

muy importantes pues, al final del día, son éstas las que determinan en muy buena medida el grado de protección de los derechos económicos. No son los andamiajes institucionales más o menos “correctos” en su concepción, sino la medida en las que estos pueden incidir en las circunstancias específicas y concretas lo que modifica las condiciones de vida de las personas.¹⁰²

física y mental. Es muy probable que en el primer caso, como ocurre en prácticamente todos los países que cuentan con sistemas de seguridad social robustos, exista una combinación de herramientas propias liberales, de bienestar y regulador que veremos en el próximo inciso, mientras que en el caso de la alimentación, por ejemplo, se presentan estrategias asistenciales características del régimen del Estado constitucional. En este sentido, como he apuntado ya, creo que lo más significativo que no debemos perder de vista es que la taxonomía de regímenes tiene propósitos orientadores, pero no descriptiva en sentido estricto.

¹⁰² Como veíamos en el capítulo cuarto respecto de las formas de concreción del principio de interés general y en el capítulo anterior a propósito de la noción de “gobernamentalidad”, este tipo de cuestiones nos referimos cuando, por ejemplo, en la comparación de los sistemas de protección del derecho al trabajo y al ingreso, nos preguntamos por qué en Francia predominan mercados laborales rígidos (con altos costes de despido) y con suelos altos (salarios mínimos relativamente altos) y respaldados amplios a los trabajadores en condiciones adversas (seguros de desempleo robustos), mientras que en Estados Unidos los mercados laborales son sustancialmente más flexibles (bajos costos de despido), los salarios bajos (especialmente para trabajos poco calificados) y las protecciones a los trabajadores mucho menores (para muchos empleos, prácticamente inexistentes, como ocurre en la mayoría de los empleos de tiempo parcial). Desde luego, detrás de estas diferencias hay posiciones ideológicas contrapuestas, pero también elementos objetivos como son el desarrollo de los distintos mercados laborales (industriales, de servicios, etcétera), los patrones de crecimiento de la demanda y la oferta laboral en distintos sectores (con distintos pesos específicos, por ejemplo, de los empleos públicos), la capacidad de los gobiernos (centralizado, en el caso de Francia, y fuertemente descentralizado —federal— en el caso de Estados Unidos) para intervenir en los mercados laborales sectoriales y locales.

Qué duda cabe que la protección de la estabilidad laboral, la existencia de salarios mínimos dignos y la provisión de medios para atemperar las consecuencias del desempleo son componentes de la garantía del derecho al trabajo y al ingreso. No obstante, también es necesario atender al hecho de que un paro estructural alto constituye una vulneración del derecho al trabajo y al ingreso remunerado, como resultado de la propia actividad individual —de hecho, el derecho al trabajo sólo lo ejercen quienes tienen trabajo—; que la rigidez de mercados laborales, particularmente en tiempos de cambios tecnológicos acelerados, genera segregaciones laborales y, consecuentemente, estratificaciones salariales importantes; que los empleos públicos son una forma estabilizar y contener fracturas sociales, pero si no se cuenta con finanzas públicas sanas, puede contribuir a debilitar la capacidad adquisitiva del salario como efecto del déficit público en la inflación.

Las cuestiones anteriores no admiten una respuesta unívoca ni, desde luego, se desvanecen mediante de la manifestación de credos o programas ideológicos. Se requiere, como veíamos en el capítulo anterior, del despliegue de capacidades públicas que pocos estados han logrado desarrollar con el nivel, la estabilidad y el vigor suficiente para establecer lo que podríamos considerar estándares de capacidad estatal adecuados de cumplimiento de los derechos económicos.

II. REGÍMENES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS

Utilizando el andamiaje conceptual que acabo de exponer, en este inciso presentaré una taxonomía de los regímenes de los derechos económicos mediante la cual quiero exponer la variedad y complejidad de la relación entre éstos y la organización del Estado moderno. En este sentido, teniendo en cuenta las reservas formuladas respecto del carácter reconstitutivo, alcance y la ineludible heterogeneidad, presentaré cinco regímenes que, en mi opinión, cubren las principales formas en las que se ha organizado sistemáticamente la intervención estatal en la vida social —particularmente, en la vida económica— con el propósito, explícito o implícito, de satisfacer derechos económicos. Al final, cerraré este inciso con un conjunto de reflexiones en torno a las condiciones generales de operación efectiva de cualquier régimen estatal de protección de derechos económicos.

1. *El régimen de los derechos económicos en el Estado liberal*

De los regímenes que describiré en este inciso, quizá el correspondiente al Estado liberal sea el más difícil de perfilar. Y ello no se debe a que el Estado liberal no tenga rasgos característicos propios sino, por el contrario, porque sus rasgos están presentes, por adopción o por oposición, en los demás regímenes estatales modernos. Por decirlo brevemente: el Estado liberal es, en sus rasgos generales, el modelo normativo de la organización del Estado moderno.

Lo anterior supone que los otros “regímenes” estatales que describiremos se pueden definir como modificaciones o mutaciones del Estado liberal en alguna o varias de sus dimensiones. Esto es así porque los presupuestos del liberalismo político y económico coinciden, precisamente, con aquéllos de lo que conocemos como modernidad. Si nos detenemos, por ejemplo, en la ideología secular que caracteriza al liberalismo, veremos que se trata de un aspecto que no puede desvincularse de los profundos desplazamientos “tectónicos” que dieron lugar a una transformación política y económica que arranca, al menos, en el siglo XIII para madurar en el siglo XVI, y que es una precondition del pensamiento científico, de la tolerancia religiosa, del surgimiento de la burguesía, de la revalorización de la acumulación, que caracterizan a la sociedad moderna. En este sentido, mediante el desplazamiento de las formas trascendentes de legitimación (política, moral, económi-

ca), los elementos anteriores conducen a que sean los individuos —sus ideas, su dignidad, sus intereses— los que se coloquen como piedra angular de la legitimidad del orden social. El liberalismo, en este sentido, difícilmente puede distinguirse de la modernidad y, a su vez, la modernidad, en su dimensión normativa, involucra de maneras complejas formas de organización que identifican al liberalismo, pero también lo desbordan y lo cuestionan, generando otras corrientes de pensamiento.

Las consideraciones anteriores, por una parte, explican porque al tiempo que puede decirse que el constitucionalismo, la democracia y el capitalismo son la base normativa tanto del liberalismo como de la modernidad, también se puede sostener de manera enfática que no sólo es posible entender estos órdenes institucionales “en clave” liberal y, por otra parte, en este mismo orden de ideas, nos permiten justificar porque, cuando oponemos el liberalismo a otras corrientes de ordenación estatal —como, por ejemplo, el socialismo o el Estado desarrollista o, incluso, el neoliberalismo—, los criterios de comparación tienen matriz liberal; es decir, porque los comparamos precisamente a la luz de sus respectivas concepciones de los derechos, de la democracia y del capitalismo.¹⁰³

Ahora bien, en lo que respecta específicamente a los derechos económicos, creo que con los propósitos de este trabajo en mente podemos delinear el régimen liberal considerando el individualismo como ideología subyacente; la propiedad privada como elemento eje de configuración de las libertades económicas¹⁰⁴ y la legislación como herramienta prototípica de acción gubernamental.

A estas alturas, seguramente no sorprenderá a nadie que diga que el individualismo es una categoría compleja en la teoría social; que sus raíces y

¹⁰³ El lector atento habrá notado que he desplazado mi argumento desde el constitucionalismo hacia los derechos. Aunque la base normativa de la modernidad se integra por los órdenes normativos que conocemos como constitucionalismo, democracia y capitalismo, y el constitucionalismo, a su vez, se compone de elementos institucionales como la supremacía constitucional, la división de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales o humanos —entre los cuales, por cierto, a diferencia de los primeros, el último no es un elemento definitorio— por razones obvias, para los efectos de este trabajo pasaré por alto esta distinción muy importante en otros contextos, y me centraré sólo en la parte, no en el todo.

¹⁰⁴ Seguramente, el lector atento también habrá detectado aquí un giro desde los derechos hacia las libertades. Desde luego, esta simplificación no es obvia, ni tampoco necesaria: el derecho de propiedad, como otros muchos, incluye un haz de relaciones normativas que no se limitan a la noción de libertad. Pero también es cierto, desde luego, que para una ideología liberal la idea de la propiedad es indisociable de la idea libertad económica, la distancia entre liberales y libertarios reside en los distintos grados de intervención legítima en ese ámbito de libertad, pero, desde luego, no hay liberalismo sin libertad económica. Por ello, como veremos enseguida, en este contexto concreto el giro acarrea una economía discursiva recomendable.

sus implicaciones son muy profundas, distintas y significativas al momento de perfilar al liberalismo (Hayek, 1973 y 1980). Y que, por ello, para perfilar el régimen liberal de los derechos económicos dentro del espacio de este trabajo, es recomendable limitarnos a una idea un tanto rudimentaria de la noción pero que, sin embargo, recoge el *quid* del asunto en este contexto: el individualismo como ideología implica, al menos, tres supuestos: en primer lugar, en cuanto a la ontología social, sostiene que las únicas entidades que establecen relaciones sociales son, precisamente, los individuos; por lo tanto, las acciones y los procesos sociales sólo se pueden explicar en términos de conductas individuales —desagregadas o agregadas—. En segundo lugar, en cuanto a la epistemología social, sostiene que la única fuente de conocimiento son las razones, las pasiones, las opiniones, hábitos, etcétera, de los individuos. Por último, en tercer lugar, en lo que respecta a la axiología social (normatividad), por un lado, la autonomía individual es la única fuente legítima de obligaciones y, por otro, el bienestar de los individuos el criterio último de legitimidad de los poderes normativos heterónomos.

En su conjunto, y por separado, estos supuestos individualistas acarrear profundas implicaciones en nuestra concepción de los derechos subjetivos¹⁰⁵ y, desde luego, de los derechos humanos; pero, en lo que respecta a la organización del Estado, creo que podemos recoger su principal significación poniéndolos en relación con los otros dos elementos del régimen liberal: el derecho de propiedad privada como elemento estructurador del orden económico —al que ya me he referido antes—, y la legislación y la división de poderes como herramientas institucionales de un orden económico liberal.

Para el régimen liberal, la consagración del derecho de propiedad privada es, ante todo, el reconocimiento de un poder del individuo oponible a terceros —particularmente, a la autoridad—, mediante el cual se crea una esfera de autonomía donde éste puede decidir libremente sobre los mejores medios para alcanzar los fines hacia los que lo orienten por sus intereses, sus pasiones, sus hábitos, etcétera. Así, la propiedad privada se perfila fundamentalmente como una inmunidad; es decir, como un espacio de no interferencia en el poder de los individuos para disponer de los bienes económicos y de sus frutos. Pero, lo que es más importante, esta esfera de libertad

¹⁰⁵ De hecho, en mi opinión, no es posible hablar de derechos en el sentido moderno sin tener estos supuestos individualistas como marco de referencia. Creo que una diferencia que no debe perderse de vista es que, a diferencia de los privilegios y las prerrogativas, que pueden corresponder a clases o estatus, los derechos, en última instancia, siempre individuales. Si hablamos de derechos colectivos es, de modo elíptico, para referirnos a los derechos de individuos que pertenecen a un grupo, y respecto de los cuales, la pertenencia tal grupo es un factor significativo respecto, por ejemplo, del reconocimiento o las condiciones de ejercicio del derecho individual en cuestión.

“empodera” al individuo para utilizar tales bienes económicos como medios para la realización sus intereses o de lo que más tarde vendría a llamarse sus “planes de vida”.¹⁰⁶

Teniendo esto en cuenta, no es sorprendente que en la configuración del Estado liberal predominen dos formas o herramientas de diseño gubernamental. En primer lugar, la primacía de la legislación como forma de organización del ejercicio de los poderes públicos *vis à vis* los poderes privados y, por otro, la división de poderes y el debido proceso como garantías institucionales de la primacía legislativa.

Desde perspectiva de la organización de la función gubernamental, la legislación es una forma de control social comparativamente menos intervencionista en la autonomía individual *vis à vis* otras alternativas: gobernar por medio de legislación supone establecer, en condiciones de generalidad y abstracción y, sobre todo, de previsibilidad, las condiciones en las que una actividad puede ser llevada a cabo sin intervención (sanción, represión, reprimenda, etcétera) de terceros y, fundamentalmente, sin intervención ulterior del poder público. Pero, si bien el “gobierno legislativo”, mediante leyes generales, abstractas y prospectivas configura una esfera de libertad para los gobernados, esta esfera sólo puede asegurarse mediante dos estrategias negativas complementarias: la primera consiste en mantener a los otros poderes públicos (Ejecutivo y Judicial) fuera de las materias reservadas a la esfera legislativa —por ejemplo, mediante figuras como la reserva de ley—, mientras que la segunda consiste en someter sus prerrogativas a rigurosas restricciones sustanciales y procedimentales, por ejemplo, mediante figuras como la facultad reglamentaria. En este sentido, claro que las funciones ejecutiva y judicial tienen un papel que desempeñar en gobierno liberal, pero éstas son complementarias, auxiliares o instrumentales del “gobierno de las leyes”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Esta esfera de libertad (inmunidad) es compartida, por cierto, con otros derechos como, por ejemplo, la libertad de expresión o la libertad de credo. Esto pone de manifiesto la coherencia y, en mi opinión, la potencia liberalismo como ideología pues, a pesar de la tendencia generalizada a disociar el liberalismo económico del liberalismo político, se trata, en todo caso, de la creación y regulación de dos dimensiones un mismo poder: la capacidad de los individuos de perseguir sus propios fines (intereses) y, al mismo tiempo, promover el bienestar general. Autores como Montesquieu, Hume y Smith tenían muy clara esta imbricación que, lamentablemente, en no poca medida por influencia de Rousseau y Kant se perdió de vista. Al respecto, dos lecturas imprescindibles son Hirschman (1992) y (1997). Para un estudio más específico de esta transformación, véase, por ejemplo, Haakonssen (1981).

¹⁰⁷ Apuntando de nuevo a la coherencia del liberalismo como ideología, creo que no está de más señalar que esta justificación de la legislación como herramienta de gobierno no es lo mismo que —aunque desde luego, si es complementaria con— la justificación de la primacía política del Poder Legislativo. Aunque ambas justificaciones se fundamentan, en última instancia, en el valor de la autonomía individual, la primera, como he apuntado, tiene la

2. *El régimen de los derechos económicos en el Estado socialista*

Como apuntaba más arriba, la configuración de los regímenes de gobierno en el Estado moderno y, consecuentemente, sus correspondientes regímenes de los derechos económicos, tiene como telón de fondo el andamiaje institucional del Estado liberal: de uno u otro modo, las distintas formas de organización del Estado moderno se han desplegado como profundizaciones, como correcciones o como alternativas del Estado liberal. Este último es el caso del Estado socialista que, como veremos enseguida, es la alternativa más radical y de carácter sistémico al orden social liberal. Por razones de concreción, en este trabajo no puedo ocuparme de presentar a cabalidad la concepción socialista del orden social, atendiendo a la complejidad de sus raíces intelectuales y deshilando de sus distintas corrientes. Lo que corresponde ahora es esquematizar el régimen de los derechos económicos del Estado socialista, aunque, naturalmente, al describir este régimen sacaré a la luz parte su sustrato teórico e ideológico —a fin de cuentas, este trabajo lleva como subtítulo “un ensayo de economía política”—.¹⁰⁸

función política de contención del gobierno frente al ciudadano, mientras que la segunda expresa la soberanía; es decir, utilizando los términos acuñados por Isaiah Berlin, mientras que la primera es una condición de la libertad negativa, la segunda lo es de la libertad positiva. Véase Berlin (2002).

Tampoco está de más, me parece, subrayar el carácter estricto de la aspiración del gobierno de las leyes, frente al gobierno de los hombres como *theloi* de la democracia liberal, en particular en el contexto de un desplazamiento ideológico muy frecuente en las últimas décadas, y al que volveremos más adelante al hablar del régimen de los derechos económicos en el Estado constitucional. Se trata, en este punto, de la mutación del gobierno “legislativo” que he descrito antes, por el gobierno del “derecho” en el sentido de que, en este último, el valor político de la autonomía individual recogido en la legislación como forma de gobierno, se desplaza a las funciones ejecutiva y, particularmente, judicial como instrumentos para la realización de una concepción de la “justicia” que tiene su fundamento en la aspiración colectiva de realización de los derechos humanos como estándar de moral social.

Estas mutaciones en las concepciones de la legitimidad política y de las funciones del gobierno acarrearán, explícita e implícitamente, una gran cantidad de cuestiones en absoluto pacíficas. No puedo en este momento entrar si quiera a algunas de ellas, pero lo que no quisiera dejar de señalar es que se trata de alternativas ideológicas que deben soportar, cada cual, la carga de la prueba de la consistencia y coherencia; y en este punto, la concepción liberal del gobierno legislativo es, en mi opinión, difícilmente superable.

¹⁰⁸ Cuando digo que, en la “modernidad”, las formas de organización del Estado constitucional se han perfilado sobre la base del orden liberal, lo que quiero enfatizar es el nexo entre modernidad política y liberalismo, pero no que el socialismo tenga su raíz ideológica en el liberalismo; lo cual, sería un grave error. Como aquí se perfila, las raíces intelectuales del socialismo son profundas y se extienden a lo largo del tiempo al menos hasta Platón.

Para hacer esta aproximación a “vuelo de pájaro” que propongo, creo que es oportuno postular una definición, y a partir de ésta, hacer algunas precisiones relevantes para nuestro tema. La definición propuesta es la de Joseph Schumpeter en su libro clásico *Capitalism, Socialism and Democracy*:

Por sociedad socialista designaremos al patrón institucional en el cual el control sobre los medios de producción y sobre la producción misma se atribuye a una autoridad central —o, como podríamos también decir—, en la cual, como cuestión de principio, los asuntos económicos pertenecen a la esfera pública no a la esfera privada (Schumpeter, 1975, 167).

Tratemos primero el contraste entre esfera pública y esfera privada, para ver después las implicaciones del control de la autoridad sobre los medios y procesos de producción.

Como dejé apuntado antes, la configuración de una esfera pública *vis à vis* una esfera privada conlleva importantes compromisos teóricos e ideológicos no necesariamente evidentes que, en mi opinión, sólo pueden aprehenderse si se dota de contenido a estas nociones. En pocas palabras: público y privado no significan lo mismo desde la perspectiva liberal y desde la perspectiva socialista, y el significado que se atribuye a estas categorías en uno y otro cuerpo doctrinal tiene implicaciones significativas. Mientras que, como veíamos, para el liberalismo la esfera pública se constituye mediante el agregado de individuos y se justifica sobre la base de la coordinación necesaria para resolver problemas de interés común o “público”,¹⁰⁹ mientras que, para el socialismo, la esfera pública es ocupada por el colectivo (por la comunidad, la sociedad, el pueblo, la nación, los trabajadores, los pueblos originarios, etcétera); es decir, por una entidad distinta del mero agregado individual.

Como resulta claro, la posibilidad de un dualismo entre “entidades” sociales conlleva implicaciones radicales dentro de nuestro tema. Esto es así no sólo porque las prerrogativas públicas se depositan en una entidad, la autoridad, que tiene una razón de ser autónoma respecto de la sociedad civil, sino porque también entidades colectivas como, por ejemplo, las clases sociales o las minorías, adquieren entidad social, propia autónoma de los individuos que la componen y capaz de sostener posiciones evaluativas, expresadas o no en términos de derechos económicos.¹¹⁰ La fractura se presenta en una doble

¹⁰⁹ Como veremos más adelante, esta cuestión se refiere a los presupuestos de la organización política y económica, que ineludiblemente se encuentran en tensión en las sociedades modernas: la tensión entre la sociedad como asociación de intereses y la sociedad como comunidad de intereses. Al respecto, véase, por ejemplo, Unger (1976)

¹¹⁰ Quizá la forma de captar mejor esta nueva condición no sea hablando de derechos, sino de intereses; en particular, teniendo en cuenta el espacio que hay entre las nociones de interés público, interés general e interés común.

escala: autoridad *vs.* sociedad, por un lado, y grupo *vs.* individuos, por otro. Vistas así las cosas, el dualismo público-privado, que opera como presupuesto del orden social socialista, por una parte, abre la puerta a prerrogativas públicas que no se justifican necesariamente en función de su utilidad para los ciudadanos y, por otra, lo que es más significativo para nuestro tema, abre un espacio para expectativas normativas atribuibles a colectivos y, por medio de ello, a la concepción de derechos que no sólo son atribuibles a sujetos que forman parte de una clase o grupo, sino que corresponden propiamente a las clases o grupos.¹¹¹ Además, como veremos con más detalle enseguida, este espacio supraindividual viene reforzado por una concepción implícita del liderazgo social, en la que se propone un desplazamiento del modelo descentralizado de ajuste recíproco característico del liberalismo, al modelo centralizado y voluntarista prototípico del socialismo (Hayek, 1973).

El orden público socialista busca transformar a la sociedad y lo hace mediante la función de liderazgo del Estado: su función no es sólo mantener el orden público, sino orientarlo y controlar ese proceso. Para hacer esto, el Estado debe ser dotado de dos herramientas fundamentales: el control de los medios de producción mediante la propiedad pública y la planeación o planificación económica y social como herramienta de orientación de la acción colectiva. Mediante la operación de estas herramientas, el Estado socialista

¹¹¹ Para el liberalismo individualista, la sociedad civil (esfera privada) es un dato dado, y la autoridad (esfera pública) un “epifenómeno” de ésta, con la función de resolver problemas de acción colectiva. Para el colectivismo subyacente al socialismo, la autoridad sustancia y expresa —por medio de la *volonté générale* o cualquier fórmula semejante— la existencia de una entidad en sí misma (el pueblo, la nación, la clase, etcétera), capaz de decidir y orientarse por objetivos propios —por ejemplo, la *raison d'état*, la justicia o la revolución. Desde luego, en sentido estricto, las posibilidades del dualismo esfera pública-esfera privada no conduce necesariamente a un conflicto entre ambas. Sin embargo, sería muy poco prolijo si pasara por alto tener en cuenta que el marxismo es, sin duda, la corriente más potente del socialismo; y que, como es sabido, no es posible aludir a esta ideología sin tener en cuenta su teoría del conflicto de clases y su aspiración de control del Estado por parte de la clase trabajadora (proletariado), como superación de las taras del capitalismo (liberalismo). Por razones que no discutiré ahora, el marxismo como tal es poco relevante para la teoría de los derechos económicos, pero no podemos desdeñar el impacto de su *leitmotiv*, la “lucha de clases”, en una concepción revolucionaria de los derechos, que ve en la atribución de derechos económicos una forma de empoderamiento de clases desfavorecidas frente a otras clases dominantes, y este empoderamiento como un mecanismo de transformación de las condiciones sociales generales, y no sólo o, al menos, no centralmente de su impacto en el bienestar de los individuos en cuestión.

No es esta la oportunidad para ponderar los méritos y las falencias teóricas ni para evaluar el impacto práctico de esta concepción “revolucionaria” de los derechos. Más adelante, en el último inciso, abordaré algunas de estas cuestiones brevemente, pero en este momento no quería dejar de apuntar lo que, en mi opinión, puede ser el factor más vigente de la concepción socialista del orden social en la discusión contemporánea de los derechos humanos.

gira —o pretende girar—, pues no debemos obviar su *ethos* transformador o revolucionario de los ejes del orden económico liberal.

