

CAPÍTULO SEGUNDO

IDEAS PARA EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. PERSPECTIVAS DEL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

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

1. *Perspectiva histórica*

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

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

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

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

2. *Perspectiva teórica*

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

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

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

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

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

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

3. *Perspectiva empírica*

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

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

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

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

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

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

II. FUNCIONES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

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

1. *Funciones de organización*

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

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

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

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

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

2. Funciones de corrección

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

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

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

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

3. *Funciones de legitimación*

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

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

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

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

III. CONSTITUCIÓN Y MERCADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. La Constitución económica y el mercado como institución

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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