

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 (*cfr.* 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 cientificidad 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 “aguijón” 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 *à 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 manifestamente, 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 bobaliconamente 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

gulación. 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 distinga 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 trasieran 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 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, genero, 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.