Como hemos apuntado más arriba al hacer referencia al papel estructurador del derecho de propiedad, la propiedad pública de los medios de producción supone, en una primera instancia, una radical transferencia de poder social de la esfera privada a la esfera pública, lo cual conlleva, desde luego, en una segunda instancia, una transformación radical en la concepción de los derechos económicos. Respecto del desplazamiento del poder social, parece claro que en el orden socialista se genera un cambio de dirección en los procesos de control, desde una configuración relativamente descentralizada y espontánea hacia una configuración relativamente centralizada y voluntarista.

Ahora bien, aunque los temas anteriores están en el núcleo de la teoría social, en este contexto lo que resulta más relevante es su impacto en la organización del gobierno, en el sentido de que el orden socialista, como un efecto indeseado de su carácter transformador, transfiere una muy significativa cantidad de decisiones sobre el bienestar público en las burocracias estatales o gubernamentales, respecto de las cuales, los individuos y grupos pierden el control. Esto no lleva precisamente a la transformación de la concepción de los derechos económicos a la que acabo de referirme, pues es precisamente por medio del cambio en la dirección de la relación burocracia-ciudadano (autoridad-gobernado) que se modifica la idea general de los derechos económico de una concepción de los derechos como poderes para el bienestar a una concepción de los derechos como prestaciones para el bienestar. Es decir, el Estado pasa de ser un Estado que debe garantizar condiciones básicas para que los individuos promuevan su bienestar a un Estado que debe garantizar materialmente las condiciones de bienestar de los individuos.

Y para cumplir con su cometido, el Estado socialista debe transformar a la sociedad y, en particular, a la economía. Y esto último se realiza, como es bien sabido, mediante el establecimiento de fines sociales y de la ordenación racional de los medios para alcanzarlos.¹¹² Para el Estado socialista, la forma de tomar estas decisiones es la planificación: entidades públicas (colectivas o individuales)¹¹³ definen los fines que deben perseguirse colectivamente, y los medios para ello.

¹¹² Es importante no pasar por alto que, como hemos visto en el capítulo anterior, todas las formas de organización social conllevan estas “decisiones” instrumentales; lo que cambia es la decisión fundacional sobre quién debe tomar las decisiones y por medio de qué procedimientos; es decir, la dimensión organizacional de la Constitución.

¹¹³ Aunque no es directamente el tema de este trabajo, creo que no está de más recordar la proclividad del socialismo a la autocracia, que ha constituido uno de los grandes temas de debate en la filosofía política de la posguerra. No olvidemos tampoco, en este mismo sentido,

Desde luego, el gran problema teórico del socialismo tiene un carácter epistémico que ha sido, probablemente, el tema más discutido en la teoría social del siglo XX, y que se sinteriza en las preguntas: aun suponiendo que las burocracias procuren el bien común, ¿cómo saben cuál es? ¿Cómo conocen los medios para realizarlo? Estas son cuestiones de gran profundidad y alcance, que no corresponde tratar aquí. Sin embargo, dado que los regímenes socialistas de los derechos económicos contestan las preguntas anteriores en un sentido positivo, es decir, es que las burocracias si pueden solventar racionalmente estas cuestiones—,¹¹⁴ para su concepción de la legitimidad de la autoridad, los derechos económicos dejan de ser poderes individuales o colectivos para actuar libremente y resistir la intervención de terceros —incluido el gobierno en determinadas instancias— dentro de la esfera de la autonomía. En este sentido, desde la perspectiva socialista del constitucionalismo económico, los derechos se convierten en un horizonte de objetivos de orden público que deben alcanzarse por medios de políticas públicas y de gestión colectiva. Y por ello, como se vio en el capítulo cuarto, pueden y deben priorizarse frente a intereses particulares.

3. *El régimen de los derechos económicos en el Estado de bienestar*

Cuando pasamos de hablar de los regímenes de los derechos económicos en el Estado liberal y en el Estado socialista, para hablar del Estado de bienestar, en particular, pero, en general, de los regímenes a los que me referiré a continuación, es importante no perder de vista que hay un cambio en la

que tanto el fascismo como el comunismo, son movimientos en la dirección de una concepción “socialista” del Estado.

¹¹⁴ Desde luego, hay mucho que decir aquí. Sin embargo, para los efectos de este capítulo, retomando lo que veíamos en el capítulo segundo respecto al problema de la justificación de la intervención en el orden económico —siguiendo a Dahl y Lindblom (2000)—, cuando hablo de posibilidad de “solventar racionalmente” dicho problema me refiero a una idea muy básica de “racionalidad” en los procesos socioeconómicos: la capacidad de reconocer los fines intermedios respecto de los fines últimos y la capacidad de conocer los mecanismos para generarlos en la mayor medida posible. Los fines últimos se postulan y, por cierto, pueden ser compartidos por cualquier orden económico, lo que cambia, y lo que constituye el material de las distintas formas de Constitución económica, son las formas organizacionales en mediante las cuales, primero, se establecen las relaciones entre medios y fines; segundo, se toman las decisiones respecto de cómo realizarlas y, desde luego, tercero, cómo se configuran las alternativas de acción colectiva e individual (diseño institucional). Naturalmente, es respecto de los resultados de la operación conjunta de estos elementos que podemos evaluar la mayor o menor racionalidad.

escala: liberalismo y socialismo son dos formas de entender el orden social, que conllevan concepciones propias del orden social y, desde luego, de las funciones y las condiciones de legitimidad del derecho y, por supuesto, de los derechos subjetivos. El Estado de bienestar, el Estado desarrollista, etcétera, no constituyen grandes alternativas radicales, sino modelaciones parciales de algunos o varios elementos de los grandes modelos. Así, por ejemplo, el Estado de bienestar que históricamente alcanzó su máximo desarrollo en Europa occidental en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pudo desarrollarse vigorosamente en contextos políticos distintos: desde el laborismo británico con una fuerte impronta socialista-marxista hasta la democracia cristiana alemana; pasando por otras concepciones más o menos liberales, como el modelo escandinavo o los propios de las economías fuertemente estatistas como el caso de Francia o Italia. Realmente, como ha teorizado ampliamente Esping-Andersen (1990 y 1996), no hay una única forma de Estado de bienestar, sino distintas tradiciones o modelos que han respondido a contextos y momentos cambiantes.

Los Estados de bienestar, por una parte, pueden asociarse al capitalismo en tanto que mantienen la confianza en la acción colectiva generada por el mercado como fuente de creación de riqueza, pero, por otra, retoman del socialismo las aspiraciones de igualdad y justicia, y la firme convicción de que sólo mediante la configuración de plataformas de bienestar garantizadas mediante la gestión pública, es posible humanizar al capitalismo.¹¹⁵

Sus argumentos históricos han sido más o menos utópicos, más o menos radicales, o más o menos pragmáticos e incrementalistas. Esto es así, precisamente, porque el Estado de bienestar no responde a una única ideología progresista o conservadora, sino a decisiones estratégicas de adaptación del capitalismo a distintos entornos adversos: económicos, ideológicos, geopolíticos, etcétera (Yergin y Stanislaw, 1998).

¹¹⁵ En un país como México y en contexto como el actual —primavera de 2019, cuando hasta la Suprema Corte de la Nación encabeza su “comunicación social” hablando del “poder de la justicia”—, resulta necesario detenerse muy brevemente a apuntar la distinción entre las aspiraciones de igualdad y de justicia que se encuentra en el trasfondo de las exigencias de intervención estatal en las relaciones económicas, y que ha sido desarrollada de manera amplia y reciente por Samuel Moyn (2018). Para este autor, a lo largo del desarrollo de las distintas concepciones de los derechos económicos, ha subyacido una tensión entre las aspiraciones de igualdad y las aspiraciones de suficiencia —que, yo propongo llamar de “dignidad” y a la cual me referiré más adelante de manera más amplia—. No obstante, respecto de la forma de perfilar el Estado de bienestar, en particular, respecto de sus matrices liberal y socialista, creo que en este momento resulta esclarecedor señalar que el Estado de bienestar se distingue del Estado liberal por una nítida vinculación con las aspiraciones de suficiencia, mientras que se también se distingue del Estado socialista por tener una acotada aspiración de igualdad.

Ahora bien, a pesar de su “geometría variable” hay, desde luego, ciertos rasgos institucionales que caracterizan al régimen de los derechos económicos de los Estados de bienestar. Me centraré en tres elementos que marcan, en mi opinión, sus ejes esenciales: primero, la idea de “desmercantilización” (*de-commodification*) de ciertos bienes, considerados como esenciales para una vida aceptable; segundo, la idea de la prestación de servicios públicos como obligación del Estado y, tercero, en la centralidad de las políticas públicas como procesos de gestión social y de las administraciones públicas como prestadores de servicios públicos.

En uno de los estudios más influyentes sobre el tema, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Esping-Andersen, define la “desmercantilización” como “el grado en el cual los individuos, o las familias, pueden mantener un nivel aceptable de vida con independencia de la participación en el mercado” (Esping-Andersen, 1990, p. 37). Esto es, como veíamos en el inciso anterior, el carácter de mercancía es el factor de mercabilidad de un bien, en tanto que lo hace susceptible del principio *quid pro quo* (Lindblom, 1990), pero, desde luego, más allá de la importante cuestión del fundamento normativo para ello, el tema crucial respecto del régimen de los derechos económicos es cómo, mediante qué criterios, podemos identificar los procesos de desmercantilización de bienes económicos, que identifica a las muy distintas expresiones de las políticas sociales del Estado de bienestar a lo largo del tiempo y el espacio; pues es precisamente mediante estos criterios que podemos perfilar la idea de régimen de derechos.

Siguiendo a Esping-Andersen, el potencial de desmercantilización de las políticas sociales no puede abarcarse por criterios genéricos, como el tamaño de las administraciones públicas o el monto del gasto fiscal, sino que requiere el análisis de los principios, reglas y estándares que se aplican en cada uno de los distintos programas de bienestar (salud, educación, vivienda, seguro de desempleo, etcétera). Naturalmente, esta apretada síntesis ni es el lugar para entrar a un análisis detenido de estos criterios, pero siguiendo de cerca a este autor, puede hablarse, por un lado, de tres conjuntos de dimensiones que ordenan los distintos programas sociales y, por otro, de tres tipos de criterios para acceder a los beneficios de estos.

El primer conjunto de dimensiones regulativas de los programas sociales se refiere a las reglas que gobiernan el acceso a los beneficios; es decir, a las reglas de elegibilidad y de exclusión de los beneficios. Desde luego, por ejemplo, el grado el que un programa puede desplegar su potencial de desmercantilización está en función de la claridad y la simplicidad en los procesos de adhesión de sus destinatarios; también, en este mismo sentido, el establecimiento de horizontes acceso subjetivos o temporales claros y realmente coherentes

con los objetivos a largo plazo, será un factor para tener en cuenta. Parece claro que, desde la perspectiva del beneficiario, la distinción entre una prestación bien definida en su contenido y su duración, respaldada en programas legalmente estructurados y fiscalmente apalancados, frente a una prestación circunstancial e improvisada, constituye la diferencia entre un derecho y una dádiva. El segundo conjunto de dimensiones regulativas se refiere a la sustitución de ingreso, ya que si los beneficios caen significativamente por debajo del ingreso adecuado o aceptable en la comunidad en cuestión, seguramente el efecto será que los beneficiarios se reincorporen en un menor plazo al mercado laboral. La operación de este conjunto de dimensiones depende, desde luego, de factores muy complejos y con raíces sociales muy profundas, como las que inciden en el grado de formalidad de los distintos mercados laborales o en la presencia de redes de seguridad comunitarias alternativas. El tercer conjunto de dimensiones tiene gran importancia respecto del establecimiento de la esfera de los derechos económicos, pues se refiere a los distintos rangos de demandas de prestaciones aceptables, en una sociedad determinada en un momento determinado. Es un hecho que casi todas las sociedades medianamente desarrolladas contemplan medidas de protección de sus miembros frente a los riesgos más fundamentales de la vida: enfermedad, vejez, invalidez, etcétera. Sin embargo, también es un hecho que, conforme una sociedad incrementa su riqueza, existe una tendencia a incrementar los ámbitos de beneficios de las políticas sociales a dimensiones como la movilidad o la comunicación. Así, este último conjunto de dimensiones, como es sabido, entra en tensión con la concepción de los derechos económicos como derechos humanos, tema al que volveré más adelante al ocuparme del régimen de los derechos económicos en el Estado constitucional.

Por lo que respecta a los conjuntos de condiciones de acceso a los beneficios, Esping-Andersen nos recuerda que rara vez los derechos sociales han sido incondicionales. Y es precisamente mediante el perfil de las condiciones que trazamos los rasgos de identidad de una política social, en particular, como veremos más adelante, respecto de su compatibilidad con concepciones robustas de los derechos. El autor destaca tres tipos de sistemas: el primero, ampliamente difundido en los países anglosajones, sujeta la prestación a la demostración de una situación de necesidad o urgencia; el segundo, hace depender la prestación del desempeño laboral, y proviene fundamentalmente del modelo de seguridad social desarrollado en Alemania en el siglo XXI —adoptado, por cierto, en México—, y el tercero, lo vincula a derechos universales de ciudadanía, con independencia de la necesidad o de la vinculación con el trabajo, pero que vinculan la prestación a la nacionalidad o a la resi-

dencia legal —este régimen prevalece de manera más o menos consistente, por ejemplo, en los países de la Unión Europea (UE)—.

Como vemos, a la luz de los criterios expuestos, “los mundos” del Estado de bienestar capitalista son variados, y su despliegue institucional “metaboliza” de distintas maneras las aspiraciones de justicia social y las distintas concepciones de los derechos y, en definitiva, nuestra concepción de una sociedad decente. Ahora bien, aunque la “desmercantilización” es el núcleo del régimen de los derechos económicos en el Estado de bienestar, quedan todavía por ver dos elementos que delimitan, precisamente, su construcción institucional: las ideas de servicio público y de gestión pública.

Desde una concepción “social” del Estado, los servicios públicos son, por decirlo de algún modo, la cara “material” de los derechos económicos —de ahí la definición de los derechos que encabeza este trabajo—, formulada por uno de los teóricos del Estado socialista más relevantes, Harold Laski, como “condiciones de la vida social”.¹¹⁶ En este orden de ideas, como veremos con más amplitud en el próximo apartado, el Estado debe entenderse en términos de una organización administrativa dirigida, fundamentalmente, a realizar funciones de prestación de aquellos servicios que, en las condiciones históricas, sean demandados por la población; como seguridad, educación, salud, vivienda, transporte, comunicación, etcétera. Esta es, bien entendida, la idea mediante la cual, autores como Léon Duguit, postularon el “giro” del fundamento del derecho público desde la idea de soberanía a la idea de servicio público, cuya claridad vale la pena reproducir literalmente:

La idea de función social del derecho en la que tanto estadistas como teóricos políticos están empezando a encontrar la raíz misma del derecho público es nada menos que la idea de servicio público... [la cual consiste] esencialmente en la existencia de una obligación legal de quienes gobiernan en un país determinado, es decir, de quienes de hecho poseen el poder, de asegurar sin interrupción la realización de ciertas tareas (Duguit, 1921, p. 39).

No es este el contexto para desarrollar el impacto del régimen de los servicios públicos en el derecho administrativo, y su correspondiente impacto en la concepción del Estado contemporáneo, aunque en el próximo apartado me detendré en un tratamiento somero de su categoría fundamental: la idea de *potentia* pública. No obstante, me parece que lo que no puede obviarse en

¹¹⁶ Por razones de espacio dejo a un lado la consideración de la teoría jurídica de los servicios públicos desarrollada, fundamentalmente, en los derechos administrativos francés y alemán en la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, más adelante me referiré a algunos de sus elementos más transversales en la constitución del Estado moderno bajo la categoría de *potentia*.

este momento es la idea de que la categoría de servicio público, como he sido descrita, implica, por un lado, un giro sustancial de la posición del Estado frente a los ciudadanos, a partir del cual, el Estado deja de justificar sus actividades sobre la base de sus prerrogativas, para pasar a justificar sus funciones y, de hecho, su propia existencia, sobre la base de sus responsabilidades. Por otro lado, lo que quizá resulte más relevante en este contexto específico, es que la justificación de las obligaciones del Estado no se establece con base en la correlación con los derechos de los ciudadanos, sino que se sustentan, por decirlo de algún modo, de manera autónoma; es decir, sobre la base de las condiciones de existencia del Estado. Esto explica por qué, como vimos antes, las condiciones de desmercantilización del acceso a bienes y servicios no depende exclusivamente —y, en ciertos casos, ni siquiera centralmente— de condiciones normativas, sino de elementos fácticos de carácter organizacional, presupuestal, estratégico, etcétera. En este punto, el régimen de los derechos económicos del Estado de bienestar muestra, quizá de manera más enfática que ningún otro, la tensión entre validez y facticidad a la que nos referíamos en el inciso anterior.

Tomando esto en cuenta, no resulta en absoluto incoherente la presencia del tercer elemento organizativo del Estado de bienestar: las políticas públicas como gestión social y las administraciones públicas como proveedora de servicios. Como resulta obvio, la desmercantilización de distintos bienes y servicios es un objetivo que, inevitablemente, enfrenta entornos de escasez que implican la necesidad de priorizar mediante la gestión pública. Esto, a su vez, al penetrar en las estructuras estatales, conlleva a un proceso de burocratización de la acción pública en el que las decisiones operativas —administrativas, de gestión, etcétera— adquieren un gran peso relativo respecto de las decisiones políticas democráticamente legitimadas, llegando con frecuencia a generar esferas de gestión técnicamente autónomas —de aquí la importancia, como veremos más adelante, de la capacidad de los Estados para gestionar los asuntos públicos; de lo que, como veremos, se conoce como *potentia*—. Es decir, la operación de un servicio público de salud, de un sistema de pensiones o de una política integral de educación pública requieren de decisiones de gestión (presupuesto, personal, información, métricas, entre otras) que sólo pueden llegar a generar los resultados deseados si se dejan en manos de los gestores públicos (burocracias), creando espacios de autonomía que garanticen cierto grado de inmunidad respecto de la intervención de la política y, desde luego, del devenir económico. Como veremos enseguida, esta necesaria burocratización de los regímenes del Estado de bienestar fue, y sigue siendo, uno de sus flancos más sensibles a la crítica de sus detractores.

También como veremos, las burocracias capaces de gestionar y proveer servicios públicos pueden tener tanto un carácter público como privado; no hay, en principio, objeciones de carácter sustantivo a este respecto, pero sí, desde luego, ideológico. En el caso de los Estados de bienestar, la balanza se inclinó claramente en favor de las administraciones públicas como gestores y proveedores de bienes y servicios. Existieron distintas razones para ello —en particular, por ejemplo, en el caso de países como Reino Unido o Alemania donde, paradójicamente, las economías de guerra proveyeron de las organizaciones robustas y eficientes que permitieron la reconstrucción—, pero el efecto generalizado de esta tendencia fue el crecimiento de la administración y, consecuentemente, del gasto fiscal. Abriendo, por ambos flancos, espacios a la crítica, no siempre bien fundamentada en hecho, que en la década de los ochenta generó una crisis ideológica del Estado de bienestar que todavía no ha terminado de ponderarse.¹¹⁷

4. *El régimen de los derechos económicos en el Estado regulador*

A partir de mediados de la década de los setenta, pero de manera rotunda en el giro conservador de la década siguiente, encabezado por figuras políticas como Ronald Reagan y Margaret Thatcher, el Estado de bienestar en distintas latitudes recibió fuertes embates que, si bien no lograron revertirlo del todo en varios países —principalmente, europeos—, si detuvieron su avance como modelo global, y en algunos casos, generaron deterioros significativos en su infraestructura institucional. Probablemente la alternativa más consistente que se presentó frente al Estado de bienestar no fue la reduccionista concepción del Estado mínimo, que de alguna manera se presentó como eslogan del neoconservadurismo y del neoliberalismo, sino la del Estado regulador, como un esfuerzo por superar las limitaciones del Estado de bienestar —principalmente, sus supuestas ineficiencias en términos fiscales— y limitar los efectos, ampliamente reconocidos de los fallos del

¹¹⁷ En este punto, como en otros muchos, recordando la memorable cita de Keynes recogida más arriba, es importante distinguir las preferencias ideológicas de las creencias sustentadas en evidencias. La ampliación de las tareas del gobierno, el crecimiento consecuente de las administraciones públicas y, naturalmente, la presión al incremento de la recaudación son buenas o malas decisiones sociales dependiendo de sus efectos en el bienestar de las personas relevantes. La evidencia muestra que gobiernos bien diseñados, administraciones públicas eficaces y gasto público bien orientado generan beneficios sociales inmensos, que no sólo responden a nuestras aspiraciones de justicia sino que, además, constituyen la piedra angular de la generación de riqueza. Al respecto, véase, por ejemplo, Dean (2015).

mercado en economías ampliamente intervenidas (monopolios, información imperfecta, costos de transacción, etcétera).¹¹⁸

Lo que se conoce como Estado regulador no es, pues, un modelo alternativo integral de organización del Estado, sino un conjunto de ajustes marginales del entramado organizacional del Estado liberal y del Estado de bienestar, dirigido a corregir fallas de estas concepciones mucho más robustas. En este orden de ideas, creo que, simplificando sustancialmente, el marco de referencia intelectual del Estado regulador puede trazarse sobre la base de cuatro ejes o vértices: por un lado, el eje de la confianza de que, en términos generales, cuando los mercados funcionan bien generan resultados socialmente valiosos y, por otro, el eje de la desconfianza en la actividad gubernamental como agente neutral en las decisiones públicas. Estos ejes se cruzan, sin embargo, por otros dos ejes basados en la evidencia: por una parte, los mercados nunca funcionan de manera perfectamente competitiva y, en todo caso, siempre su operación depende de la vigencia de una amplio sustrato normativo e institucional imperfecto. Es decir, siempre hay fallas del mercado. Por otra parte, por captura, falta de información, incompetencia, rutina, etcétera, los gobiernos —en sus tres ramas sin excepción— con frecuencia diseñan, promueven y corrigen mercados favoreciendo a algún conjunto de participantes, que no coincide con el interés público. Es decir, siempre hay fallas de gobierno. En síntesis, como existen fallos del mercado, debe haber regulaciones que las corrijan, pero como también existen fallos de gobierno, la regulación debe provenir de entidades técnicamente capacitadas (órganos reguladores) para intervenir en los mercados, sin desvirtuar su funcionamiento; al menos no de una manera tan grave que pierdan su valor social.

Parecería, entonces, que para los propósitos de esta esquemática presentación, podemos aproximarnos al Estado regulador como una serie de ajustes institucionales a, por un lado, el Estado liberal y, por otro, al Estado de bienestar. Respecto del Estado liberal —en particular, una versión extrema comprometida con el *laissez faire*—, el Estado regulador demanda intervenciones en los mercados para corregir problemas internos de su funcionamiento (regulación económica) y para promover objetivos de bienestar que no es posible alcanzar o proteger mediante intercambios de mercado (regulación social). Respecto del Estado de bienestar, el Estado regulador propone que, en la medida de lo posible, sean las empresas privadas, mediante su operación en mercados bien regulados, las entidades encargadas de proveer de bienes y servicios —incluso, cuando ello es posible, de servicios públicos— y

¹¹⁸ Desde luego, no es éste el lugar para extenderme en un detallado análisis de estas categorías, pero lo he hecho de manera relativamente exhaustiva en Larrañaga (2009).

que, consecuentemente, siempre que sea posible las entidades gubernamentales se especialicen en funciones de regulación y orientación de las actividades productivas, pero no directamente en la producción o provisión de bienes y servicios. Tomado lo anterior en cuenta, creo que resulta fácil identificar el impacto del Estado regulador en el régimen de los derechos económicos. En mi opinión, pueden concretarse en tres elementos centrales.

