

CAPÍTULO TERCERO

CONSTITUCIONALISMO, INTERÉS GENERAL Y REGULACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. LA OPERATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. COORDINACIÓN, ACUERDOS E INTERESES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. EL INTERÉS GENERAL PROYECTADO SOBRE LA REGULACIÓN

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

1. *La regulación del mercado como mecanismo*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La regulación del mercado como institución

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

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

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

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

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

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

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

3. La regulación del mercado como orden económico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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