En primer lugar, en el régimen de los derechos económicos del Estado regulador, la cuestión sobre el bienestar de los individuos queda, fundamentalmente, dentro del ámbito de las decisiones individuales; particularmente, de las decisiones de consumo. El papel del Estado y, consecuentemente, la actividad gubernamental, regulatoria, se centran en establecer condiciones adecuadas para que los individuos y las empresas realicen intercambios en condiciones “justas”. Entendiendo por “justicia”, no la realización de objetivos sociales valiosos —como la igualdad o la dignidad—, sino condiciones equitativas para el intercambio de bienes y servicios.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, los derechos de los ciudadanos tienden a concebirse como derechos de “consumidores” de bienes y servicios que, en todo caso, pueden demandar la existencia de condiciones adecuadas para sus actividades, pero no resultados específicos. En el contexto de mercados bien regulados, la “garantía” que debe ofrecer el regulador es la de comportarse como un árbitro imparcial, pero no la de promover ni mucho menos garantizar el resultado del proceso de intercambio. Como apuntaba antes, la responsabilidad sobre el bienestar de los individuos recae en ellos mismos.

Como efecto de lo anterior, en tercer lugar, los derechos económicos de la población constituyen una entre distintas variables a considerar dentro de la gestión de la operación de los mercados. La idea, desde luego, no es que éstos carezcan de valor o que se consideren subordinados a otros valores superiores, sino que, en la concepción general del funcionamiento de las sociedades y, en particular, de las economías, prevalece la idea de que los objetivos sociales no siempre se alcanzan mediante una intervención directa, sino por medio del conocido mecanismo de los resultados no deseados de las actividades deseadas —popularizado por Adam Smith, mediante la metáfora de la mano invisible—. ¹¹⁹ En este punto, y en particular relación

¹¹⁹ Este no es, desde luego, el lugar para extenderse en una consideración sobre la importancia del mecanismo social de los efectos no deseados de las acciones intencionales. Sin embargo, como hemos visto en el capítulo segundo, sí que me parece oportuno recordar que este no es, en absoluto, un descubrimiento ni, mucho menos, un invento de Adam Smith, sino que ha sido descrito en distintos ámbitos por siglos, desde la estética hasta la política. Lo sig-

con el régimen de los derechos —económicos, políticos, sociales, culturales, etcétera— me parece, paradójicamente, que la herencia más duradera del Estado regulador será precisamente el haber abierto la puerta a la idea de la gobernanza, que no llegó a transitar del todo, pero que como veremos enseguida ha tenido el efecto de diluir la idea de gobierno —y de Estado—, con importantes consecuencias para la propia idea de los derechos humanos.

5. *El régimen de los derechos económicos
en el Estado constitucional*

Es inusual que quien propone una clasificación formule dudas sobre la pertinencia de las categorías utilizadas, pero en este caso me parece necesario expresar mis reservas, reconociendo que no he podido encontrar un mejor calificativo del orden institucional actual, quizá por falta de imaginación, pero también, posiblemente, por la dificultad intrínseca de entender a cabalidad los elementos definitorios de los propios tiempos.

La noción de Estado constitucional proviene de la teoría jurídica o, en todo caso, de la teoría política, pero no ha sido recogida por la economía política, al menos no en un sentido comparable a las otras caracterizaciones del Estado a la que me he referido antes. En el sentido aquí pertinente, el Estado constitucional se caracteriza por colocar en el eje de la construcción jurídica y política del Estado los derechos subjetivos, en particular, los derechos humanos. Esto es, significa por ponerlo en términos de Gunter Teubner (1987), una “juridificación” de distintas esferas sociales y, en general, de la esfera pública. Ahora bien, a pesar del agrado que esto pueda generar a quienes ven en los derechos importantes resortes de cambio social, esta juridificación conlleva, sin embargo, no pocas alteraciones en un régimen coherente y eficaz de Estado que, como veremos en el próximo inciso, es requerido precisamente como infraestructura de los propios derechos. La primera alteración, por decirle de algún modo, supone que los derechos vienen a ocupar el espacio de las razones públicas (Rawls, 1955); es decir, de las pretensiones y objeciones que pueden formularse válidamente en una sociedad determi-

nificativo de la descripción de Smith —y su éxito retórico, por cierto— consistió en plasmarlo de una manera particularmente fácil de entender —aunque, como suele ocurrir, no pocos insistieron en mirar el dedo en vez de mirar al sol—. En mi opinión, quienes no presenten resistencia a la comprensión de las sutilezas de la acción colectiva, se darán cuenta que este tipo de mecanismos funciona en todas las esferas de la vida social, para bien y para mal, y que son clave en cualquier explicación de los procesos sociales, desde la cortesía y la recaudación de impuestos hasta la generación de conocimiento e innovación.

nada. Esto deja a fuera o, por lo menos, marginaliza la contraposición, por ejemplo, de preferencias ideológicas o de intereses; generando, desde luego, no la desaparición de éstos, sino un ocultamiento o “enmascaramiento” del conflicto. Y la trascendencia de este ocultamiento no se limita sólo a la falta de una visión clara sobre la cuestión social, sino la imposibilidad de tratar tales cuestiones en los términos relevantes.¹²⁰

La segunda alteración de la juridificación de la vida social en términos de los derechos como razones públicas, de carácter más interno a la operación de un Estado de derecho, pero también con enorme trascendencia, pues tiene que ver con la “adjudicación” como forma de caracterizar la deliberación colectiva. Es decir, con la prevalencia en la deliberación sobre asuntos de interés común o general de la idea de que el objetivo es determinar a qué parte le asiste la razón o, mejor, el derecho subjetivo o humano en cuestión. Esta forma de aproximarse a la deliberación pública no sólo reduce el ámbito de cuestiones que pueden discutirse —esto es, sólo aquellas que puedan perfilarse de manera persuasiva como un derecho—, como ya apuntaba antes, sino que, por su carácter adversativo tiene, por un lado, un efecto desintegrador de las redes sociales de confianza y solidaridad y, por otro, de la función legítima de las autoridades de establecer prioridades públicas o de interés general. Es decir, presenta innecesariamente como conflictivas distintas posturas que, en realidad, pueden no sólo ser compatibles, sino incluso mutuamente reforzantes.¹²¹

Ahora bien, aunque no resulte evidente a primera vista, me parece que el efecto más profundo de esta juridificación tiene, precisamente, efectos no deseados, que consisten precisamente en la desintegración de la función de gobierno como un conjunto de actos bien determinado de agentes públicos, para pasar a concebirlo como el resultado o equilibrio de la operación de distintas entidades, con distintos tipos y grados de institucionalidad —pero, desde luego, no disciplinadas por el derecho público de manera integral—,

¹²⁰ Me permitiré aclarar este punto mediante un ejemplo: la situación actual de la prestación del servicio público de educación básica en México. Desde luego, que la situación actual de la prestación de este derecho constituye una violación masiva de los derechos humanos de millones de personas, y que una reforma del sistema potencialmente puede llegar a revertir esta situación. Sin embargo, si realmente miramos lo que está sucediendo, veremos que no se trata de un debate sobre cómo promover el derecho a la educación, sino sobre qué tan aceptable y sostenible es la captura de la política, económica, social, etcétera, de un Estado por parte de una facción. La retórica de los derechos no sólo empaña la visión, sino que nos lleva a analizar y discutir la cuestión en términos erróneos.

¹²¹ Este ha sido, creo, el caso del debate sobre el derecho al agua *vis à vis* el modelo de gestión de este recurso. No puedo ahora ahondar en el tema, pero he expresado mi postura de manera más amplia y en los términos que he apuntado en Larrañaga (2016).

recogido bajo la noción de “gobernanza”. La noción de gobernanza entiende que las funciones tradicionalmente adscritas a una organización de instituciones, intencionalmente diseñadas y formalmente constituidas para realizar tales funciones, de hecho, son realizadas por un conjunto más amplio de agentes (públicos, semipúblicos y privados) que, mediante relaciones formales e informales, alcanzan determinados equilibrios funcionales en términos de un orden social efectivo, aunque, hay que recordarlo, no necesariamente justificado. La idea de gobernanza genera una tensión profunda, aunque no siempre reconocida, dentro del Estado constitucional, pues al tiempo que este régimen postula fuertes demandas de acción colectiva concretizadas en derechos humanos, reconoce que el Estado no es —no puede ser— una organización capaz de satisfacerlas, sino que se requiere el concurso de otros agentes que, por otra parte, están fuera de la esfera del derecho. Volveré a este tema más adelante.

Naturalmente, no todos los elementos que contribuyen a delinear el régimen de los derechos económicos en el Estado constitucional tienen una vertiente jurídica, también los hay con una lógica económica y social. Con la idea de gobernanza como trasfondo, pero con una ideología económica muy definida como impulso, otro elemento del régimen de los derechos económicos del Estado constitucional viene dado por la casi universal aceptación de que la política económica y, en particular, la política fiscal, debe moverse dentro de lo que se denomina “equilibrio macroeconómico”: bajo déficit público, inflación baja y, sobre todo, controlada, política monetaria conservadora, etcétera. A ello hay que agregarle —muy en sintonía con el Estado regulador que veíamos antes— la deseable autonomía de la política monetaria de la política fiscal y el sometimiento de ambas a estándares internacionales. Como es evidente, y como ha sido ampliamente expresado por grupos críticos, esta configuración del espacio de la política en la esfera económica como limitado a la gestión técnica, conlleva una limitación implícita del espacio de los derechos económicos; pues, cuando estos son reclamados con frecuencia encuentran el muro de la viabilidad económica. Las reformas integrales de mercados laborales, la protección integral del medio ambiente, la posibilidad de diseñar esquemas de ingreso básico universal, son ejemplos de este techo de cristal establecido por el consenso sobre los límites de la economía política.

Pero dejemos aquí este sombrío escenario para pasar a ver las condiciones de posibilidad de regímenes efectivos de derechos económicos, lo cual constituye, por decirlo de algún modo, la síntesis de lo aprendido en la apretadísima síntesis elaborada en este inciso.

III. REGÍMENES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN EL MÉXICO CONTEMPORÁNEO: BREVE PERSPECTIVA Y PROSPECTIVA

Como no puede ser de otra manera, a lo largo de la historia México ha transitado por distintas formas de entender e implementar las funciones del Estado en la procuración de los derechos económicos. Como también resulta inevitable, este cambio continuo ha provenido, en algunas ocasiones, de la prevalencia de ideologías, pero también en otras ocasiones, de circunstancias sobrevenidas. No es este el espacio para deshilar esta compleja red de ideas y realidades, mediante la cual este país se ha integrado en los grandes modelos sociales que han regido la economía mundial, mientras que, al tiempo, respondía a situaciones y necesidades muy propias. Por ello, manteniendo el objetivo general de este capítulo, dividiré esta sección sólo en dos incisos, uno dedicado a exponer el flujo del cambio institucional en México a la luz de los derechos económicos, y otro dedicado a plantear algunos de los grandes retos que, a mi parecer, enfrenta el Estado mexicano para cambiar la tendencia deficitaria en la relación entre su organización y la satisfacción de derechos económicos.

1. *Dinámicas institucionales y económicas en el México contemporáneo*

Desde su creación, México ha vivido distintos regímenes económicos marcados, en una primera instancia por su carácter colonial, pero más tarde por la necesidad de establecer una economía nacional próspera (Cárdenas, 2015 y Moreno-Brid y Ros, 2009, para un contexto más amplio, Engerman y Sokoloff, 2012). El tema es, desde luego, fascinante y, me parece, indispensable para entender a profundidad los grandes retos que enfrentamos para mejorar las condiciones de vigencia de los derechos económicos en México. Sin embargo, también es un tema inabarcable en una aproximación como la que he venido desarrollando en las páginas anteriores, así que por este motivo me detendré sólo en dar cuenta de manera muy esquemática de la dinámica de la transformación de las relaciones entre el Estado y la economía en México contemporáneo; es decir, del México que va (o viene) de la Revolución de 1910 a la fecha. Para ello, de manera un tanto arbitraria, pero creo que orientadora, utilizare los siguientes periodos apuntando algunos de sus rasgos más significativos.¹²²

¹²² En este punto me oriento, con varias modificaciones propias, por la presentación de Josué Sáenz (1995).

TABLA 1
DINÁMICA DEL CAMBIO POLÍTICO ECONÓMICO
EN EL MÉXICO CONTEMPORÁNEO

<i>1910-1934</i>
Fin de la lucha armada.
Estabilización política y establecimiento de un gobierno central.
Economía productiva destrozada.
Pobreza generalizada.
Poca o nula capacidad del gobierno de intervención en la economía.
<i>1925-1934</i>
Redefinición del proyecto revolucionario.
Ordenación de la economía bajo los principios de una economía mixta.
Política económica centrada en la atención de las necesidades más apremiantes.
Creación de los elementos básicos del sistema financiero (creación del Banco de México y federalización de la legislación bancaria).
Aplicación parcial del artículo 27 en materia de energía (sistema de concesiones para la explotación petrolera).
<i>1935-1940</i>
Fortalecimiento de la capacidad del gobierno para intervenir en la economía.
Intensificación del reparto agrario.
Política económica de industrialización con fuertes subsidios a la energía.
Profundización del esquema de economía mixta.
Nacionalización de la industria petrolera.
<i>1941-1955</i>
Aislamiento económico debido a la Segunda Guerra Mundial —represalias de la nacionalización de la industria petrolera—.
Crecimiento de las exportaciones de materias primas a Estados Unidos.
Proteccionismo.
Impulso a la autosuficiencia agrícola, a la sustitución de importaciones y a la estabilidad de precios.
Creación del IMSS.

<i>1956-1970</i>
Desarrollo estabilizador.
Incremento de la participación del Estado en la economía productiva y en el sector de servicios (transporte, intermediación en la distribución de alimentos, energía eléctrica).
Consolidación de la política de industrialización con el colapso del campo (acelerada urbanización y crecimiento de la clase media).
Cooperación entre el sector público y privado para realizar el milagro mexicano (promedio de crecimiento del 6% del PIB anual).
Aparición de los primeros síntomas de agotamiento del modelo político-económico (1968).
<i>1970-1976</i>
Centralización aún más acentuada de la coordinación económica por parte del gobierno.
Primeras políticas de control de planeación familiar.
Intercambio de favores económicos para controlar la informalidad política mediante políticas públicas populistas.
Incremento de la deuda pública de 3,000 a 20,000 millones de dólares.
Inicio de la escalada inflacionista.
<i>1976-1982</i>
“Administración de la abundancia”.
Resistencia de la tendencia a la apertura económica (rechazo al ingreso al GATT).
Políticas públicas basadas en un gran déficit de gasto corriente y subsidios al sector público.
Expansión de la corrupción.
Nacionalización de la banca.
<i>1983-1986</i>
Economía en ruinas.
Hiperinflación. El peso pierde 99.7% de su valor respecto de las divisas extranjeras.
Enorme deuda interna en la banca nacionalizada.
Renegociación de la deuda externa.
Adhesión al GATT.

<i>1987-1992</i>
La política regulativa favorece al mercado (creación de los programas de desregulación y de creación de las entidades reguladoras).
Reprivatización del sistema bancario.
Apertura gradual de la economía (se concluye la negociación del TLCAN).
Política de promoción de las exportaciones.
Adelgazamiento del sector público.
Inestabilidad política como consecuencia del fraude electoral.
<i>1992-1995</i>
Entrada en vigor del TLC (se llevan a cabo distintas negociaciones con otros bloques, en especial con la UE).
Ingreso en la economía global.
Profunda modificación del régimen de inversión extranjera (en particular en el sistema financiero).
Inestabilidad política como producto del EZLN y del asesinato de Colosio.
El cambio político no va al paso del cambio económico.
<i>1995-2000</i>
De nuevo, otra gran crisis.
Parálisis de las políticas públicas.
Profundización de las reformas económicas y de la internacionalización de la economía.
Debilitamiento del sistema político y de la hegemonía de la “familia revolucionaria”.
Cambio de partido en la Presidencia.
<i>2000-2007</i>
Complejidad en el diseño de las políticas públicas como consecuencia de las distintas geometrías del gobierno (multipartidismo efectivo).
Políticas públicas de coordinación Federación/estados limitada y errática.
Parálisis de las reformas estructurales (tributaria, energética, seguridad social, etcétera).
Pérdida de competitividad internacional.
Asentamiento del sistema democrático.

2007-2019
Estabilidad de la política macroeconómica y diversificación del sector exterior.
Inicio del declive de la industria petrolera, deflactado por altos precios del petróleo en los mercados internacionales.
Imposibilidad de generar reformas sustantivas en materia económica.
Incremento de la violencia ocasionada por el crimen organizado y su represión.
Fractura del territorio nacional en términos de seguridad.

Creo que no resulta difícil ver que, si tomamos los elementos mediante los cuales he descrito —insisto, de manera muy superficial— las transformaciones político-económicas del México contemporáneo, puede apreciarse que a lo largo de los años una dinámica de organizacional entre el Estado y la economía ha ido zigzagueando, en el transcurso por medio de los distintos tipos ideales de interferencia de la política en la economía, pero en un desplazamiento más o menos definido desde una economía postrevolucionaria cerrada y fuertemente socializada hacia una economía con los principales rasgos del modelo neoliberal que caracteriza al capitalismo global contemporáneo.¹²³

¹²³ Es importante no dejar pasar que, de manera general, en la configuración de los regímenes de los derechos económicos que tratamos en el inciso anterior y, de manera particular, en el análisis del régimen de los derechos económicos en México que trato en este inciso, dejo a un lado elementos importantes en la composición de sus respectivos contextos ideológico; en concreto, no me detengo en las visiones de economía política subyacentes. En un esfuerzo por no alejar la organización de los regímenes de los derechos económicos de la noción de Constitución operativa que recorre este libro —y que, como se recordará, se refiere no sólo a cómo limitar efectivamente el ejercicio del poder público, sino al problema de organizar y capacitar al poder público para gobernar la esfera económica—, he dejado a un lado las grandes concepciones sobre la relación entre economía y poder político —el objeto, precisamente de la economía política— que, como es sabido, por ejemplo, en sus versiones capitalista y socialista subyacen, por un lado, a liberalismo y, por otro, al Estado de bienestar.

En este mismo orden de ideas, el caso del devenir del régimen de los derechos económicos en la Constitución mexicana, he dejado a un lado, por ejemplo, el impacto de las concepciones nacionalistas marcadamente socialistas en el periodo inmediatamente posterior a la Revolución de 1910 —características de manera notable del cardenismo—, y el influjo del estructuralismo cepalista que inspiró la política de desarrollo mediante la industrialización y sustitución de importaciones en la década de los sesenta —el desarrollo estabilizador—, así como la posterior tensión entre el Consenso de Washington y las posiciones posestructuralistas, en las décadas posteriores. Al respecto, véase, por ejemplo, Quintero y Prada (2019). Desde luego, mi posición no es que estos entornos ideológicos carezcan de importancia, pero sí creo que prestar atención a los mismos en este contexto desvía la atención respecto del eje argumentativo del trabajo en torno a una aproximación regulativa del constitucionalismo económico.

Como quizá no pueda ser de otra manera, esa accidentada trayectoria ha ido dejando un rastro, que se puede apreciar por la supervivencia entre uno y otro momento —o, si se prefiere, entre uno y otro tipo ideal— de las lógicas internas, de las prácticas sociales, de las reglas e instituciones, de los modelos de coordinación y de los tipos de relación entre política y economía. Estos remanentes no han sido desplazados, ni asimilados por la implementación de nuevas formas de organización social, sino que constituyen el sedimento irregular e inestable del régimen económico mexicano, en el que no me detendré ahora, pero que requiere un estudio específico. En este orden de ideas, si analizamos retrospectivamente tales transformaciones del sistema político-económico mexicano a la luz de los regímenes descritos en la sección anterior, se hace evidente la presencia de distintas tensiones dentro del sistema político-económico de México, que inciden en la coherencia y, sobre todo, en la funcionalidad del “sistema” en distintos grados. Tales tensiones pueden analizarse, desde luego, en distintos niveles (macro y micro); con distintas trayectorias (de lo general a lo particular y viceversa); con distintas geometrías (generales o particulares); en distintos sectores (producción y distribución). Una aproximación “multidimensional” seguramente permitiría un mapa detallado mediante el cual cada uno de estos estudios particulares produjera la detección de problemas específicos y, naturalmente, de mejores diagnósticos encaminados a su solución. Pero, en este contexto, sólo resulta oportuna un breve diagnóstico a la luz de lo que pueden denominarse tres grandes transiciones en la sociedad mexicana contemporánea.

2. Tensiones dentro del régimen económico mexicano a la luz de los derechos económicos y tres escenarios problemáticos

Dado el espacio reducido de este trabajo, me limitare sólo a plantear lo que considero cuatro grandes tensiones sistémicas del régimen de derechos económicos en el México actual, para pasar después a describir sucintamente el papel que, considero, puede y debe desempeñar en el futuro el régimen de los derechos económicos en la articulación de la relación entre Estado, política y economía.

Para hablar de las tensiones sistémicas en un sentido menos abstracto, esquematizaré algunas de las transformaciones más significativas en el entorno institucional del Estado mexicano en las últimas décadas; refiriéndome a estas transformaciones como “transiciones”, en el sentido de que se trata de cambios profundos que, por un lado, buscan generar cambios sistémicos, y no sólo modificaciones parciales o incrementales y, por otro, deben entender-

se como procesos a largo plazo, en desenvolvimiento continuo susceptibles de adoptar distintos rumbos e, incluso, de padecer regresiones. Así pues, en las próximas líneas me ocuparé de los efectos de cuatro procesos “transicionales” en el régimen de los derechos económicos en México: la transición económica, la transición política, la transición jurídica y la transición administrativa.

Con independencia de lo que nos presente el incierto futuro que, auspiciado por la actual administración y las mayorías en el Congreso de la Unión, apunta hacia un cambio radical en el entorno de las políticas económicas y su marco institucional, y aunque no hayamos podido ver con claridad todavía el sentido de tales transformaciones, creo que la organización económica del México contemporáneo se puede definir todavía a la luz de las transformaciones que se generaron en México a partir de los años ochenta y que, con una mayor o menor consistencia, siguieron una misma lógica hasta las conocidas como “reformas estructurales” impulsadas en la administración anterior (2012-2018).

Tomando en cuenta el cuadro presentado en las páginas anteriores, estas transformaciones pueden sintetizarse, me parece, en dos grandes ejes: el eje de construcción de una economía de mercado y el eje de la integración económica en los mercados internacionales. No obstante, en relación con los derechos económicos en particular, creo que, lamentablemente, los aspectos que deben recalcar de este entorno institucional no son particularmente positivos, en primer lugar, porque el modelo implementado no ha permitido un crecimiento económico robusto y, en segundo lugar, porque el débil crecimiento de la economía no ha venido acompañado por mejores patrones de distribución de la riqueza y de las oportunidades económicas.

En cuanto a la transición política, aunque es indudable que en las últimas décadas —de manera más acentuada a partir de 1988— que la sociedad mexicana ha incrementado sus niveles de participación política, evidenciado, primero, por la realización de elecciones generalmente competitivas y limpias y, en segundo grado, por un creciente pluralismo político, esta transformación del entorno político no ha impactado de manera perceptible en la calidad de la democracia como resultado reconocible en el bienestar de los ciudadanos. Por decirlo de manera muy sintética: la democracia mexicana ha sido capturada por el sistema político mexicano, que ha determinado el contenido de las decisiones colectivas en favor de los intereses de los grupos dominantes.

Esta captura ha sido agravada por la presencia de grados muy elevados de corrupción, que han afectado no sólo a los niveles más bajos de las administraciones públicas, sino que han penetrado a la totalidad de los poderes

públicos, en formas distintas (tráfico de influencias, ineficiencia estructural, salarios desproporcionados, etcétera), pero que de manera generalizada han desviado la acción pública y generado una utilización del patrimonio público ineficiente y, desde luego, inequitativa.

La transición jurídica del país ha tenido como horizonte la creación de un Estado de derecho. Sin duda, en la últimas décadas se ha avanzado en este tema, no sólo porque así lo ha permitido la recomposición de sustrato político de las decisiones públicas en el sentido de un creciente pluralismo político, reflejado en una potencialmente real división de poderes, sino también, porque se han reforzado mecanismos institucionales que respaldan los principios constitucionales; como, por ejemplo, la autonomía judicial o la creación de órganos de control independientes de los poderes de la Unión (CNDH, INE, Banco de México, entre otros).

Sin embargo, debido en parte a la captura política a la que me refería antes y, particularmente, a la actitud estratégica de los actores políticos, gubernamentales y sociales en la operación de estas estructuras institucionales de equilibrio del Estado, las funciones de estos órganos se han visto sistemáticamente obstaculizadas, generado lo que puede denominarse un Estado de derecho autorreferente: es decir, un Estado en el que la operación de los poderes públicos se desgasta en implementar e impugnar la implementación de normas jurídicas, pero que tiene muy poca capacidad de impactar en la transformación social.

Esta transición jurídica ha sido complementada por lo que puede denominarse una transición administrativa, en el sentido de la creación de nuevas entidades gubernamentales, dirigidas a realizar sus funciones de manera descentralizada y especializada. En un principio, este tipo de órganos tenían un alcance fundamentalmente federal, pero las llamadas reformas estructurales de 2013 y 2014 tuvieron como efecto dar rango constitucional a algunas de estas entidades, como la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) o el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).

Los efectos de la operación de estas instituciones se han notado en distintas mediciones relativas a sus rubros específicos —como, por ejemplo, el crecimiento de la cobertura de Internet—. Sin embargo, el débil crecimiento de la economía en su conjunto y la consecuente brecha en la distribución de la riqueza tiene como consecuencia el hecho de que este tipo de factores potencialmente positivos en término del disfrute de derechos económicos no permeen de manera significativa en el bienestar del conjunto de la población.

El estado actual de las transiciones que acabo de esquematizar permite vislumbrar, en mi opinión, tres escenarios problemáticos para que la organi-

zación del Estado mexicano logre un impacto significativo en las condiciones para la realización de los derechos económicos.

El primer escenario problemático es el gran reto de la sociedad mexicana, si pretende ser —o seguir siendo— una sociedad viable: la reducción radical de la pobreza. De manera absolutamente injustificable —y, en cierto sentido, inexplicable— el Estado mexicano muestra su mayor fracaso en la incapacidad de generar oportunidades para el bienestar a su población, mediante servicios públicos como la educación y la salud, pero también como resultado de la incapacidad para establecer condiciones de crecimiento del empleo. Estoy convencido de que si el Estado mexicano no es capaz de implementar políticas públicas que generen un crecimiento económico vigoroso y sostenible que, a su vez, mediante mecanismos redistributivos y, sobre todo, por medio de servicios públicos, fortalezca las capacidades de la población para generar desarrollo, no se darán las condiciones para la satisfacción de derechos económicos —y, me temo, para ningún tipo de derecho humano—.

Ahora bien, las condiciones de tales políticas para el desarrollo no vienen dadas, sino que dependen de la capacidad política para establecer, precisamente, políticas de Estado; entre las que, desde luego, el consenso sobre una estrategia estable y sostenida en el tiempo es una condición *sine qua non*. Para lograr un crecimiento económico y una distribución de las oportunidades que permita, primero, superar la pobreza y, como consecuencia de ello, vigorizar la capacidad de desarrollo de la propia sociedad mexicana, se requieren políticas de Estado en materia de educación, salud, infraestructura, innovación, etcétera. Como es bien sabido, este tipo de políticas no alcanzan resultados significativos a corto plazo, ni siquiera a mediano plazo. Se requiere de varias décadas en las que es necesario transferir recursos no sólo entre grupos sociales, sino entre generaciones. Nuestro sistema político ha sido incapaz de general los compromisos y las estructuras que conduzcan a la generación y a la ejecución de este tipo de políticas de Estado. Me temo que, sin esta condición, el escenario de los derechos económicos en México es sombrío.

Quiero cerrar esta sección y este trabajo apuntando brevemente a un tercer escenario problemático para los derechos económicos en México que, a diferencia de los anteriores, no suele considerarse como un problema, sino más bien como una solución: la judicialización de los derechos económicos.

Siguiendo una tendencia característica del neoconstitucionalismo latinoamericano —donde prevalece, no de manera injustificada, desde luego, una profunda desconfianza en los poderes políticos y en las administraciones públicas, debido la profusa corrupción y captura de intereses que han dominado la historia, agravados con amplias dosis de ineficiencia—, en la cultura jurídico-política mexicana se ha consolidado la idea de que un requisito fun-

damental para la realización de los derechos económicos es contar con garantías institucionales para su protección, centradas fundamentalmente en la protección jurisdiccional de estos derechos como política general. Esto, desde luego, a partir del supuesto de que el Poder Judicial goza de mejores condiciones institucionales —en particular, menor corrupción— que los poderes Legislativo y Judicial para la promoción de los derechos humanos, en general, y de los derechos económicos en particular.

Este no es el contexto en el que pueden analizarse a fondo las implicaciones de esta posición, ni tampoco, por cierto, el lugar para dilucidar si se basa en supuestos correctos o no. Lo que solamente quiero dejar apuntado en este contexto son dos consideraciones relativas al tema de la organización del Estado y el efecto, en mi opinión, debilitador de las capacidades públicas que conlleva esta posición. En primer lugar, una consecuencia muy básica, pero trascendente, de enfatizar la protección jurisdiccional de los derechos económicos como estrategia para su promoción es que “desresponsabiliza” a los otros poderes públicos, de carácter legislativo y administrativo, respecto de las consecuencias de sus decisiones a la luz de sus impactos sustantivos en la promoción de los derechos. Se genera una especie de lógica perversa de la irresponsabilidad, en la que los órganos legislativos y administrativos actúan envueltos en una retórica de los derechos, pero en la que, en realidad, depende de las decisiones jurisdiccionales el establecimiento de orientaciones y límites sustantivos. Es fácil legislar en favor del derecho a la vivienda o a un medio ambiente sano, cuando, a fin de cuentas, la vinculatoriedad de esa legislación dependerá, en todo caso y si acaso, de una decisión judicial de eficacia dudable.

En este mismo sentido, en segundo lugar, definir presupuestos públicos y mecanismos operativos ostensiblemente inadecuados como medios para la garantía de un derecho es sencillo, pues quizá, y sólo quizá, serán unos pocos de los sujetos del derecho quienes tengan la posibilidad y la determinación para denunciar y alcanzar una respuesta jurídica a la impericia o desviación del ejercicio de las prerrogativas públicas. Por ello, es importante subrayar que la protección de los derechos económicos no es una responsabilidad exclusiva del Poder Judicial, sino del conjunto de los poderes del Estado, y que, por razones de funcionalidad y legitimidad, son los poderes legislativos y ejecutivos los encargados prioritariamente de su atención. Esta ha sido la experiencia de los estados que han logrado niveles altos de protección de derechos económicos: legislaciones progresistas y administraciones públicas eficaces.

La focalización de la protección de los derechos económicos en la actividad jurisdiccional acarrea un segundo tipo de escenario problemático que

no tiene tanto que ver con la naturaleza del Poder Judicial como con la forma del derecho, y de la adjudicación como proceso jurídico. Como es bien sabido, y como ya había apuntado antes, el derecho es una herramienta de control de la conducta que opera, en una primera instancia, mediante normas generales y abstractas, y sólo en algunos casos, particularmente cuando operan los procesos de adjudicación —pero también en otros procesos de determinación como el procedimiento administrativo—, se establecen normas particulares y concretas.

Como veíamos, la generalidad y la abstracción son condiciones no sólo para poder regular prospectivamente, sino también, de manera central para la legitimación de esta herramienta social, para generar un espacio de libertad individual; dentro de la cual, el derecho cumple una función de guía dentro de un espacio de autonomía. Para que esto sea posible, con independencia del origen democrático de la autoridad jurisdiccional, las decisiones judiciales deben ser producto de la aplicación del derecho, y sólo en casos excepcionales tener un carácter creador del derecho, en el sentido estricto del término. Confiar la determinación de los derechos de las personas a los jueces no sólo tiene un carácter contra-mayoritario derivado del carácter de la institución que opera como fuente del derecho, sino que vulnera al propio derecho mismo, en el sentido de que limita las funciones de éste como “creador” de la esfera de libertad a la que debe aspirar todo orden social legítimo. La experiencia de las sociedades que han logrado amplia protección de los derechos económicos ha sido esta: legislaciones ambiciosas, administraciones públicas disciplinadas y judicaturas deferentes, pero atentas a la ineficacia, a menudo exhibida en arbitrariedad, de los otros poderes.

Un tercer y último escenario problemático que, quizá, de alguna manera constituye un contrapunto a lo que he afirmado hasta ahora a la luz de la cita que encabeza este texto, tiene que ver con la inherente complejidad de configurar las aspiraciones de bienestar como derechos. Si tomamos en serio el lenguaje de los derechos, reconocer o atribuir un derecho a alguien respecto de algo, supone reconocer o atribuir a esa persona un poder para oponer a otro, otros o a cualquiera su interés en el contenido del derecho. Ahora bien, en ciertas condiciones políticas en las que las que el Estado no cuenta con una legitimidad robusta —como suele ocurrir, precisamente, en las sociedades institucionalmente débiles y, en consecuencia, económicamente poco avanzadas este empoderamiento individual o colectivo imprime al espacio público un carácter de adversativo, que complica y, en casos de radical oposición entre facciones sociales, impide la identificación de objetivos públicos o comunitarios (interés público) que, ineludiblemente, imponen distribuciones de cargas y beneficios desiguales— de nuevo, como un efecto no intencional

de las acciones intencionales. El lenguaje de los derechos no puede resolver este tipo de aporías; es más, el derecho no puede legítimamente intentar abarcarlas. Se trata del dominio de la política; en particular, como apuntaba la cita que encabeza este capítulo y como hemos visto a lo largo de los capítulos precedentes, de la capacidad de los estados de dotarse de constituciones operativas que hagan del reconocimiento de derechos económicos verdaderas herramientas de bienestar de las personas.

CAPÍTULO SEXTO

LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA GLOBAL. ¿HACIA UN CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL?

Es un lugar común afirmar que en las últimas décadas la sociedad mundial se ha transformado a gran velocidad. También es un tópico sostener que lo que se conoce como “globalización” es, según se vea, la causa o el resultado de este acelerado cambio en las formas de relación social hasta ahora conocidas (Castells, 2000; Scholte, 1993; Giddens, 1990; y Harvey, 1989). Naturalmente, dependiendo de la perspectiva histórica que se adopte, pueden identificarse distintos momentos globalizadores o un único gran proceso de globalización iniciado hace unos cinco millones de años, pero con independencia de esta circunstancia, lo que me interesa resaltar aquí es que la idea de globalización es un concepto central en la comprensión de los fenómenos políticos, económicos, jurídicos, culturales, etcétera, contemporáneos, y que se trata de una noción problemática. Como es lógico, la manera en que perfilamos este fenómeno tiene efectos en nuestra valoración y, naturalmente, en nuestra reacción frente a sus consecuencias; por ello, me parece oportuno su tratamiento como factor, por decirlo de algún modo, “metaconstitucional”.

Aunque no es el más reciente, el tratamiento teórico más detallado de la globalización que conozco es *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*. En este libro monumental se define la globalización como

...un proceso (o conjunto de procesos que materializa una transformación en la organización de las relaciones y transacciones sociales —evaluada en términos de su extensión, intensidad, velocidad e impacto— que genera flujos y redes de actividad, de interacción y de ejercicio de poder transcontinentales o interregionales (Held, McGrew, Goldblatt y Perraton, 1999, p. 16).

A partir de esta definición, parece claro que, en todo caso, el núcleo de la globalización puede conceptualizarse razonablemente como “la intensificación de las relaciones sociales a escala mundial que conecta distintas localidades de manera que eventos locales son afectados por hechos que tienen lugar a mucha distancia y viceversa” (Giddens, 1990, p. 64).

En este orden de ideas, aunque no parece difícil un acuerdo generalizado en la idea de globalización alude a un proceso o un conjunto de procesos de integración de distintos elementos “regulativos” del flujo de relaciones entre localidades a escala global —particularmente cuando éstas tienen un carácter económico—, cuando se trata de determinar con mayor precisión la naturaleza, las causas, el alcance, la dirección, etcétera, de esa transformación, el consenso se torna mucho más débil. Como consecuencia de ello, pese al ingente material bibliográfico que el tema ha generado en las últimas décadas, la noción de globalización como categoría general de las ciencias sociales sigue siendo extremadamente difusa e imprecisa para un análisis de sus causas y consecuencias.

Así pues, la noción de globalización *tout court* resulta de relativa poca utilidad para formular un análisis a fondo de las formas de ordenación social emergentes; es poco fértil como herramienta para una crítica de la dirección de los cambios estructurales del orden político-económico mundial y, por supuesto, poco apta para la labor de construcción de arreglos sociales alternativos que veíamos en el capítulo segundo. Por ello, en mi opinión, si el constitucionalismo económico quiere integrar una herramienta analítica funcional, la globalización debe entenderse en combinación con los arreglos institucionales que ha transformado y que sigue transformando el orden económico mundial. De ahí que este capítulo explore la relación entre regulación y globalización, ya que, a pesar de la considerable maraña retórica en la que se desenvuelve el discurso de la globalización, parece que una clave útil para interpretar este proceso es verlo, fundamentalmente, como una reorganización de las economías nacionales.

Creo que un primer paso hacia la claridad puede consistir en reconocer las relaciones económicas que ocupan una posición privilegiada como motor y guía de las transformaciones sociales contemporáneas.¹²⁴ En esta línea, más concretamente, parece que una clave analítica útil puede ser la adopción de un único modelo económico en las economías centrales, que ha potenciado una substancial convergencia de las instituciones políticas y jurídicas a escala mundial. Es decir, aproximarse a la globalización imperante como la implementación de un constitucionalismo económico mundial.

Sin necesidad de asumir ningún compromiso ideológico sobre el fin de la historia —muy difícil de asumir, por cierto, apenas tres décadas después

¹²⁴ Con independencia de la valoración y las predicciones respecto del futuro desarrollo de la globalización, en este punto coinciden las distintas posiciones del debate: los hiperglobalizadores, los escépticos y los transformacionistas. Respecto de estas categorías, véase Held *et al.* (1999). Para el desarrollo de estas posiciones, véase Hirst y Thompson (1996), Ohmae (1995) y Rosenau y Czempiel (1992).

del triunfo de “Occidente”—¹²⁵ resulta razonable pensar que lo que actualmente se conoce como globalización ha supuesto, de hecho, la adopción de un modelo político-económico que puede definirse, *grasso modo*, como liberalismo de mercado.¹²⁶ Asimismo, parece claro que la consolidación de esta particular estructura político-económica ha influido y sigue influyendo radicalmente en cómo se ha transformado y siguen transformándose los demás aspectos de la sociedad contemporánea; en particular, como he apuntado, nuestro paradigma de legitimidad jurídico-política.

Como puede desprenderse de lo dicho hasta ahora, me encuentro entre quienes consideran que la clave para entender el proceso de globalización en curso reside en apuntar sin ambages al sistema económico mundial,¹²⁷

¹²⁵ Fukuyama (1992). ¿Qué decir del Brexit o del triunfo electoral de Donald Trump, de Erdogan o Bolsonaro? ¿De los impulsos neo-mercantilistas y de la expansión global del autoritarismo por vías populistas? ¿Tenemos claro hacia dónde conduce la cuarta transformación en México? Por lo que se ha visto hasta hoy, desde luego, no a la participación en la esfera global ni, mucho menos, al fortalecimiento de una democracia constitucional.

¹²⁶ Como ya he reconocido antes, soy consciente de que la categoría liberalismo de mercado es imprecisa y que, quizá, sería más exacto utilizar las ideas de capitalismo de mercado o de capitalismo postindustrial. Sin embargo, tampoco estas categorías me parecen del todo satisfactorias. Por una parte, como veíamos en el capítulo anterior, dentro del sistema general del capitalismo caben variaciones tan significativas de las estructuras económicas que van desde los modelos del Estado de bienestar escandinavos y del mercado social alemán hasta el modelo liberal o ultraliberal tacheriano-reaganiano. Al respecto, véase Berliner (1999). Por otra parte, la noción de capitalismo postindustrial gira fundamentalmente en torno a la conformación de las estructuras de producción, soslayando, consecuentemente, la transformación de las estructuras de asignación de los productos económicos o de distribución. Al respecto, véase Castells (2000) y Bell (1991). En mi opinión, es en la transformación de las estructuras distributivas donde radica el punto clave de profunda transformación política y jurídica que está suponiendo la globalización; en particular, respecto del agotamiento de la fórmula liberal de legitimación política: la democracia. Al respecto, véase Wallerstein (1995). Para no perder el hilo de la argumentación en cuestiones importantes para otros propósitos, pero excesivas para el objetivo que persigo aquí, he preferido poner el énfasis en los rasgos más generales de la forma de organización/institucionalización del “modelo económico” de la globalización imperante: el mercado.

¹²⁷ Por su énfasis en el carácter genuinamente global y económicamente dirigido de la economía mundo capitalista, probablemente la teoría más destacada en esta línea sea la del sistema-mundo de Wallerstein (1979), pero el trabajo de Findlay y O'Rourke (2007), *Power and Plenty. Trade, War, and the World Economy in the Second Millenium* es también una referencia obligada. Otros autores influyentes como, por ejemplo, Anthony Giddens, consideran que el énfasis en el capitalismo como nexo institucional deforma el fenómeno de la globalización, dando una imagen insatisfactoria de la misma desde otras perspectivas teóricas. Así pues, este autor plantea un análisis de la globalización sobre cuatro dimensiones: la economía capitalista mundial, el sistema de los Estados nación, el orden militar mundial y la división internacional del trabajo (Giddens, 1990). Naturalmente, en este trabajo no puedo ponderar las virtudes de una y otra aproximación, pero, aun así, como espero poner de manifiesto en las próximas

en particular, al proceso de estructuración normativa de un *sistema de mercado global*.¹²⁸ Y también creo, como muchos otros, que la comprensión de este sistema normativo emergente es un requisito ineludible para sopesar las ventajas y desventajas que conlleva la implementación política económica sin precedentes (Gray, 1998 y Polanyi, 1957) y, obviamente, para asumir el reto de controlar y redirigir sus efectos perniciosos mediante la reforma de los instrumentos regulativos de los que depende (MacEwan, 1999 y Unger, 1998). En este orden de ideas, me parece que una buena estrategia para enfrentar las confusas retóricas en favor y en contra de la globalización consiste en estudiar los presupuestos teóricos que subyacen a la implementación de los instrumentos y mecanismos jurídicos y políticos que se han utilizado como herramientas regulativas para la constitución de este sistema económico particular, identificando así algunas de las efectivas causas de su “éxito” como modelo económico “único”.¹²⁹ Desde mi punto de vista, ésta es una tarea ur-

páginas, creo que la aproximación de la regulación tiene una especial relevancia teórica al menos desde el punto de vista de los análisis normativos de la globalización.

¹²⁸ Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la existencia de algunos mercados a escala mundial es un fenómeno histórico característico de las últimas décadas, sino que ya existía, en alguna medida, desde el siglo XIX —con toda claridad, al menos, desde la segunda mitad del siglo—. Al respecto, véase Hirst y Thompson (1996), Krugman (1997) y Halliday (1994). Como veremos con más detalle enseguida, lo que quiero destacar aquí es la existencia o, quizá, mejor dicho, la reedición de una política económica específica que ha venido desarrollándose en las últimas décadas dirigida a la implementación de un sistema de mercado global —podríamos hablar, pues, de un liberalismo decimonónico “reloaded”. Es decir, se trata de una política que promueve la creación de una economía mundial en la que el conjunto de bienes y servicios —incluidos, desde luego, los medios básicos de producción (tierra, trabajo y capital)— se asignan mediante la concurrencia de la oferta y la demanda, esto es, a través del sistema de precios.

Seguramente, como veíamos en la introducción a propósito de Braudel, esta visión carece de la “nobleza” de otras imágenes sugeridas por filosofías de la historia más ambiciosas. Sin embargo, creo que supone algunas ventajas para el análisis de *esta* globalización como fenómeno histórico. Interpretar esta transformación social a la luz de algunos de los concretos cambios normativos-institucionales que la han producido tiene dos consecuencias importantes: en primer lugar, permite dar consistencia a un periodo histórico relativamente discreto dentro de procesos temporalmente mucho más amplios —por ejemplo, la globalización dentro de la historia del capitalismo— y, en segundo lugar, permite simplificar de manera no arbitraria un fenómeno social complejo, prestando atención a las intenciones manifiestas de actores históricos de hecho existentes —por ejemplo, analizando el desarrollo y las competencias de instituciones como la OMC, el FMI, el BM o la CEE— como respuestas específicas a problemas políticos y económicos reales. Dicho brevemente, permite aproximarse a la historia de la globalización como programa político en curso.

¹²⁹ Suele sostenerse que por medio del programa político conocido como “Consenso de Washington”, esto es, sobre la base del sistema institucional de Bretton Woods, distintas instituciones han implementado de manera más o menos coordinada la política económica neoliberal. Este programa político puede definirse en los siguientes términos: “En su forma universal

gente para las ciencias sociales y, en particular, un asunto ineludible para una ciencia jurídica que pretenda contribuir a esclarecer y a enfrentar algunos de los problemas actuales más acuciantes: la pobreza generalizada, el terrorismo internacional, la presión migratoria, la crisis medioambiental, etcétera.

Por ello, este capítulo pretende exponer un conjunto de cuestiones teóricas relacionadas con el orden económico a escala mundial que, en mi opinión, merecen mayor atención de la que suelen recibir por parte de los constitucionalistas. Mi objetivo general es explorar algunos aspectos del proceso de regulación (desregulación o re-regulación) de la economía mundial pues, en mi opinión, ahí reside una buena parte de la identificación del horizonte del constitucionalismo económico.¹³⁰

Con ese propósito me aproximaré a la cuestión de la transformación de las estructuras de ordenación de la economía y a sus efectos en las formas y el contenido del control político y jurídico. Es decir, a la implementación

más abstracta, el neoliberalismo es el programa dirigido a la implementación de la estabilización macroeconómica ortodoxa, especialmente mediante un equilibrio fiscal alcanzado más sobre por la contención del gasto público que a través del incremento de la recaudación fiscal; a la liberalización en la forma de una mayor integración en el sistema comercial internacional y de la aceptación de sus reglas establecidas; a la privatización, tanto entendida estrictamente como la retracción del gobierno de la producción y de manera más general a la adopción del derecho de propiedad occidental estándar, y al despliegue de políticas sociales compensatorias («redes de seguridad social») diseñadas para contrarrestar los consecuencias desiguales de los otros tableros de la plataforma ortodoxa” (Unger, 1998, p. 53).

Para una explicación general de los aspectos teóricos del neoliberalismo, véase Campbell y Pedersen (2001), y en relación con su expansión como ideología, véase Knight (2001). Las interpretaciones del Consenso de Washington varían significativamente en función de la actitud que se tenga respecto de programa político neoliberal. Dos aproximaciones con las que me identifiqué son las de MacEwan (1999) y Unger (1998). Al respecto, véase Kuczynski y Williamson (2003) y Naim (2000). Para una exposición amplia del contexto del Consenso de Washington, Halami (2004).

¹³⁰ En este momento no me interesa discutir si la acelerada transformación del marco jurídico de la economía mundial de las últimas décadas es el producto de un proceso de regulación, de desregulación o de re-regulación —a propósito, véase Majone (1996). Este trabajo no se sitúa en el debate interno de la teoría de la regulación, sino en el de la relación entre la regulación del mercado global y el fenómeno de la globalización como formas de expresión de una forma de creación de un orden económico. En cualquier caso, como veíamos en los capítulos 2 y 4, el presupuesto de la retórica neoliberal de que la desregulación supone la nada regulativa (*laissez-faire*), y que no implica en sí misma una elección regulativa en la que se promueven ciertos intereses frente a otros, sino una vuelta a una situación natural en la que el poder político tiene una posición neutral es manifiestamente absurda. Al respecto, Samuels (1989 y 2002). Esta visión del orden económico sólo se explica por su trasfondo ideológico conservador bien conocido que no es pertinente discutir aquí, pues el tema se trató en el capítulo segundo. Para una visión más general de la cuestión, véase, por ejemplo, Muller (2002).

institucional del sistema de mercado global.¹³¹ Lo que pretendo es mostrar algunas de las propiedades jurídicas de esta ordenación económica supraestatal o no estatal, y apuntar algunas de sus consecuencias en relación con nuestra concepción del constitucionalismo económico, en particular, respecto de las funciones de legitimación del orden económico que asignamos a la regulación.¹³²

En síntesis, la idea general que quiero explorar aquí es que algunos de los aspectos más sobresalientes del proceso de intensificación de las relaciones entre localidades que conocemos como globalización, puede entenderse mediante una clave constitucional/regulativa, y que esta clave permite in-

¹³¹ La vaguedad que padece la noción de institución recorre los distintos extremos de la idea de regulación. Así, mientras que, por un lado, poniendo énfasis en su dimensión normativa e intencional, la literatura jurídica suele utilizar la idea de institución para aludir a conjuntos o haces de normas (de mandato, que confieren poderes, permisos, etcétera) sistemáticamente ordenados para realizar un propósito o finalidad, por otro lado, la literatura de inspiración sociológica y económica utiliza esta noción poniendo énfasis en la idea de organización, intencional o no, de personas o de recursos. Aunque en otros contextos me parece posible y deseable atacar esta ambigüedad mediante una estipulación, en el caso de la teoría de la regulación económica el esfuerzo por llevar a cabo una nítida distinción no sólo me parece innecesario sino, incluso, en cierta medida, contraproducente. Cuando, por ejemplo, hablamos del marco institucional de una economía; de un sector económico o de un mercado, reducir la idea de “institución” a uno de los sentidos apuntados lleva a oscurecer otras dimensiones importantes. El marco institucional de una industria no está sólo en función de las normas que organizan y controlan su actividad, sino también, entre otros factores, del tipo de “organizaciones” que participan en ella (empresas, sindicatos, entre otros) y de la “organización” de elementos sociales, públicos (órganos del ejecutivo, jueces, etcétera) y privados (grupos de presión, entidades financieras) relacionados con la actividad económica en cuestión. En un sentido general, la regulación atañe a estas tres dimensiones “institucionales”, así que en adelante no distinguiré entre los dos sentidos de “institución” que he apuntado antes, y sólo cuando me parezca necesario enfatizaré una u otra perspectiva. Al respecto, Hancher y Moran (2002).

¹³² En este punto me parece importante hacer una precisión. Como se verá más adelante, el argumento de este trabajo se solapa con el tratamiento de la autonomía de la *Lex Mercatoria* que han analizado, entre otros, Wiener (1999), Teubner (1997), Mertens (1997) y Stein (1995). Como veremos, dado que la institucionalización de la decisión en materia comercial es un elemento central para la autonomía de la estructura regulativa del sistema de mercado global, en última instancia, las aproximaciones coinciden en cierta medida. Ahora bien, la diferencia reside en que, mientras que estos autores se centran en la autonomía sistémica del derecho de contratación internacional, yo pongo el énfasis en las funciones de la estructura regulativa en el proceso de institucionalización. Por mi parte, creo que la aproximación desde la perspectiva regulativa tiene la ventaja de que pone en conexión materias jurídicas que no pertenecen a la *Lex Mercatoria*, como la regulación laboral, medioambiental, de protección al consumidor, etcétera. En este sentido, si se adopta una perspectiva amplia de la regulación del mercado, esta aproximación muestra que la profunda implicación de la implementación de un modelo económico tanto en el derecho público (internacional, constitucional, administrativo, penal, y así sucesivamente) como en el privado (contratos, derecho corporativo, patentes, entre otros).

terpretar y evaluar las transformaciones de estructuras jurídico-políticas que típicamente identificamos con la idea de Estado y, sobre todo, con la noción de legitimidad política asociada a esta forma histórica de legitimización de poder que conocemos como constitucionalismo.

Con esta estrategia en mente, retomando las distinción entre las funciones regulativas de mercado (organización, política y límite), lo que trataré de mostrar en las próximas páginas es que lo que conocemos como globalización supone una “mutación” en las formas históricas de regulación económica que implica, a su vez, una transformación de la propia noción de Estado que afecta, desde luego, la relación entre las funciones regulativas de los Estados nacionales y las condiciones para la propia legitimidad de las relaciones sociales (políticas, jurídicas y económicas) dentro de la propia estructura del Estado. Dicho brevemente, la globalización no supone sólo una modificación en los patrones de relación entre los Estados, sino una modificación de las relaciones políticas en el seno de las propias estructuras estatales.

Como debe resultar obvio, este trabajo no intenta llegar a las conclusiones necesarias para comprender cabalmente, criticar rigurosamente e intentar reconducir sensatamente la globalización, sino que tiene un propósito más modesto: apuntar hacia algunos de los problemas que plantea el desarrollo de un constitucionalismo económico global, con el propósito de esbozar un conjunto de problemas que sirva, a su vez, como un paso dentro de un programa de investigación más ambicioso dirigido a estudiar el papel de las normas e instituciones jurídicas de las transformaciones globales.¹³³

¹³³ En este orden de cosas, puede argumentarse, desde luego, que los problemas de la regulación de los mercados son por sí mismos importantes, y que, consecuentemente, con independencia de la medida en la que su estudio permita entender algunos aspectos de la globalización, merecen por sus propios méritos una seria y detenida consideración teórica. También se puede sostener que el interés de las cuestiones regulativas es sólo tangencial en relación con el núcleo de las transformaciones globales, y que, por lo tanto, desde la perspectiva del modelo de legitimidad jurídico-política del constitucionalismo, centrarse en el estudio de cuestiones como la crisis de la soberanía de los Estados nacionales, el déficit democrático de los procesos de redefinición del poder público, la confusión de los valores públicos y privados, etc. supone ir directamente al meollo del asunto, sin correr el riesgo de perderse en los vericuetos de los efectos de las estrategias regulativas de la economía global. En principio, ambas apreciaciones me parecen razonables, así que no intentaré rebatirlas. No obstante, creo que, a la luz de las condiciones actuales, el enfoque que aquí propongo tiene dos puntos en su favor. Por un lado, creo que la perspectiva que adopto en este trabajo es interesante porque aborda la cuestión de la relación entre el derecho y la globalización desde un territorio poco frecuentado: la teoría de la regulación económica —más específicamente, la regulación del sistema de mercado global mediante la convergencia funcional de las estructuras normativas de los distintos regímenes comerciales internacionales—. Consecuentemente, creo que esta aproximación ilumina aspectos del proceso de globalización que no han sido suficientemente discutidos. Por otro lado, creo que llamar la atención acerca del proceso regulativo del sistema de mercado global

Tomando en cuenta lo que acabo de señalar, en las próximas páginas proseguiré de la siguiente manera. En primer lugar, expondré algunos ejemplos de cómo las políticas regulativas han contribuido al desarrollo de un sistema de mercado mundial. En segundo lugar, veremos cómo este sistema regulativo ha dado lugar a un orden normativo institucional autónomo que, en alguna medida, cuestiona el paradigma jurídico-político del Estado moderno. Por último, en tercer lugar, me referiré a las (dis)funciones de la regulación de la economía global en el modelo de legitimación del Estado constitucional de derecho.

I. LA ESTRUCTURA REGULATIVA DEL ORDEN DE MERCADO MUNDIAL

Como vimos en el capítulo anterior, la cuestión de la organización económica suele presentarse como objeto de una tensión entre dos principios fundamentales de coordinación económica y social: la dirección y planeación centralizada, por un lado, y la coordinación descentralizada mediante las fuerzas del mercado, por otro. Las formas típicas de organización a la que dan lugar estos principios sostienen políticas económicas antagónicas: la colectivización y la privatización de la esfera económica. Ambos modelos de coordinación económica suponen, también, la ordenación social en torno a ciertas formas básicas de justificación del ejercicio de los arreglos económicos: el interés público y la maximización de la utilidad individual. Asimismo, ambos modelos asignan al Estado —al poder político, en general— funciones de implementación, estabilización y protección de la estructura normativo-institucional que es, a su vez, requerida, reproducida y reforzada por la operación del conjunto del sistema económico.¹³⁴

En el capítulo segundo señalamos que en las últimas décadas se ha consolidado una forma abreviada de referirse a la relación entre el Estado y la economía de mercado mediante el término “regulación”.¹³⁵ El uso de este

tiene importancia teórica, pero también, sin lugar a duda, política. En este sentido, enfrentar la complejidad de esta actividad normativa puede ayudar a desactivar los efectos retóricos del *cliché* de la globalización como válvula de escape a la responsabilidad social (*accountability*) de los agentes económicos. Me parece que en la actualidad no hace falta insistir en la pertinencia de este punto.

¹³⁴ Ésta es una cuestión central en las obras clásicas de la teoría social en el espectro ideológico desde Marx hasta Weber. Para un planteamiento contemporáneo de la cuestión, Fligstein (2001, en particular, pp. 10 y ss.).

¹³⁵ Dado que la connotación de la noción de regulación se refiere a la relación entre los órdenes político y económico, resulta obvio que la percepción de la necesidad de la interven-

término implica una marcada contraposición con las ideas de dirección y planificación que caracterizan al modelo económico colectivista, enfatizando la posición externa de la intervención política en la actividad económica característica del liberalismo económico. En términos institucionales, esta configuración de la relación entre política y economía se concreta en tres funciones regulativas fundamentales generales —de organización, de política económica y de límite—, que definen, a su vez, el espacio del mercado *vis à vis* el control político, y que he expuesto ya en el capítulo anterior.¹³⁶ Y si bien, estas funciones regulativas no agotan el proceso de globalización económica, en mi opinión, sí capturan el núcleo sustantivo del proceso de desplazamiento de poder que caracteriza la forma de globalización imperante (Strange, 1996).

1. *La regulación como organización de la economía global*

Como hemos visto, regular en el sentido de organizar la economía equivale a la actividad de estructurar, controlar, operar, dirigir, entre otras, un conjunto de elementos normativos e institucionales sobre la base de un principio o, por lo general, un conjunto de principios que ordenan las relaciones entre los distintos elementos institucionales de un sistema económico. Estos elementos institucionales incluyen al sistema jurídico, al gobierno, a las empresas, a las entidades financieras, a los sindicatos, etcétera. En este sentido, la conducta económica se organiza mediante la conformación de un sistema normativo-institucional.

ción regulativa depende, a su vez, de la idea que se tenga acerca de qué balance entre el poder político y el sistema económico es socialmente preferible. Como se recordará, para una teoría regulatoria del constitucionalismo económico la expresión de dicho balance es particularmente importante en lo que concierne a las formas y los límites de la recíproca influencia de dichos órdenes y, sobre todo, en lo que respecta a la capacidad de sus respectivos modelos de coordinación económica —la dirección centralizada y la coordinación espontánea— para realizar ciertos objetivos sociales fundamentales de producción y distribución de bienes económicos.

¹³⁶ Este uso común del término no excluye, sin embargo, que dentro de esta noción amplia de regulación haya significativas diferencias en las ideas acerca de cuál es y cuál debe ser la relación entre el poder político y el mercado. Así pues, como es lógico, la primera dificultad que se enfrenta al tratar de delinear las distintas aproximaciones a la regulación es que éstas dependen, a su vez, de los presupuestos acerca de la naturaleza de esta actividad normativa como proceso, de objetivos que debe perseguir y de los medios adecuados para ello. Y como cabe esperar, éstas no son en absoluto cuestiones pacíficas. El desacuerdo es tal que gran parte de las aproximaciones doctrinales renuncian a proponer una definición general de regulación; y las que lo intentan, no suelen ir más allá de un catálogo de los usos del término. Al respecto, Parker y Braithwaite (2003), Daintith (1997), Ogus (1994) y Mitnick (1980).

En lo que respecta a la forma específica en la que los mercados dan lugar a la coordinación social, estabilizan el propio sistema económico y legitiman las transferencias económicas particulares, el principio fundamental del sistema de mercado es que las decisiones de producción y distribución de los bienes económicos se rigen por intercambios bajo el principio *quid pro quo*. La implementación de este principio tiene tres implicaciones particularmente importantes en la conformación del conjunto del sistema normativo-institucional. En primer lugar, el control sobre los bienes económicos adopta la forma de derechos de propiedad; en segundo lugar, el alcance de las exigencias de asignación de un bien está limitado por la capacidad de dar a cambio derechos de propiedad respecto de otro bien o su valor de intercambio en dinero y, en tercer lugar, la legitimidad de la asignación de bienes depende del acuerdo voluntario de quien(es) detente(n) los derechos de propiedad en cuestión.

Así pues, en virtud del contenido de las relaciones económicas, la organización de mercado se caracteriza porque la forma de coordinación económica reforzada por el sistema es la que se lleva a cabo mediante el intercambio de bienes o mercancías. Ello supone, a su vez, que la producción de los bienes —incluidos, desde luego, los servicios— no se destina directamente al consumo, sino a la generación de otros bienes o mercancías y, en términos más específicos, a la producción de medios de intercambio —de dinero—. Por ello, cuando la mayoría de los bienes de una economía —incluidos, desde luego, los medios básicos de producción—, son susceptibles de intercambio mediante un precio, se puede decir que esa economía es de mercado o que dicha economía está organizada como un sistema económico de mercado.

Entre las distintas reformas que han servido para implementar, consolidar y expandir el sistema de mercado como modelo económico global, tres merecen ser destacadas por su importancia: la creación de un mercado mundial de capitales; la drástica reducción de barreras comerciales para la conformación de un mercado global de bienes y servicios con empresas transnacionales como agentes privilegiados y el impulso del sector privado de la economía como política económica nacional generalizada. Estas grandes reformas han sido establecidas con distinto alcance por medio de distintos instrumentos y mecanismos normativos, y mediante la actividad política de distintas instituciones nacionales, de organismos internacionales (regionales y mundiales); gubernamentales y no gubernamentales,¹³⁷ que, sin embargo, han comparti-

¹³⁷ Entre las instituciones que han impulsado y dirigido este proceso cabe desatacar el GATT-OMC, la UE, el FMI, el BM, la OCDE y los distintos gobiernos de los bancos centrales, entre los cuales, desde luego, los más influyentes han sido la Reserva Federal de Estados Unidos y el Banco Central Europeo. Soy consciente de que, como ha señalado Twining (2000), uno de los temas del estudio de la globalización jurídica reside, precisamente, en es-

do un rasgo común: la implementación coordinada de medidas o estrategias “regulativas” de la economía que, operando conjuntamente, han reconfigurado el espacio de los mercados y han fortalecido su lógica interna como modelo económico mundial “único”. Es decir, se ha tratado de una serie de transformaciones en la estructura normativa de la actividad económica, dirigidas a definir y, en este caso particular, a expandir el espacio relativo del mercado frente al Estado como forma de organización social. Como efectos de esa reestructuración ha tenido lugar una profunda modificación del contenido de la soberanía estatal, una redefinición del dominio público frente a la autonomía privada, una redefinición de los límites de la legítima intervención política en la esfera económica.¹³⁸

2. *La regulación como política económica global*

Como hemos visto, la regulación como política tiene lugar dentro del marco de una organización económica de referencia. En el contexto que nos ocupa, esta forma de regulación se dirige a implementar, consolidar y desarrollar las condiciones normativas funcionales del mercado como mecanismo de asignación de insumos (producción) y de productos económicos (distribución). En este sentido, su función es primordialmente técnico-instrumental. La regulación como política dentro del liberalismo de mercado

tablecer distinciones entre los distintos esquemas y niveles de integración; que, por tanto, los respectivos papeles institucionales en la conformación del sistema de mercado global —por ejemplo, la CEE y la OMC— deben diferenciarse en muchos aspectos, y que lo mismo cabría decir respecto de las otras organizaciones económicas internacionales universales y regionales. Ahora bien, en la medida en la que este trabajo pretende enfatizar la tesis de una convergencia del modelo económico a escala mundial, y no tanto formular un análisis del proceso ni de los actores institucionales en el mismo no haré las distinciones que serían pertinentes y, quizá, necesarias en otros contextos. Para una aproximación histórica al desempeño de algunas de estas instituciones, Carruthers, Babb y Halliday (2001).

¹³⁸ De nuevo, tampoco aquí es posible configurar un acuerdo en torno al desarrollo de los hechos. Resulta difícil incluso encontrar una narrativa histórica contemporánea unívoca. Al respecto, Harvey (1989). En el aspecto concreto del debate sobre la globalización, la literatura es muy extensa, y recoge un debate que es mucho más amplio que la simple oposición globalización *vs.* antiglobalización. Para una breve crónica de distintos problemas, véase Giddens y Hutton (2000), donde se presentan análisis de distintas cuestiones específicas. Para un tratamiento más sistemático y políticamente propositivo, MacEwan (1999). Para una visión “jurídica” amplia de estas cuestiones, De Sousa (2002) y Unger (1998), y para una aproximación desde las tareas de la teoría del derecho Twining (2000) y Faria (2001). Sobre las cuestiones ampliamente debatidas en la esfera pública europea respecto de los efectos de esta transformación económica, Ward (1996, capítulos 4 y 6), y en la esfera pública global, Koenig-Archibugi (2003). Para una perspectiva jurídica más general, Taggart (2003).

tiene, fundamentalmente, tres objetivos: crear mercados, proteger mercados y perfeccionar mercados.

Como se recordará, la política regulativa crea mercados —o, más bien, crea el mercado para un bien particular—, en primer lugar, estableciendo derechos de exclusión respecto de bienes susceptibles de ser intercambiados mediante acuerdos voluntarios; en segundo lugar, creando estructuras que hagan estables los intercambios voluntarios, y, en tercer lugar, removiendo obstáculos que desincentivan los intercambios voluntarios. Como resulta patente, la función primordial de las normas e instituciones jurídicas en este nivel regulativo consiste en posibilitar el funcionamiento del mecanismo de mercado. Para ello, realiza dos operaciones de “juridificación” de la actividad económica: primero, define el contenido de los acuerdos por medio de la configuración de derechos de propiedad y, segundo, delinea las formas de los acuerdos mediante el derecho de contratos.

La política regulativa protege mercados, en primer lugar, y de manera fundamental, cuando desincentiva eficazmente la transferencia no voluntaria del control sobre los bienes económicos y, en segundo lugar, cuando establece procedimientos para garantizar o proteger los acuerdos por medio de la creación de instituciones encargadas de dirimir conflictos y de implementar —a menudo coercitivamente— la resolución de éstos.

La política regulativa perfecciona o corrige mercados cuando mejora las propiedades funcionales del mecanismo de mercado, mediante cambios normativos y transformaciones institucionales. Es decir, cuando hace más eficientes a los mercados en términos de sus capacidades funcionales como estructura de coordinación económica. Para ello, la política regulativa tiene que combatir tres tipos de “patologías” que conducen a que los propios productos del mercado —los intercambios— sean “deficientes” respecto de las propiedades sistémicas del propio mecanismo de mercado. Esto es, dicho en otros términos, cuando la operación del mercado no conduce a la eficiencia social debido, fundamentalmente, a falta de competencia, a la presencia de información asimétrica y a la presencia de altos costos de transacción.

Así pues, mediante la deferencia universal a las prácticas de las economías de mercado, la combinación de dos medidas “jurídicas” puede ejemplificar la actividad regulativa como política en el marco del sistema de mercado global. Por un lado, ha tenido lugar una efectiva homogenización a escala mundial de las prácticas y políticas relacionadas con el flujo de capitales, la protección de la competencia y el rechazo a controles monopólicos y cárteles empresariales nacionales, etcétera. Por otro lado, en las últimas décadas ha tenido lugar la consolidación de estructuras institucionales destinadas al

impulso, la creación y la gestión de reglas multilaterales sobre la inversión internacional y sobre la competencia.¹³⁹ En este sentido, aunque pueda considerarse que la política de competencia consiste, fundamentalmente, en promover la eficiencia del mercado a la luz del bienestar de los consumidores —y pueda decirse, por consiguiente, que la política regulativa de los mercados globales persigue la protección de los intereses de las distintas comunidades políticas— existe un amplio consenso en que estas dos transformaciones jurídicas convergen en una única política regulativa (Jackson, 1999 y Consejo Editor, 2003): la facilitación de acceso a los mercados mediante la remoción de barreras de entrada a los mercados nacionales y, en general, la prohibición de políticas anticompetitivas.¹⁴⁰

3. *La regulación como límite de la economía global*

Como se recordará, el presupuesto fundamental de este tercer tipo de actividad regulativa es que, como sistema económico, el mercado está limitado por sus propias características estructurales como sistema de coordinación. Entre las “incapacidades” del mercado destacan dos: los límites para generar bienes públicos y los límites para alcanzar otros objetivos sociales valiosos

¹³⁹ Así, por ejemplo, la Declaración Ministerial de Doha del 21 de noviembre de 2001, sobre la base de un consenso explícito, propone dirigir la negociaciones hacia la construcción de un “marco multilateral que asegure condiciones predecibles, estables y transparentes para la inversión transfronteriza, particularmente inversión extrajera directa [mercado de inversión] y que incremente la contribución de la política de competencia en el comercio internacional y el desarrollo” (Consejo Editor, 2003, p. 99).

¹⁴⁰ Como he apuntado antes, no se trata propiamente de una especialización institucional de la OMC, sino que distintas funciones institucionales específicas que pueden ser realizadas por una misma institución, o una misma función por varias instituciones en niveles regionales o nacionales. El énfasis está en la especificidad de la función, no del órgano. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, comparativamente más desarrollado que cualquier otro modelo de integración económica, el Tribunal Europeo de Justicia ha realizado las tres funciones regulativas. Mediante la interpretación del artículo 30 del Tratado de Roma (artículo 28 Ámsterdam), el TEJ ha realizado una función de regulación del Mercado Común Europeo en el sentido de que ha organizado los elementos institucionales necesarios para su existencia. Su papel constitutivo como organizador del mercado común ha sido tan determinante que, a través de los conocidos principios de efecto directo y de supremacía, ha transformado el conjunto del ordenamiento jurídico comunitario dotándolo de las propiedades constitucionales básicas. En otras decisiones significativas (*Cassis de Dijon*, *Keck*, *Océano*, etcétera), el mismo TEJ ha llevado a cabo las distintas funciones de la regulación como política, por ejemplo, protegiendo mercados frente a la intervención-regulación estatal por razones de particularidad local, y como límite, estableciendo, por ejemplo, protecciones en beneficio de los consumidores. Al respecto, véase Weiler (2000) y Maduro (2000). Para una aproximación más general, Weiler (1999, capítulo 2) y, en especial, Maduro (1998).

—en particular, fines que solemos definir en términos de justicia—. Así pues, como hemos visto, la idea de regulación como *límite* supone que el mercado es una forma de organización imperfecta y, consecuentemente, que la regulación del mercado como política económica que veíamos en el punto anterior no puede ser aceptada sin reservas.

Como veíamos en el capítulo cuarto, en este nivel de análisis regulativo el mercado es visto como una forma específica de arreglo institucional que comparte relevancia económica con otros arreglos institucionales de naturaleza jurídica, política, social, cultural, etcétera, respecto de los cuales mantiene relaciones de afectación recíproca por medio de normas, valores, decisiones de agentes, etcétera. Desde la perspectiva normativo-institucional, el núcleo de la relación entre las instituciones económicas y las jurídicas está en la relación entre los intercambios voluntarios y los derechos subjetivos. Las decisiones regulativas del mercado que abordan estas cuestiones tienen una naturaleza normativa-constitutiva que consiste en establecer, por un lado, cuándo puede existir un mercado y, por otro, cuándo debe existir un mercado. Así pues, dicho brevemente, en este nivel la regulación tiene una función de constitución del mercado respecto del sistema institucional en su conjunto, marcando los límites del contenido de los mercados a la luz del sistema de derechos.

También en esta esfera, aunque mucho más tímidamente que en la política económica de expansión y consolidación del mercado que veíamos antes, ha habido una respuesta regulativa global mediante la gestión mundial de problemas sociales y medioambientales.¹⁴¹ Por ejemplo, mediante la inclusión en la OMC de cláusulas sociales de protección laboral y del consumidor (Denters y De Waat, 1998), y dentro del Tratado de creación de la OMC del concepto de “desarrollo sostenible”, formulado en el Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo y Medio Ambiente.¹⁴²

¹⁴¹ Aunque ya se ha sentido, el aguijón de las plataformas antiglobalización todavía no alcanza a contrarrestar, ni muy lejanamente, la aceptación generalizada de la ideología económica dominante en el ámbito del comercio internacional. Para una aproximación a esta cuestión, no sólo crítica sino también programática, Unger (1998, pp. 52 y ss.).

¹⁴² Así, por ejemplo, en relación con la OMC, en el párrafo 12 del borrador del Acta Ministerial del 3 de diciembre de 1999, puede leerse en el confuso y siempre ambiguo lenguaje de las declaraciones: “Llamamos la atención sobre la complementariedad entre la liberalización del comercio, el desarrollo económico y la protección ambiental. Reafirmamos la necesidad de asegurar que el comercio internacional y las políticas medioambientales sean complementarias y de impulsar una política de coordinación para la implementación de un desarrollo sostenible. En este respecto, las negociaciones deben buscar la maximización de sinergias entre la liberalización del comercio, el desarrollo económico y la protección ambiental (y evitar potenciales conflictos entre una continuada liberalización del comercio y los objetivos de desa-

II. LA REGULACIÓN DEL MERCADO GLOBAL COMO UN ORDEN NORMATIVO-INSTITUCIONAL AUTÓNOMO

Hemos visto que el sistema de mercado global es, en buena medida, el producto de un conjunto de medidas regulativas que han definido el marco de la actividad económica mundial *vis à vis* la soberanía económica de los Estados; que esta actividad regulativa ha tenido lugar en distintos espacios de la arena regulativa mundial —OMC, UE, TLCAN, FMI, BM, OCDE, etcétera—,¹⁴³ y que este proceso regulativo ha sido impulsado dentro del marco del neoliberalismo como concepción dominante de la economía política.

En este orden de ideas, parece que de lo dicho en las páginas anteriores se puede concluir que el estudio de la regulación del sistema de mercado mundial ayuda a entender el fenómeno de la globalización. Sin embargo, ¿es este estudio relevante para comprender los efectos de la globalización en nuestra imagen de la autoridad política y, en concreto, del derecho?

Como he apuntado ya, la respuesta a la anterior pregunta es, en mi opinión, afirmativa. Y, en este sentido, creo que dos fenómenos relacionados con la creación y la implementación de la regulación del mercado mundial son particularmente ilustrativos para dar cuenta del desarrollo de ciertas estructuras jurídico-políticas típicamente contemporáneas.

El primer fenómeno es el de la convergencia del derecho comercial internacional al que ya me he referido antes. Al respecto, un sector importante de los especialistas sostiene que la actividad regulativa de los mercados en las distintas arenas internacionales, mundiales y regionales está dando lugar a una convergencia sustancial y procedimental del derecho comercial internacional (Weiler, 2000; Bratton *et al.*, 19996; Picciotto, 1996 y Drache, 1996). En su opinión, estamos siendo testigos del surgimiento de un derecho comer-

rollo sostenible, como la utilización sostenible de recursos o la protección del medio ambiente mediante una adecuada gestión de los recursos), teniendo en cuenta los objetivos de intentar tanto proteger como preservar el medio ambiente como la promoción de los medios para ello de manera consistente con las necesidades e preocupaciones resultantes de distintos niveles de desarrollo. Reconocemos el derecho de los Miembros a alcanzar altos niveles de protección ambiental en la medida en que resulten apropiados, y en tanto que las medidas tomadas no sean aplicadas con propósitos proteccionistas” (Consejo Editor, 2003, p. 1). Para una aproximación a los problemas teóricos de la implementación de políticas sociales en contextos de competencia económica, Weiler (2000), Scharpf (1999), Barnard (2000), Hervey (2000) y Whiteford (1995), y para una visión de la reacción institucional de la UE en esta materia, véase Fitzpatrick (2000) y Maduro (2000).

¹⁴³ Respecto de la idea arena regulativa, véase Hancher y Moran (2002) y en relación con este tema específico, Dezalay (1995).

cial internacional común que asienta sus bases en tres fenómenos: en primer lugar, las mismas medidas regulativas pueden ser alegadas simultáneamente dentro del ámbito jurisdiccional de más de un régimen comercial y pueden ser resueltas simultáneamente en distintos regímenes; en segundo lugar, hay una considerable convergencia en el derecho material de los distintos regímenes comerciales, y en tercer lugar, la constatación de un fortalecimiento de las posiciones de las partes privadas en los distintos regímenes comerciales.

El segundo fenómeno se refiere a la legitimación de la estructura económica mediante la resolución de conflictos o adjudicación. En esta línea de ideas, nadie discute, por ejemplo, que el proceso de adjudicación de la UE, accesible a las instituciones y a los ciudadanos de los Estados miembros, no sólo ha sido el catalizador de la integración económica, sino que es una pieza clave de la legitimidad política de la Unión (Scharpf, 1999). Del mismo modo, como ha señalado Howse (2000), el paso del GATT a la OMC ha conllevado una sensible modificación de los valores que orientan la resolución de conflictos, de modo que ya no puede considerarse que exista una sistemática imposición del liberalismo económico sobre otro conjunto de valores públicos. Como antecedente de esta afirmación, este autor ha contrastado los procesos de resolución de conflictos en la OMC mediante distintos *test* de legitimidad como el proceso justo, la coherencia, la integridad de la interpretación y la sensibilidad institucional; concluyendo que, a pesar del déficit de legitimidad resultante — por ejemplo, del secretismo, de la imposibilidad de acceso de sujetos no gubernamentales o del proceso de selección de los paneles de árbitros— los procesos de apelación muestran que las mejoras en el proceso de adjudicación dentro de la OMC ha supuesto un sustancial incremento en la legitimidad de este régimen comercial (Howse, 2000).

Así pues, con independencia de que los fenómenos anteriores permitan dar cuenta del orden económico actual de una manera más compleja y, en mi opinión, más ponderada, que las respectivas retóricas en pro y en contra de la globalización, en cualquier caso parece que su potencial teórico consiste en la forma en la que permiten iluminar un fenómeno jurídico sin precedentes. Dicho en otros términos, la presencia de estos dos “momentos regulativos” en el ámbito de la conformación de las “reglas de juego” de la economía mundial, no sólo reflejan posiciones políticas respecto del alcance de legitimidad de la intervención pública en la actividad económica nacional o de la soberanía de los Estados en la esfera internacional —expresadas competencialmente en términos de los espacios relativos de lo público *vis à vis* lo privado, del mercado *vis à vis* el orden colectivo—, sino que constituyen formas originales, sin precedentes, de creación jurídica.

Utilizando la terminología de Neil MacCormick, puede decirse que los anteriores “fenómenos regulativos” son el producto de órdenes normativo-institucionales autónomos respecto de las estructuras políticas y jurídicas estatales. Pues, como hemos visto, estos órdenes normativo-institucionales se organizan sobre la base de una particular institucionalización de la decisión o juicio en materia comercial que, en última instancia, no depende del recurso a la soberanía de ningún Estado.¹⁴⁴

En este sentido, puede considerarse que la estructura regulativa del mercado global ha conformado como un *orden* regulativo autónomo. Y que, en la medida en que este orden institucional es autopoietico por medio de las decisiones de sus propias instituciones —los paneles de la OMC, el Tribunal Europeo de Justicia, etcétera—, constituye una forma de juridicidad no estatal.

En síntesis, el sistema de mercado mundial no sólo es el producto de la política económica neoliberal, sino que, por medio de su sistema regulativo, constituye un fenómeno político-jurídico original que debe ser estudiado en sus propios términos.¹⁴⁵ En este sentido, la estructuración normativa de los mercados globales no sólo supone una crisis de la soberanía estatal en tanto que desborda las funciones tradicionales del Estado, sino que nos conduce a repensar nuestro paradigma jurídico-político en su conjunto. Estudiar, pues, el orden regulativo de la economía no sólo permite entender mejor la globalización, sino que también es una buena vía para replantearnos nuestra imagen del derecho, en particular, del ideal del Estado democrático de derecho como aspiración legitimadora del ejercicio del poder político y económico.

¹⁴⁴ En este sentido, como ha señalado MacCormick: “Un efecto inevitable de la institucionalización de la decisión, especialmente cuando existe un grupo o un cuerpo de jueces que actúan de manera coordinada bajo una estructura común de apelaciones, es que debe considerarse que el sistema normativo tiene un carácter sistémico. Entonces, el sistema en cuestión posee, como Teubner y Luhmann han señalado, un carácter autorreferencial, pues en cada litigio tiene se plantea la cuestión de cuál es la norma aplicable y cómo debe ser interpretada. La naturaleza final del juicio implica el carácter final de la autoridad respecto de qué cuenta como una norma vinculante, y cómo se aplica al caso. Lo que hace final al juicio es una norma del orden normativo que hace que sea obligatorio respetar la decisión en cada caso. Pero el juicio de que esa norma, o cualquier otra norma, pertenece al orden, es un juicio que sólo puede ser pronunciado con carácter final por el tribunal o el juez apropiado. Y el propio orden normativo postulado es el que hace al tribunal o al juez apropiado (o en un término más técnico) «competente» para juzgar la cuestión” (1999, p. 7).

¹⁴⁵ Así, por ejemplo, John Jackson (1999), uno de los juristas más influyentes en el ámbito del derecho comercial internacional, habla de una “*trade constitution*” integrada no sólo por un conjunto de reglas, sino también por un entramado institucional, compuestos ambos de elementos de carácter nacional, regional y mundial. Para una muy breve exposición de esta idea y de cómo opera dicha “Constitución”.

III. LA REGULACIÓN DEL MERCADO GLOBAL Y LA LEGITIMACIÓN DEL ORDEN ECONÓMICO MUNDIAL

Hay que reconocer que el orden económico mundial ha dado lugar a un orden normativo institucional autónomo —es decir, que la globalización económica tiene una dimensión genuinamente jurídico-política—, no supone afirmar que el orden económico mundial se legitime *a través* de la propia “juridificación” de la estructura económica de los mercados globales. Para dar cuenta, por ejemplo, de las divergencias en el entramado institucional y político de los distintos regímenes comerciales a la luz de las distintas fuentes de legitimación del orden regulativo mundial, es necesario girar la atención desde los requisitos estructurales de los fenómenos de convergencia y de autonomía de la decisión hacia los efectos legitimadores de estos arreglos institucionales. Es decir, para estar en condiciones de ponderar la legitimidad del orden económico mundial es necesario establecer, o reconocer, un estándar o criterio de legitimidad. Y para ello quizá no contemos con otra opción que echar mano, por lo pronto, del ideal del Estado democrático de derecho.

En este sentido, creo que un paso en la dirección de analizar y criticar los regímenes regulatorios globales en tanto órdenes normativo-institucionales autónomos consiste en considerarlos, *mutatis mutandi*, como formas de un “constitucionalismo positivo” en términos de Stephen Holmes. Es decir, como instrumentos de autogobierno colectivo que no sólo limitan el poder para evitar la tiranía, sino que también “construyen” el poder y lo guían hacia fines socialmente valiosos, estableciendo las bases para poner la democracia en funcionamiento (Holmes, 1995). En concreto, el elemento central de esta concepción del orden político, jurídico y económico que me parece clave para la valoración de la globalización en los términos en los que la he venido analizando hasta ahora es el instrumental. Esto es, la idea de que el sistema regulativo de la economía global, en tanto “constitución económica” ha de verse como un instrumento para estructurar y guiar al poder (político, económico, ideológico) hacia fines que se consideran valiosos.

Ahora bien, esta estrategia abre tres flancos problemáticos en el discurso del constitucionalismo económico global, que tienen que ver, a su vez, con las funciones de la regulación que veíamos en el inciso anterior: a) el problema de la ordenación de la economía global como sistema de mercado; b) el problema del control de las políticas globales de mercado, y c) el problema de los límites de los mercados como forma de relación social legítima. Naturalmente, en este contexto no puedo explorar con detalle el alcance de estos problemas, pero es posible, sin embargo, dibujar sus trazos más elementales.

a) El problema de la ordenación de la economía global desde la perspectiva del constitucionalismo económico puede verse desde dos vertientes. La primera, consiste en establecer qué perspectiva de las causas del orden social es más adecuada, descriptivamente, para explicar el surgimiento y el “éxito” del orden económico global actual y, la segunda, consiste en definir qué tipo de razones resultan más adecuadas, normativamente, para justificar la “preferencia” social de conformar dicho orden económico fundamentalmente mediante los principios de mercado.

En cuanto a la primera elección teórica, siguiendo a Russell Hardin, creo que la mejor aproximación al constitucionalismo global se sustenta en la “teoría de la coordinación”, según la cual, el orden social es, fundamentalmente, cuestión de coordinar los intereses divergentes de mucha gente. La idea fundamental de la teoría de la coordinación es que, aunque distintos de agentes (individuos, grupos, Estados, etcétera) no compartan necesariamente un conjunto de valores, pueden coordinarse entre sí para alcanzar sus propios valores o fines, sin una interacción o un intercambio destructivo. Y, como ya intuyeron los primeros teóricos del capitalismo, la razón de esta coordinación es la ventaja mutua o recíproca.¹⁴⁶

Respecto de la segunda elección teórica, como vimos en el capítulo anterior, creo que una noción de interés general, configurada sobre los principios de imparcialidad y voluntariedad, puede satisfacer la demanda de razones en favor de la preferencia del orden de mercado frente a la autoridad como forma alternativa de coordinación económica.

b) El problema de la racionalidad y el control de las políticas de mercado dentro del constitucionalismo económico global se plantea también con dos vertientes de las que depende, en conjunto, su legitimidad democrática: las condiciones para la formulación de políticas con un alcance verdaderamente global, por un lado, y los criterios de eficacia de tales políticas, por otro.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Hardin (1999). Para este autor, la teoría de la coordinación viene a complementar, en el contexto de las complejas sociedades contemporáneas, las tres principales escuelas o teorías del orden social: la teoría del conflicto (Platón, Marx, Dahrendorf), la teoría de los valores-normas compartidos (Locke, Durkheim, Parsons) y las teorías del intercambio (Mandeville, Smith y teorías de la elección pública). Para Hardin, quizá haya sido Hobbes el primer gran teórico de la coordinación, pero desde luego, Hume, Smith y Lindblom se ubican dentro de esta escuela. Al respecto, véase Hirschman (1992, 1997).

¹⁴⁷ En este sentido, es importante no perder de vista que la operación de una economía y, por tanto, su regulación, se encuentra inmersa en un entramado de medios y fines de cuya correcta apreciación depende en no poca medida la eficacia de la regulación como fórmula de articulación de distintos fines instrumentales básicos de cualquier sociedad (libertad, racionalidad, democracia, igualdad subjetiva, seguridad, progreso, inclusión apropiada) que operan, a su vez, como medios para la consecución de los fines humanos últimos (satisfacción de necesidades materiales básicas, respeto, poder, goce estético, etcétera). En consecuencia,

La primera es, fundamentalmente, una manifestación de los problemas de coordinación derivados del carácter eminentemente institucional, complejo e inestable de los mercados, multiplicados, naturalmente, por las dimensiones globales de los mismos. En este sentido, conviene recordar, en primera instancia, que los mercados son sistemas de coordinación que dependen de la creación e implementación de sistemas normativo-institucionales que dependen, a su vez, de decisiones de agentes estatales y no estatales, entre los que se incluyen los agentes de mercado, coordinados, a su vez, mediante asociaciones, acuerdos informales, patrones culturales y los propios intercambios de mercado —es decir, el sistema de precios—. Ahora bien, dado que mediante estos “sistemas de coordinación difusos”, que sólo se encuentran parcialmente controlados por los Estados, se establece en buena medida qué puede ser intercambiado (la calidad y la seguridad de los productos), cuándo puede tener lugar el intercambio (horarios laborales, calendarios, vacaciones), cuánto puede cobrarse (control de precios), cuánta información se hará pública al Estado (estadísticas) o al público (información de productos), etcétera, para la implementación global de las políticas de mercado resulta clave definir el poder relativo de los Estados *vis à vis* otros agentes globales relevantes, desde organismos internacionales hasta empresas y consorcios transnacionales.¹⁴⁸ Y como nuestro contexto actual nos está permitiendo ver con nitidez, sin una

no está de más señalar que tanto las estructuras de autoridad como las de mercado contienen en sí mismas importantes obstáculos al control y la racionalidad social, por lo que en cualquier economía viable tendremos que encontrar islas de coordinación centralizada esparcidas dentro de espacios relativamente fluidos de mercado y sistemas de mercado alojados en áreas relativamente consolidadas de coordinación autoritativa. Así pues, el equilibrio correcto, adecuado o racional entre los modelos de coordinación socioeconómica que, para simplificar, llamamos “autoridad” y “mercado”, refleja sólo parcialmente las técnicas para la racionalización y control de la relación entre medios y fines que pueden recogerse en una visión amplia e incluyente de la regulación económica.

Es en este sentido, como hemos visto reiteradamente, Dahl y Lindblom señalan con claridad incomparable la naturaleza técnica de la actividad regulativa, enfatizando la panoplia de decisiones instrumentales envueltas en un concepto general de regulación: “Que una nación pueda alcanzar una organización político-económica racional depende no sólo de las técnicas político-económicas que emplee, sino de la competencia económica y política de sus ciudadanos, de sus creencias y actitudes —de hecho, de su cultura en su conjunto—, así como de circunstancias fortuitas. *La cuestión de si una nación puede alcanzar una acción social racional está, por tanto, más allá del conocimiento de alguien, excepto cuando los procesos sociales y las técnicas pueden medirse sobre la base de los prerrequisitos de la acción social racional... Dado que una acción es racional o irracional dependiendo de si logra o no los fines últimos hacia los que se dirige, debemos postular ciertos fines sociales. A partir de aquí, el análisis de los prerrequisitos es un estudio científico, no moral. Procede mediante el establecimiento de relaciones funcionales o condicionales, no mediante prescripciones*” (Dahl y Lindblom, 2000, p. 18. Énfasis añadido).

¹⁴⁸ Por ejemplo, véase Rosenau (2007), y para una visión más amplia de la cuestión, Rosenau y Czempiel (1992).

razonable preeminencia del poder regulativo estatal no es previsible la coordinación necesaria para la viabilidad de políticas públicas globales (Rueschmeyer y Skocpol, 1985).

En una segunda instancia, también es necesario considerar que los mercados son estructuras sociales complejas o, si se prefiere, incompletas. Los mercados se encuentran directa o indirectamente “inmersos” (*embedded*) en una vasta red de relaciones, de prácticas y creencias socioculturales. Como consecuencia de ello, cabe esperar que, en la medida en la que no vayan acompañadas de la consolidación de la red de instituciones, reglas y valores del capitalismo, las políticas globales de mercado sólo podrán ser implementadas mediante instrumentos que, precisamente, debilitan las condiciones de posibilidad, sociales y políticas, del propio mercado.¹⁴⁹

Por otra parte, la segunda vertiente de los problemas de racionalidad y control de las políticas económicas de mercado se refiere a la pluralidad de fines sociales y, en términos más concretos, al problema del pluralismo valorativo; problema al que, como es sabido, dentro del paradigma del constitucionalismo democrático, responde el ideal de igualdad de autonomía en conjunción con el principio de mayoría. Dicho en términos muy breves, el obstáculo a la legitimidad de las políticas económicas de mercado globales consiste en que, en la sociedad global, con una mayor radicalidad todavía que en las sociedades nacionales, no todos los intereses cuentan igual e, incluso, resulta patente que algunos no cuentan en absoluto. Por ello, no se trata, pues, de un régimen económico candidato a ser llamado “democrático” en ningún sentido plausible.

Como resulta fácil apreciar, este problema se torna particularmente recalcitrante cuando, como hemos visto, la coordinación entre localidades (individuos, grupos, naciones) se lleva a cabo mediante procesos que generan flujos y redes de actividad, de interacción y de ejercicio de poder transcontinentales o interregionales, en las que ya no es viable introducir de manera efectiva estructuras democráticas intermedias, sociales (comunidad), políticas (nacionalidad) o culturales (idioma o religión). Cuando nos encontramos, por decirlo brevemente, con la necesidad de justificar la legitimidad de las

¹⁴⁹ John Ruggie ha sintetizado este equilibrio en la idea de liberalismo asumido (*embedded liberalism*). Esto es, la fórmula mediante la cual algunos países capitalistas —fundamentalmente, los sistemas socialdemócratas o de *Welfare State*— han aprendido a reconciliar la eficiencia del mercado con los valores sociales comunitarios de los que dependen los propios mercados para existir y desarrollarse. Respecto de la idea general, véase Ruggie (1982) y para su aplicación en el contexto de la globalización, Ruggie (2003). Para una visión más amplia de esta cuestión, Esping-Andersen (1990), y para versiones más actualizadas —es decir, post-China— respecto del entramado normativo-institucional de las economías de mercado, Dam (2006) y Rodrik (2007).

políticas de mercado globales en un contexto de radical pluralidad de intereses y valores, sin otro recurso que la apelación a la estricta ventaja mutua o recíproca. Y para ello, resultan clave dos aspectos o dimensiones legitimadoras de los sistemas regulativos: la legitimidad como proceso y la legitimidad como producto.

En este orden de ideas, si bien, por ejemplo, se reconocen y se discuten ampliamente los distintos aspectos del déficit democrático de la Unión Europea —la burocratización de la decisión política en la Comisión, el papel secundario del Parlamento en el proceso legislativo, el carácter contra-mayoritario del poder político del Tribunal Europeo de Justicia (TEJ), etcétera— es también una cuestión generalmente aceptada que la Constitución económica de la UE, producto de la interpretación por el TEJ de las libertades fundamentales del artículo 28 (artículo 30 de la CEE), goza, al menos por el momento, de un grado de legitimidad aceptable. En este orden de ideas, aunque el proceso jurisdiccional-constitucional de la UE está abierto tanto a los ciudadanos como a las instituciones de los Estados miembros, la base de esta legitimidad de la Constitución económica de la UE no puede verse sólo como proceso, es decir, como consecuencia de la convergencia de los distintos intereses y valores sociales en el proceso de decisión. La legitimidad de la Constitución económica de la UE es, fundamentalmente, una legitimidad por resultado: una legitimidad producto de una fórmula de equilibrio entre las exigencias regulativas del mercado común, las políticas comunitarias y las políticas económicas y sociales de los Estados miembros (Scharpf, 1999). Dicho brevemente, la Constitución económica de la UE goza de niveles aceptables de legitimidad, principalmente, porque se ha mostrado ser una fórmula de política económica razonablemente eficaz para generar un equilibrio entre el crecimiento económico impulsado por la CEE y el bienestar de los ciudadanos de los Estados miembros, mediante políticas redistributivas de la UE.¹⁵⁰

Por otro lado, tanto por su estructura institucional como por su ideología económica de fondo, no es previsible que otros regímenes comerciales como

¹⁵⁰ Ahora bien, el balance entre el bienestar social alcanzado y el mercado se muestra como un equilibrio precario, en el que la confianza en el crecimiento sostenido y en la red de seguridad provista por los impuestos y las transferencias como mecanismos distributivos y de cohesión social parece cada vez menos solvente. El futuro del modelo de legitimación de la UE enfrenta importantes retos tanto por la competencia de otras regiones económicas como por su propia expansión. En relación con las tensiones producidas desde *dentro*, considérense, por ejemplo, el debate acerca de los efectos de la reciente expansión y de la todavía no asumida cuestión del ingreso de Turquía en la UE. Respecto de las tensiones generadas desde *fuera*, basta tener en cuenta las presiones de la emigración ilegal, de la competencia agrícola impuesta por la OMC, del *outsourcing* industrial, etcétera.

la OMC, el TLC o ASLAN lleguen a desarrollar, al menos en un futuro previsible, mecanismos de legitimación similares a los de la UE. Esto no sólo se debe a que los procedimientos de resolución de conflictos padezcan de un déficit democrático como proceso aún más grave que el del sistema institucional de la UE, sino a una radical falta de legitimidad de sus productos institucionales como mecanismos redistributivos. La falta de legitimación de su estructura regulativa es consecuencia de su fracaso como modelo de desarrollo económico. Por ello, de manera análoga, aunque con signo contrario respecto de la UE, la radical carencia de legitimidad por resultado del orden económico promovido por la OMC es la consecuencia del fracaso del programa neoliberal como la política económica mundial. Los ejemplos de este fracaso multiplican, y sólo hace falta leer un periódico, ver las noticias o salir a la calle para constatarlo diariamente.¹⁵¹

c) El tercer problema o flanco dé del constitucionalismo económico global es el de límites de la regulación del mercado y el de la definición del papel de los arreglos jurídico-políticos en la justificación del sistema de mercado mundial en su conjunto. Aquí, la relación regulativa entre el derecho y el mercado no se limita a delinear las relaciones de mercado como esferas para la persecución de intereses, sino que consiste en reconocer y legitimar una expresión concreta de la autonomía individual, el intercambio voluntario, como parámetro de ordenación de las relaciones económicas. En este nivel, la estructuración jurídica del mercado entra en contacto con la justificación moral del mercado. Y por ello, la implementación del orden de mercado estará justificada si, y sólo si, existen razones para considerar que un orden económico construido sobre la base de los acuerdos voluntarios de mercado es una forma de estructuración de las relaciones económicas moralmente preferible a otras alternativas fáctica y normativamente posibles. Así pues, la ordenación específica de las relaciones económicas como mercado no se sustenta en razones instrumentales, sino en razones morales de carácter último. Dicho brevemente, la justificación última del orden de mercado no depende de sus resultados en relación con los intereses concretos de los participantes, ni con la eficiencia económica —con independencia de la definición de que demos a estos conceptos—, sino que se sustenta en las razones que existan para elegir al mercado como orden económico.

En términos más específicos, la legitimidad del orden económico mundial depende de la posibilidad de justificar las formas específicas en que las normas e instituciones que integran las “reglas del juego” económico mun-

¹⁵¹ Entre las muchas denuncias de esta situación me parece particularmente interesante, informado y balanceado el conjunto de ensayos recogido en Gibney (2003).

dial materializan el principio de autonomía individual en un sistema de mercado global inmerso en una “única” política económica. En este orden de ideas, dado que todavía nos encontramos en un contexto dominado por la creencia ideológica en la necesidad de la ventaja comparativa como única estrategia de desarrollo,¹⁵² los datos apuntan a que este escenario impide prever un incremento en la legitimidad del proceso de globalización.

Como ya he señalado en los capítulos anteriores, la justificación del mercado como orden económico depende de nuestras concepciones de humanidad y de una “buena” sociedad. En este orden de cosas, la función primordial de los arreglos jurídico-políticos en relación con la vida material consiste en hacer efectivas las preferencias de los individuos respecto del tipo de relaciones económicas que valoran moralmente, o que tienen razones para valorar moralmente. El orden normativo del mercado global estará justificado, en este sentido, cuando haga efectivo el establecimiento de tal orden económico, frente a otras formas de relación económica posibles a escala planetaria. En este punto, dado que las razones para la implementación institucional del mercado dependen de la viabilidad de la teoría de la justicia sobre la que se apoyen, la teoría de la regulación económica enlaza con la teoría de la justicia y con la teoría del desarrollo.

Como ya veíamos en el capítulo cuarto, la viabilidad de tal teoría de la justicia, a su vez, dependerá en gran medida de la base de información sobre la que se valoren los estados de cosas sociales que producen los arreglos económicos en cuestión.¹⁵³ Como concepción de la justicia global, la idea de desarrollo como libertad descansa, a su vez, en un cosmopolitismo económico que colisiona frontalmente con la versión neoliberal del orden económico mundial (Held, 2002, en particular pp. 35 y ss.). Diseñar un sistema regulativo de un orden económico mundial que tenga como fundamento la igualdad de oportunidades de participación económica, cuya operación reduzca efectivamente la diferencia entre los individuos en sus capacidades económicas

¹⁵² Como veíamos, esta creencia es el corolario de otros tres principios de política económica más concretos, pero también universalmente suscritos: la aceptación de los gobiernos de un bajo nivel de ahorro interno, privado y público, y la consecuente dependencia de la inversión extranjera para financiar el desarrollo nacional; la renuncia de los Estados nacionales a implementar cualquier estrategia nacional distinta de la adhesión al orden económico internacional y; la aceptación de una política de estabilización monetaria muy dependiente de los tipos de cambio y de altas tasas de interés. Para un contrapunto, véase Bhagwati (2000, en particular, parte III), y para un análisis de algunas alternativas, Rodrik (2007).

¹⁵³ Estas bases de información pueden ser, por ejemplo, la satisfacción de los requisitos de la justicia como equidad de Rawls o la justicia procedimental de Nozick. Para una comparación de las implicaciones regulativas de dos teorías en la economía política, véase Zajac (1995, capítulos 8 y 9).

para procurar sus propios objetivos particulares y colectivos, es el ideal regulativo de la regulación del mercado global. Y, como señalaba antes, imaginar e instrumentar el orden normativo institucional que este proyecto civilizatorio requiere es, en mi opinión, la tarea más urgente para los juristas contemporáneos. Se trata, para mí, del mayor reto para la legitimidad del ejercicio del poder en el siglo XXI, y, por ello, es un asunto que la teoría constitucional debe atender urgentemente.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B. (ed.). (1975). *The Economic Foundations of Property Law*. Little Brown.
- AGUILÓ, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Ariel.
- ALEXY, R. (1993). *Derechos y razón práctica*. (Trad. Pablo de Larrañaga). Fontamara.
- ATIENZA, M. y RUIZ, J. (1996). *Las piezas de derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- AXELROD, R. (1984). *The Evolution of Cooperation*. Basic Books.
- AYALA, J. (1999). *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*. Fondo de Cultura Económica.
- BAILYN, B. (1992). *The Ideological Origins of the American Revolution*. Harvard University Press.
- BALDWIN, R. y CAVE, M. (1999). *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press.
- BALDWIN, R., SCOTT, C. y HOOD, C. (eds.) (1998). *A Reader on Regulation*. Oxford University Press.
- BALDWIN, Robert, CAVE, Martin y LODGE, Martin (eds.). (2010). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press.
- BALDWIN, R. (1997). *Rules and Government*. Clarendon Press.
- BARNARD, C. (2000). Regulation Competitive Federalism in the European Union? The Case of EC Social Policy. J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*. Hart Publishing.
- BARRY, B. (1991). *Political Argument*. California University Press.
- BAYÓN, J. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Centro de Estudios Constitucionales.
- BAYÓN, J. (2002). Justicia y eficiencia. E. DÍAZ y J. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*. Alianza.
- BECKER, G. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76(2).
- BELL, D. (1991). *El advenimiento de la sociedad post-industrial*. Alianza.

- BELL, J. (1993). Public Interest: Policy or Principle? R. BROWNSWORD (ed.), *Law and the Public Interest*. Franz Steiner.
- BEN-NER, A. y PUTTERMAN, L. (eds.). (1998). *Economics, Values, and Organization*. Cambridge University Press.
- BENDITT, T. (2004). Acting in Concert or Going It Alone: Game Theory and the Law. *Law and Philosophy*, 23(6).
- BENTHAM, J. (1998). *A Fragment on Government*. Cambridge University Press.
- BERLIN, I. (2002). *Liberty*. Oxford University Press.
- BERLINER, J. (1999). *The Economics of the Good Society*. Basil Blackwell.
- BEVIR, M. y TRENTMANN, F. (eds.). (2004). *Markets in Historical Contexts. Ideas and Politics in the Modern World*. Cambridge University Press.
- BHAGWATI, J. (2000). “Free Trade in the Twenty-First Century: Managing Viruses, Phobias, and Social Agendas”. *The Wind of the Hundred Days. How Washington Mismanaged Globalization*. The MIT Press.
- BLACK, J. (2002). Critical Reflections on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27.
- BLACK, J. (2007). Tensions in the Regulatory State. *Public Law*.
- BÖHM, F. (1989). Rule of Law in a Market Economy. A. PEACOCK y H. WILLGERODT (eds.), *Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution*. Palgrave Macmillan.
- BRAITHWAITE, J. (2008). *Regulatory Capitalism. How It Works, Ideas for Making It Better*. Edward Elgar.
- BRATTON, W., MCCAHERY, J., PICCIOTTO, S. y SCOTT, C. (1996). Regulatory Competition and Institutional Evolution. W. BRATTON, J. MCCAHERY, S. PICCIOTTO y S. COLIN (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*. Clarendon Press.
- BRAUDEL, F. (1979). *Civilisation matérielle, économie et capitalisme: XV^e - XVIII^e Siècle*, (3 vols.). Armand Colin.
- BREYER, S. (1982). *Regulation and its Reform*. Harvard University Press.
- BRINTON, M. y NEE, V. (eds.). (1998). *The New Institutionalism in Sociology*. Stanford University Press.
- BROWNSWORD, Roger. (1993). *Law and the Public Interest*. Franz Steiner.
- BUCHANAN, J. y BRENNAN, G. (1985). *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*. Liberty Fund.
- BUCHANAN, J. y TULLOCK, G. (1962). *The Calculus of consent: Logical foundations of constitutional democracy*. Liberty Fund.

- BUCHANAN, J. (1991). *The Economics and Ethics of Constitutional Order*. The University of Michigan Press.
- BURCHELL, G., GORDON, C. y MILLER, P. (1991). *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. The Chicago University Press.
- CALABRESI, G. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, 70, 4.
- CALABRESI, G. (1982). *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press.
- CALABRESI, G. (1984). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Ariel.
- CALABRESI, G. y MELAMED, D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View to the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85(6).
- CALLINICOS, A. (1988). *Making History: Agency, Structure and Change in Social Theory*. Cornell University Press.
- CAMPBELL, J. y PEDERSEN, O. (eds.). (2001). *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*. Princeton University Press.
- CANE, P. y TUSHNET, M. (eds.). (2003). *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press.
- CANE, P. (2003). Review of Executive Action. M. TUSHNET y P. CANE (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press.
- CÁRDENAS, E. (2015). *El largo curso de la economía mexicana, de 1780 a nuestros días*. Fondo de Cultura Económica.
- CARRUTHERS, B., BABB, S. y HALLIDAY, T. (2001). Institutionalizing Markets, or the Market for Institutions? Central Banks, Bankruptcy Law, and the Globalization of Financial Markets. En J. CAMPBELL y E. PEDERSEN, *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*. Princeton University Press.
- CASTELLS, M. (2000). *The Rise of Network Society*. Blackwell.
- COASE, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, 3.
- COASE, R. (1988). *The Firm, the Market, and the Law*. The University of Chicago Press.
- COHEN, B. y LIPSON, C. (1999). *Issues and Agents in International Political Economy*. The MIT Press.
- COLEMAN, J. (1984). Economics and the Law. *A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law. Ethics*, 94(4).
- COLLINS, H. (2004). *Regulating Contract Law, Regulating Law*. Oxford University Press.

- CONSEJO EDITOR. (2000). Economic Integration - Items for the Academic Agenda. *Legal Issues of Economic Integration*, 27(1).
- CONSEJO EDITOR. (2003). Globalization through WTO Integration: Neither Friend nor Foe. *Legal Issues of Economic Integration*, 30 (2).
- COOTER, R. y ULEN, T. (1999). *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica.
- COOTER, R. (2000). *The Strategic Constitution*. Princeton University Press.
- COTTERRELL, R. (1995). *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Clarendon Press.
- DAHL, R. y LINDBLOM, C. (2000). *Politics, Economics and Welfare*. Transaction Books.
- DAINTITH, T. (1997). *Regulation*. *International Encyclopedia of Comparative Law* (XVIII), Cap. X. Martinus Nijhoff Publishers.
- DAM, K. (2006). *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*. Brookings Institution Press.
- DASGUPTA, A. (1988). *Las etapas del capitalismo y la teoría económica*. Fondo de Cultura Económica.
- DASGUPTA, P. (2003). Social Capital and Economic Performance: Analytics. *Social Capital*. Edward Elgar.
- DASGUPTA, P. (2007). *Economics: A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- DE Sousa, B. (2002). *Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*. Butterworths.
- DEAN, H. (2015). *Social Rights and Human Welfare*. Routledge. Oxford.
- DEANE, P. (1993). *El Estado y el sistema económico*. Crítica.
- DENTERS, E. y DE WAAT, P. (1998). *International Economic Law with a Human Face*. Kluwer.
- DEZALAY, Y. (1995). Between the State, Law, and the Market: The Social and Professional Stakes in the Construction and Definition of a Regulatory Arena. En W. BRATTON, J. MCCAHERY, S. PICCIOTTO y S. COLIN (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*. Oxford: Clarendon Press.
- DRACHE, D. (1996). Dreaming Trade or Trading Dreams: The Limits of Trade Blocks. W. BRATTON, J. MCCAHERY, S. PICCIOTTO y S. COLIN (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*. Clarendon Press.
- DUGUIT, L. (1917). Law and the State, 31 *Harvard Law Review*.
- DUGUIT, L. (1921). *Law in Modern State*. Allen & Unwin.

- DUXBURY, N. (1995). *Patterns of American Jurisprudence*. Clarendon Press.
- DYZENHAUS, D. (ed.). (1999). *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*. Hart Publishing.
- EINAUDI, M., BYÉ, M. y ROSSI, E. (1995). *Nationalization in France and Italy*. Cornell University Press.
- ELLICKSON, R. (1991). *Order without Rules*. Harvard University Press.
- ELSTER, J. (ed.) (1982). *Rational Choice*. Basil Blackwel.
- ELSTER, J. (1989). *Nuts and Bolts for the Social Sciences*. Cambridge University Press.
- ELSTER, J. (1995). The Impact of Constitutions on Economic Performance. *The World Bank Economic Review*, 8, sup. 1.
- ENGERMAN, S. y SOKOLOFF, K. (2012). *Economic Development in the Americas since 1500*. Cambridge University Press.
- ESCOHOTADO, A. (2008). *Los enemigos del comercio. Historia de las ideas sobre la propiedad privada* (vol. I). Espasa.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1990). *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton University Press.
- EVANS, P., RUESCHEMEYER, D. y SKOCPOL, T. (eds.). (1985). *Bringing the State Back In*. Cambridge University Press.
- FARBER, D. y FRICKEY, P. (1991) *Law and the Public Choice: A Critical Introduction*. Chicago University Press.
- FARIA, J. E. (2001). *El derecho en la economía globalizada*. Trotta.
- FINDLAY, R. y O'ROURKE, K. (2007), *Power and Plenty. Trade, War, and World Economy in the Second Millenium*. Princeton University Press.
- FITZGIBBON, A. (1995). *Adam Smith's System of Liberty, Wealth, and Virtue. The Moral and Political Foundations of the Wealth of Nations*. Clarendon Press.
- FITZPATRICK, B. (2000). Converse Pyramids and the EU Social Constitution. En J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*. Hart Publishing.
- FLIGSTEIN, N. (2001). *The Architecture of Markets. An Economic Sociology of Twenty-First-Century Capitalist Societies*. Princeton University Press.
- FOUCAULT, M. (1991). Governmentality. En G. BURCHELL, C. GORDON y P. MILLER, *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. Chicago: The Chicago University Press.
- FRANK, J. (1934). Experimental Jurisprudence and the New Deal. *Congressional Record*, 79.

- FREEMAN, J. (1999). The Real Democracy Problem in Administrative Law. En D. DYZENHAUS, *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*. Hart Publishing.
- FREIDEN, J., PASTOR, M. Jr., TOMZ, M. (2000). *Modern Political Economy and Latin America. Theory and Policy*. Boulder CO: Westview.
- FRIEDMAN, M. (1994). The Methodology of Positive Economics. M. MARTIN y L. MCINTYRE (eds.), *Readings in the Philosophy of Social Sciences*. The MIT Press.
- FRIEDRICH, C. (1962). *The Public Interest. NOMOS V*. Athenon.
- FUKUYAMA, F. (1992). *The End of History and the Last Man*. Free Press.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89.
- GIBNEY, M. (ed.). (2003). *Globalizing Rights*. Oxford University Press.
- GIDDENS, A. y Hutton, B. (eds.). (2000). *Global Capitalism*. The New Press.
- GIDDENS, A. (1990). *The Consequences of Modernity*. Polity Press.
- GJERDINGEN, D. (1986). The Politics of the Coase Theorem and Its Relationship to Modern Legal Thought. *Articles by Maurer Faculty*, paper 936.
- GOLDBERG, V. (ed.). (1989). *Readings in the Economics of Contract Law*. Cambridge University Press.
- GOODHART, C. A. E. (1997). Economics and the Law: Too Much One Way Traffic? *Modern Law Review*, 60(1).
- GOODIN, R. (ed.). (1996). *The Theory of Institutional Design*. Cambridge University Press.
- GOODIN, R. (1982). *Political Theory & Public Policy*. University of Chicago Press.
- GOODIN, R. (1995). *Utilitarianism as a Public Philosophy*. Cambridge University Press.
- GOODIN, R. (1996). *The Theory of Institutional Design*. Cambridge University Press.
- GORDON, C. (1991). Governmental Rationality: An Introduction. G. BURCHELL, C. GORDON y P. MILLER (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. The Chicago University Press.
- GORSKI, P. (2003). *The Disciplinary Revolution. Calvinism and the Rise of the State in Modern Europe*. The Chicago University Press.
- GRAY, J. (1998). *False Dawn. The Delusions of Global Capitalism*. New Press.
- HAAKONSSSEN, K. (1981). *The Science of Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge University Press.

- HAINES, F. (1997). *Corporate Regulation. Beyond Punish or Persuade*. Clarendon Press.
- HALAMI, S. (2004). *Le grand bond en arrière. Comment l'ordre liberal s'est imposé au monde*. Fayard.
- HALLIDAY, F. (1994). *Rethinking International Relations*. University of British Columbia Press.
- HALPERIN, T. et al. (1997). *Historia económica de América Latina. Desde la Independencia hasta nuestros días*. Crítica.
- HAMILTON, A. et al. (2006). *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- HAMILTON, G. y FEENSTRA, R. (1998). The Organization of Economies. En M. BRINTON y V. NEE (eds.), *The New Institutionalism in Sociology*. Russel Sage Foundation.
- HANCHER, L. y MORAN, M. (2002). La organización del espacio regulativo. *Isonomia*, 17.
- HARDACH, K. (1980). *The Political Economy of Germany in the Twentieth Century*. University of California Press.
- HARDIN, R. (1999). *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*. Oxford University Press.
- HARDIN, R. (2001). The Normative Core of Rational Choice Theory. U. MÄKI (ed.), *The Economic World View: Studies in the Ontology of Economics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HARDIN, R. (2007). *David Hume: Moral & Political Theorist*. Oxford University Press.
- HART, H. L. A. (1983). *The Concept of Law*. Clarendon Press.
- HARVEY, David. (1989). *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*. Blackwell.
- HAUSMAN, D. y MCPHERSON, M. (2006). *Economic Analysis, Moral Philosophy, and Public Policy*. Cambridge University Press.
- HAYEK, F. (1967). *The Principles of Liberal Order*. Chicago University Press.
- HAYEK, F. (1973). *Law, Legislation and Liberty* (3 vols.). Chicago University Press.
- HAYEK, F. (1978). *The Constitution of Liberty*. University of Chicago Press.
- HAYEK, F. (1980). *Individualism and Economic Order*. University of Chicago Press.
- HAYEK, F. (1994). *Road to Serfdom*. University of Chicago Press.
- HEILBRONER, R. (1988). *La formación de la sociedad económica*. Fondo de Cultura Económica.
- HELD, D., MCGREW, A., GOLDBLATT, D. y PERRATON, J. (1999). *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*. Stanford University Press.

- HELD, D. y KOENIG-ARCHIBUGI, M. (eds.). (2003). *Taming Globalization. Frontiers of Governance*. Polity Press.
- HELD, D. (2002). Law of States, Law of Peoples. Three Models of Sovereignty. *Legal Theory*, 8(2).
- HELPMAN, E. (2004). *The Mystery of Economic Growth*. Harvard University Press.
- HERVEY, T. (2000). Social Solidarity: A Buttress Against Internal Market Law? J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*. Hart Publishing.
- HIRSCHMAN, A. (1992). *Rival Views of Market Society*. Harvard University Press.
- HIRSCHMAN, A. (1997). *The Passions and the Interest. Political Arguments for Capitalism before Its Triumph*. Princeton University Press.
- HIRST, P. y THOMPSON, G. (1996). *Globalization in Question: The International Economy and the Possibilities of Governance*. Polity Press.
- HOBBS, T. (1996). *Leviathan. On the matter, Form & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. Cambridge University Press.
- HOLMES, S. (1995). *Passions & Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*. The Chicago University Press.
- HOOD, C., ROTHSTEIN, H. y BALDWIN, R. (2001). *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Oxford University Press.
- HOWSE, R. (2000). Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence. J. WEILER (ed.), *The EU, the WTO, and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*. Oxford University Press.
- HUME, D. (1985). *Of the Origin of Government. Essays. Moral, Political and Literary*. Liberty Fund.
- HUME, D. (1990a). *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*. Clarendon Press.
- HUME, D. (1990b). *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*. Clarendon Press.
- HUME, D. (1992). *A Treatise of Human Nature*. Clarendon Press.
- JACKSON, J. (1999). *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*. The MIT Press.
- JORDANA, J. y LEVI-FAUR, D. (eds.). (2004). *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Edward Elgar.
- JORDANA, J. y LEVI-FAUR, D. (2004). The Politics of Regulation in the Age of Governance. En J. JORDANA y D. LEVI-FAUR, *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Edward Elgar.
- JOSKOW, P. (ed.). (2000). *Economic Regulation*. Edward Elgar.

- KAHN, A. (1988). *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. The MIT Press.
- KEYNES, J. M. (2003). *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Fondo de Cultura Económica.
- KELSEN, H. (1986). *La teoría pura del derecho*. UNAM.
- KNIGHT, J. (1992). *Institutions and Social Conflict*. Cambridge University Press.
- KNIGHT, J. (2001). Explaining the Rise of Neoliberalism. J. CAMPBELL y O. PEDERSEN (eds.), *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*. Princeton University Press.
- KOENIG-ARCHIBUGI, M. (2003). Globalization and the Challenge to Governance. En D. HELD y M. KOENIG-ARCHIBUGI. *Taming Globalization*. Polity Press.
- KRUGMAN, P. (1997). *Pop Internationalism*. The MIT Press.
- KUCZYNSKI, P. y WILLIAMSON, J. (eds.). (2003). *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*. Institute for International Economics.
- LANDES, D. (1999). *The Wealth and Poverty of Nations. Why Some Are So Rich and Some So Poor*. Norton.
- LARRAÑAGA, P. de (1999). *Los juicios de responsabilidad por decisiones de política económica. Un ensayo de "indisciplina" académica*. Fundación Universitaria San Pablo CEU.
- LARRAÑAGA, P. de (2001). Responsabilidad de rol y directrices. *Doxa*, 24.
- LARRAÑAGA, P. de (2006a). Las funciones del interés general. Notas para una teoría jurídica de la regulación del mercado. En G. MANACI (ed.). *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*. Giuffrè.
- LARRAÑAGA, P. de (2006b). Globalización, regulación económica y teoría del derecho. En A. GARCÍA, *Racionalidad y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- LARRAÑAGA, P. de (2007). Interés general y regulación económica. *Isonomía*, 27.
- LARRAÑAGA, P. de (2009). *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*. Porrúa.
- LARRAÑAGA, P. de (2010). Una aproximación bienestarista al análisis constitucional de las políticas de seguridad. En A. BARRETO *et al.*, *Inseguridad, democracia y derecho*. Librería.
- LARRAÑAGA, P. de (2011). Un mapa teórico para el constitucionalismo económico. En R. VÁZQUEZ (ed.), *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*. Trotta.

- LARRAÑAGA, P. de (2016). *Troubled Waters. Ideas Towards a New Regulatory Regime of Water in México*. Disponible en: http://law.yale.edu/files/area/center/kamel/sela16__larranaga_cv_eng.pdf.
- LASKI, H. (1931). *A Grammar of Politics*. Allen & Unwin.
- LASKI, H. (1947). *The Rise of European Liberalism*. Allen & Unwin.
- LEVI-FAUR, D. y JORDANA, J. (2005). *The Rise of Regulatory Capitalism. The Global Diffusion of a New Order. The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. SAGE.
- LEVI-FAUR, D. (ed.) (2012). *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford University Press.
- LIFANTE, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa*, 25.
- LINDBLOM, C. (1977). *Politics and Markets. The World's Political Systems*. Basic Books.
- LINDBLOM, C. (2001). *The Market System. What It Is, How It Works and What to Make of It*. Yale University Press.
- LLEWELLYN, K. (1940). The Normative, the Legal and the Law Jobs. *Yale Law Journal*, 49(8).
- LLEWELLYN, K. (1962). *Jurisprudence*. Chicago University Press.
- LOCKE, J. (1991). *Two Treatises of Government*. Cambridge University Press.
- LOUGHLIN, M. (1992). *Public Law and Political Theory*. Clarendon Press.
- LOUGHLIN, M. (2000). *Swords & Scales. An Examination of the Relationship Between Law & Politics*. Hart Publishing.
- LOUGHLIN, M. (2003). *The Idea of Public Law*. Oxford University Press.
- LOUGHLIN, M. (2010). *Foundations of Public Law*. Oxford University Press.
- MACCORMICK, N. (1982). *Legal Right and Social Democracy*. Clarendon Press.
- MACCORMICK, N. (1997). Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the "European Commonwealth". *Law and Philosophy*, 16(4).
- MACCORMICK, N. (1998). Norms, Institutions, and Institutional Facts. *Law and Philosophy*, 17(3).
- MACCORMICK, N. (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Common Wealth*. Oxford University Press.
- MACCORMICK, N. (2007). *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press.
- MACEWAN, A. (1999). *Neo-Liberalism or Democracy? Economic Strategy, Markets and Alternatives for the 21st Century*. Zed Books.

- MADURO, M. (1998). *We the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: A Critical Reading of Art. 30 of the EC Treaty*. Hart Publishing.
- MADURO, M. (2000). Europe's Social Self: "The Sickness unto Death". J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*. Hart Publishing.
- MAJONE, G. (1996). *Regulating Europe*. Routledge.
- MAJONE, G. (1997). From Positive to Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, 17(2).
- MAJONE, G. (1999). The Regulatory State and its Legitimacy Problems. *West European Politics*, 22.
- MÄKI, U. (ed.). (2001). *The Economic World View: Studies in the Ontology of Economics*. Cambridge University Press.
- MALLOY, R. (2000). *Law and Market Economy. Reinterpreting the Values of Law and Economics*. Cambridge University Press.
- MALLOY, R. (2004). *Law in a Market Context. An Introduction to Market Concepts in Legal Reasoning*. Cambridge University Press.
- MANN, M. (1986). *The Sources of Social Power*, vol. I. *A History of Power from the Bigning to AD 1760*. Cambridge University Press.
- MANN, M. (1993). *The Sources of Social Power*, vol. II. *The Rise of Classes and Nation States*. Cambridge University Press.
- MARTIN, M. y MCINTYRE, L. (eds.). (2001). *Readings in the Philosophy of Social Sciences*. The MIT Press.
- MASHAW, J. (1997). *Greed, Chaos and Govenance. Using Public Choice to Improve Public Law*. Yale University Press.
- MCCAHERY, J., BRATTON, W., PICCIOTTO, S. y COLIN, S. (eds.). (1996). *International Regulatory Competition and Coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*. Clarendon Press.
- MERCURO, N. y MEDEMA, S. (1997). *Economics and the Law. From Posner to Post-modernism*. Princeton University Press.
- MERCURO, N. y RYAN, T. (1984). *Law, Economics and Public Policy*. JAI Press.
- MERTENS, H.-J. (1997). Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law? En G. TEUBNER, *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot.
- MILLER, R. (2001). Methodological Individualism and Social Explaniation. En M. MARTIN y L. MCINTYRE (eds.), *Readings in the Philosophy of Social Sciences*. Cambridge: The MIT Press.

- MITNICK, B. (1980). *The Political Economy of Regulation: Creating, Designing, and Removing Regulatory Forms*. Columbia University Press.
- MORENO-BRID, J. y ROS, J. (2009). *Development and Growth in the Mexican Economy. A Historical Perspective*. Oxford University Press.
- MOYN, S. (2018). *Human Rights in an Unequal World*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- MORGAN, B. y YEUNG, K. (2007). *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge University Press.
- MULLER, J. (2002). *The Mind and the Market. Capitalism in the Western Thought*. Anchor Books.
- NAIM, M. (2000). Fads and Fashion in Economic Reforms: Washington Consensus or Washington Confusion? *Third World Quarterly*, 21(3).
- NEE, V. e INGRAM, P. (1998). Embeddedness and Beyond: Institutions, Exchange, and Social Structure. En M. BRINTON y V. NEE (eds.), *The New Institutionalism in Sociology*. Russel Sage Foundation.
- NORTH, D., WALLIS, J. y WEINGAST, B. (2009). *Violence and Social Orders. A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. Cambridge University Press.
- NORTH, D. (1981). *Structure and Change in Economic History*. Norton.
- NORTH, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.
- NOZICK, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books.
- OAKESHOTT, M. (1975). On the Character of a Modern European State. En M. OAKESHOTT, *On Human Conduct*. Clarendon Press.
- OAKESHOTT, M. (1983). Rule of Law. En M. OAKESHOTT, *On History and Other Essays*. Blackwell.
- OFFE, C. (1996). *Modernity and the State*. The MIT Press.
- OGUS, A. (1989). Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory. *Journal of Law and Society*, 16(4).
- OGUS, A. (1994). *Regulation. Legal Form and Economic Theory*. Clarendon Press.
- OGUS, A. (2002). Comparing Regulatory Regimes. Institutions, Processes and Legal Forms in Industrialized Countries. *Centre for Regulation and Competition Working Paper Series*, 35.
- OHMAE, K. (1995). *The End of Nation State. The Rise of Regional Economy*. Free Press.
- OLIVER, D., PROSSER, T. y RAWLINGS, R. (eds.). (2010). *The Regulatory State. Constitutional Implications*. Oxford University Press.

- OLIVER, D. (1999). *Common Values and the Public-Private Divide*. Butterworths.
- OLSON, M. (1980). *The Logic of Collective Action*. Harvard University Press.
- OLSON, M. (2000). *Power and Prosperity, Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships*. Basic Books.
- ORTIZ MENA, A. (1998). *El desarrollo estabilizador. Reflexiones sobre una época*. Fondo de Cultura Económica.
- OSTROM, E. (1990). *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press.
- PARKER, C. y BRAITHWAITE, J. (2003). Regulation. En M. TUSHNET y P. CA-NE (eds.), *Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press.
- PARKER, C., SCOTT, C., LACEY, N. y BRAITHWAITE, J. (2004). *Regulating Law*. Oxford University Press.
- PARSONS, T. (1963). On the Concept of Political Power. *Proceedings of the American Philosophical Society*, 107(3).
- PERSSON, T. y TABELLINI, G. (2005). *The Economic Effects of Constitutions*. The MIT Press.
- PERTZMAN, S. (1976). Toward a More General Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics*, 19 (2).
- PERTZMAN, S. (1989). The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation. En R. BALDWIN, C. SCOTT y C. HOOD, *A Reader on Regulation*. Oxford University Press.
- PETTIT, P. (2001). The Virtual Reality of Homo economicus. En U. MÄKI, *The Economic World View: Studies in the Ontology of Economics*. Cambridge University Press.
- PICCIOTTO, S. (1996). The Regulatory Criss-Cross: Interaction between Jurisdictions and the Construction of Global Regulatory Networks. W. BRATTON, J. MCCAHERY, S. PICCIOTTO y S. COLIN (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*. Clarendon Press.
- PICKER, R. (1993). Law and Economics: Intellectual Arbitrage. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 27(127).
- POLANYI, K. (1957). *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*. Bacon Press.
- POLANYI, K. (2018). *De la gran transformación a la gran financiación*. Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, R. (1981). *The Economics of Justice*. Harvard University Press.
- POSNER, R. (1992). *Economic Analysis of Law*. Little, Brown and Company.

- POSNER, R. (2003). *Pragmatism, Law and Democracy*. Harvard University Press.
- POSTEMA, G. (1986). *Bentham and the Common Law Tradition*. Clarendon Press.
- PRZEWORSKI, A. (2003). *States and Markets. A Primer in Political Economy*. Cambridge University Press.
- QUINTERO, M. y PRADA, N. (2019). El neoestructuralismo latinoamericano: transformación productiva con equidad, “desarrollo desde dentro” y regionalismo abierto, *Iberoamericana-Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, 48 (1).
- RAWLINGS, R. (ed.). (1996). *Law, Society, and Economy. Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science*. Oxford University Press.
- RAWLS, J. (1955). Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, 64.
- RAWLS, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- RAZ, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford University Press.
- RICHARDSON, H. (1999). Administrative Policy-Making: Rule of Law of Bureaucracy? D. DYZENHAUS, *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Hart Publishing.
- ROBBINS, L. (1952). *The Theory of Economic Policy in English Classical Political Economy*. Macmillan.
- RODRIK, D. (2007). *One Economics-Many Recipes. Globalization, Institutions and Economic Growth*. Princeton University Press.
- ROSENAU, J. y CZEMPIEL, E.-O. (eds.). (1992). *Governance without Government. Order and Change in World Politics*. Cambridge University Press.
- ROSENAU, J. (2007). Governing the Ungovernable: The Challenge of Global Disaggregation of Authority. *Regulation and Governance*, 1(1).
- ROSENBERG, A. (2001). If Economics Isn't Science, What Is It? En M. MARTIN y L. MCINTYRE, *Readings in the Philosophy of Social Sciences*. The MIT Press.
- ROTHSCHILD, E. (2001). *Economic Sentiments. Adam Smith, Condorcet, and the Enlightenment*. Harvard University Press.
- RUGGIE, J. (1982). International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order. *International Organization*, 36 (2).
- RUGGIE, J. (2003). Taking Embedded Liberalism Global. En D. HELD y M. KOENIG-ARCHIBUGI, *Taming Globalization*. Polity Press.
- SÁENZ, J. (1995). Economía mexicana. Perspectiva y prospectiva. En L. RUBIO y A. FERNÁNDEZ (eds.), *México a la hora del cambio*. Cal y Arena.
- SALAZAR, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica.

- SAMUELS, W. (1989). *Fundamentals of the Economic Role of Government*. Greenwood Press.
- SAMUELS, W. (2002). *Economics, Governance and Law. Essays in Theory and Policy*. Edward Elgar.
- SANDLER, T. (2001). *Economic Concepts for the Social Sciences*. Cambridge University Press.
- SCHALENSEE, R. y WILLIG, R. (1989). *Handbook of Industrial Organization*. Elsevier.
- SCHARPF, F. (1999). *Governing in Europe. Effective and Democratic?* Oxford University Press.
- SCHOFIELD, P. y HARRIS, J. (1998). *The Collected Works of Jeremy Bentham. "Legislator of the World". Writings on Codification, Law, and Education*. Oxford University Press.
- SCHOLTE, J. (1993). *International Relations of Social Change*. Open University Press.
- SCHOTT, J. (ed.). (1996). *The World Trade System. Challenges Ahead*. Institute for International Economics.
- SCHROEDER, J. (2004). *The Triumph of Venus. The Erotics of the Market*. University of California Press.
- SHUMPETER, J. (1975). *Capitalism, Socialism, and Democracy*. Harper-Perennial.
- SCOTT, C. (2010). Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism. D. OLIVER, T. PROSSER y R. RAWLINGS (eds.), *The Regulatory State. Constitutional Implications*. Oxford University Press.
- SCOTT, C. (2004). Regulating Constitutions. C. PARKER, C. SCOTT, N. LACEY y J. BRAITHWAITE, *Regulating Law*. Oxford University Press.
- SEDLÁČEK, T. (2014). *Economía del bien y del mal. En búsqueda del significado económico desde Gilgamesh hasta Wall Street*. Fondo de Cultura Económica.
- SEN, A. (1977). Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory. *Philosophy and Public Affairs*, 6(4).
- SEN, A. (1998). *On Ethics & Economics*. Blackwell.
- SEN, A. (1999). *Development as Freedom*. Alfred A. Knopf.
- SEN, A. (2009). *The Idea of Justice*. Harvard University Press.
- SHAVELL, S. (1980). Strict Liability versus Negligence. *The Journal of Legal Studies*, 9 (1).
- SHAVELL, S. (1984). Liability for Harm versus Regulation of Safety. *The Journal of Legal Studies*, 13 (2).
- SHAW, J. y MORE, G. (1995). *New Legal Dynamics of European Union*. Clarendon Press.

- SMITH, A. (1976). *The Theory Moral Sentiments*. Clarendon Press.
- SMITH, A. (1978). *Lectures on Jurisprudence*. Clarendon Press.
- SMITH, A. (1979). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Clarendon Press.
- SMITH, A. (1985). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Liberty Fund.
- STEIN, U. (1995). *Lex Mercatoria. Realität und Theorie*. Klostermann.
- STEWART, R. (1975). The Reformation of American Administrative Law. *Harvard Law Review*, 88 (8).
- STIGLER, G. (1961). The Economics of Information. *Journal of Political Economy*, 69 (3).
- STIGLER, G. (1971). The Theory of Economic Regulation. *Bell Law Journal of Economics and Management Sciences*, 2.
- STRANGE, S. (1996). *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*. Cambridge University Press.
- SUMMERS, R. (1982). *Instrumentalism and American Legal Theory*. Cornell University Press.
- SUMMERS, R. (1993). A Formal Theory of the Rule of Law. *Ratio Juris*, 6 (2).
- SUMMERS, R. (2001). *La naturaleza formal del derecho*. (Trad. Pablo de Larrañaga). Fontamara.
- SUMMERS, R. (2010). *Form and Function in a Legal System. A General Study*. Cambridge University Press.
- SUNSTEIN, C. (1990). *After Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Harvard University Press.
- SUNSTEIN, C. (1997). "Property and Constitutionalism". *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press.
- SUNSTEIN, C. (2002). Las funciones de las normas regulativas. *Isonomía*, 17.
- SUNSTEIN, C. (2004). *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. Basic Books.
- TAGGART, M. (2003). The Nature and Functions of the State. En M. TUSHNET y P. CANE, *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford University Press.
- TAMANAH. (2004). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge University Press.
- TELLO, C. (2011). *Estado y desarrollo económico. México 1920-2006*. UNAM.
- TEUBNER, G. (ed.). (1987). *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis of the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Welfare Law*. Walter de Gruyter.

- TEUBNER, G. (ed.). (1997) *Global Law Without a State*. Aldershot.
- TEUBNER, G. (1997). Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. En G. TEUBNER, *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot.
- TILLY, C. (ed.). (1975). *The Formation of National States in Western Europe*. Princeton University Press.
- TRUBEK, D. y SANTOS, Á. (2006). *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Cambridge University Press.
- TWINING, W. (1973). *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. Weidenfeld and Nicholson.
- TWINING, W. (1979). Academic Law and Legal Philosophy: The Significance of Herbert Hart. *Law Quarterly Review*, 95.
- TWINING, W. (1993). The Idea of Juristic Method: A Tribute to Karl Llewellyn. *University of Miami Law Review*, 48 (119).
- TWINING, W. (1997). *Law in Context. Enlarging a Discipline*. Clarendon Press.
- TWINING, W. (2000). *Globalisation & Legal Theory*. Butterworths.
- UNGER, R. (1976). *Law in Modern Society*. Free Press.
- UNGER, R. (1996). *What Should Legal Analysis Become?* Verso.
- UNGER, R. (1997). Legal Analysis as Institutional Imagination. R. RAWLINGS, *Law, Society, and Economy. Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science*. Oxford University Press.
- UNGER, R. (1998). *Democracy Realized. The Progressive Alternative*. Verso.
- VANBERG, V. (1994). *Rules & Choice in Economics*. Routledge.
- VANBERG, V. (1999). *Racionalidad y reglas. Ensayos sobre teoría de la Constitución*. Gedisa.
- VANBERG, V. (2001). *The Constitution of Markets. Essays in Political Economy*. Routledge.
- VANBERG, V. (2002). Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional. *Isonomía*, 17.
- VON MISES, L. (1957). *Theory and History. An Interpretation of Social and Economic Evolution*. Yale University Press.
- WALLERSTEIN, I. (1974). *The Modern World-System*. Academic Press.
- WALLERSTEIN, I. (1974b). The Rise and Future Dimise of the World Capitalist System: Concepts of Comparative Analysis. *Comparative Studies in Society and History*, 16 (4).
- WALLERSTEIN, I. (1979). *The Capitalist World-Economy*. Cambridge University Press.

- WALLERSTEIN, I. (1995). *After Liberalism*. The New Press.
- WARD, I. (1996). *The Margins of European Law*. MacMillan Press.
- WEBER, M. (1964a). *Historia económica general*. Fondo de Cultura Económica.
- WEBER, M. (1964b). *The Theory of Social and Economic Organization*. Free Press.
- WEBER, M. (1984). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- WEILER, J. (1999). *The Constitution of Europe, "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*. Cambridge University Press.
- WEILER, J. (ed.). (2000). *The EU, the WTO, and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*. Oxford University Press.
- WHITEFORD, E. (1995). W(h)ither Social Policy? En J. SHAW y G. MORE (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*. Clarendon Press.
- WIENER, J. (1999). *Globalization and the Harmonization of Law*. Pinter.
- WILLIAMSON, O. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. The Free Press.
- YERGIN, D. y STANISLAW, J. (1998). *The Commanding Heights*. Touchstone.
- YORAM, B. (1988). *The Economics of Property Rights*. Cambridge University Press.
- ZAJAC, E. (1995). *Political Economy of Fairness*. The MIT Press.

El orden de la vida material. Regulación y constitucionalismo económico, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 16 de agosto de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

El orden de la vida material. Regulación y constitucionalismo económico explora los distintos vértices de la relación entre los Estados contemporáneos y la vida económica. Se trata de un estudio de carácter normativo que, sin embargo, intenta dar cuenta de las formas en las que, efectivamente, la ordenación de la economía puede satisfacer las exigencias de bienestar en la modernidad.



www.juridicas.unam.mx



ISBN 978-607-30-4670-1



9 786073 046701 >