

MERCADOS Y REGULACIÓN.

EL CONTRASTE ENTRE EL LIBERALISMO DE LIBRE MERCADO Y EL LIBERALISMO CONSTITUCIONAL*¹

Viktor J. Vanberg

Introducción

En la entrada “regulación y desregulación” del *New Palgrave's*, los autores señalan que “tanto las investigaciones teóricas como las empíricas cuestionan la medida en la que la regulación puede llegar a alcanzar los objetivos para la que se promulga” (Breyer y MacAvoy 1987: 129). La visión desilusionada de las políticas regulativas resumida en este juicio se ha convertido en una opinión común entre los profesionales de la economía.² Los economistas de la elección pública llevan mucho tiempo sosteniendo que la regulación es el espacio ideal para la búsqueda de ventajas políticas que generan privilegios, a costa del interés público general, para los intereses de grupos de poder bien cohesionados.

El propósito de este trabajo no es el de sumarse a este catastrófico record de las políticas regulativas. Su objetivo es el de explorar algunas de las cuestiones conceptuales y teóricas fundamentales de la relación entre mercado y regulación. Limitando específicamente mi análisis a una aproximación liberal clásica a la naturaleza y la función de los mercados, quiero contrastar dos tipos de liberalismo que, según conjeturo, aunque en las cuestiones de política económica lleguen a conclu-

* Publicado originalmente con el título “Markets and Regulation: the Contrast between Free-Market Liberalism and Constitutional Liberalism”, en *Constitutional Political Economy*, Vol. 10, N° 3, 1999. Agradecemos al autor y a Kluwer Academic Publishers su autorización para la traducción y publicación de este artículo. Traducción de Pablo Larrañaga.

¹ Este artículo se preparó originariamente para la Reunión General de la Sociedad Mont Pelerin celebrada en Washington D. C. en 1998. Quisiera agradecer a James M. Buchanan y a Israel M. Kirzner sus comentarios a la versión original de este artículo.

² En 1975 R. H. Coase (1975: 183n.) señaló: “En los últimos quince años, particularmente en Estados Unidos, ha habido más estudios serios de la regulación gubernamental de la industria de los que jamás haya habido antes...la principal lección que podemos obtener de esos estudios es clara: todos tienden a sugerir que la regulación, o es inefectiva o, cuando tiene algún impacto, el balance del efecto es malo”.

siones similares, difieren sistemáticamente en su visión implícita sobre “el mercado y la regulación”. Mi reflexión sobre la materia fue sugerida por una lectura acerca de un incidente en la reunión de la Mont Pelerin Society (MPS) de 1949; una sociedad de liberales clásicos que fundara en 1947 F. A. Hayek en Mont Pelerin, Suiza. En un artículo de Wilhelm Röpke, uno de los fundadores de la MPS, en el que narra sus recuerdos de Walter Eucken, también miembro de la MPS y uno de los fundadores de la Escuela de Friburgo de Derecho y Economía, Röpke reporta que en la mencionada reunión (que tuvo lugar en Seelisberg, Suiza) surgió una discusión entre Ludwig von Mises y Walter Eucken. Röpke no dice mucho en torno a tal encuentro³ y tampoco he podido encontrar una descripción más detallada en otras fuentes.⁴ Sin embargo, del reporte de Röpke se puede concluir que la confrontación entre Eucken y von Mises simbolizaba un conflicto de opiniones que surgía constantemente dentro de la Mont Pelerin Society; y que me parece claramente vinculada con el hecho de que, con sus respectivos trabajos, estas dos personas, Eucken y von Mises, representaban perspectivas claramente distintas respecto de la naturaleza del orden de mercado liberal; naturaleza que gira en torno a conceptos organizativos diferentes. Mientras que en el caso de von Mises se trata de la noción de *mercado sin interferencias* (*unhampered market*), en el caso de Eucken se trata de la noción del mercado como *orden constitucional*. Con el propósito de abreviar, contrastaré estas perspectivas como *liberalismo de libre mercado* y *liberalismo constitucional*.

Me parece que, sin ir necesariamente asociados con los nombres de sus precursores, estos dos tipos de perspectivas siguen jugando un papel importante dentro del liberalismo clásico, y que la diferencia entre ellos tiene relevancia para la cuestión de la regulación; si bien no tanto en las conclusiones a las que se llega en última instancia, sí de manera

³ El breve reporte de W. Röpke reza: “Es kam zu Zusammenstößen, unter denen derjenige besonders schwer und eindrucksvoll war, der sich zwischen Walter Eucken und Ludwig v. Mises ereignete. Auf den von dem letzteren erhobenen Anspruch, in seiner Person den allein maßgeblichen Liberalismus zu repräsentieren, war Eucken die Antwort nicht schunlig geblieben, und so wäre es denn nicht Ludwig v. Mises mit seiner Ritterlichkeit einglenkt hätte. Jene Diskussion, in der es vor allem um das Monopproblem und um die dem Staat und der Rechtsordnung dadurch zufallende Aufgabe ging, ist symbolisch für einen Richtungsstreit im liberalen Lager geblieben, der innerhalb der Mont-Pèlerin-Gesellschaft immer wieder hervortrat.”

⁴ En la historia de la MPS de Max Hartwell no se menciona este incidente.

clara en la lógica general de los argumentos mediante los que se llega a esas conclusiones. En lo que sigue, examinaré más de cerca la forma en la que estas perspectivas producen los argumentos generales que subyacen al razonamiento liberal en relación con los problemas de regulación.

El “mercado sin interferencias” y el argumento en contra de la regulación

A primera vista, el concepto mيسةano de “economía de mercado sin interferencias” parece aportar un criterio preciso y nada ambiguo para definir qué es lo que cuenta, descriptivamente, como regulación, y para responder a la pregunta normativa acerca de qué hay de malo en ella.⁵ Si se pudiera distinguir claramente, como implícitamente lo hace Israel Kirzner (1985) en su artículo acerca de “los peligros de la regulación”, entre “una economía de mercado con interferencias (esto es, regulada)” (*ibid.*: 122) y un “mercado sin interferencias” (*ibid.*: 141), entonces cualquier forma de regulación debería verse como un obstáculo para la suave operación de los procesos de mercado.⁶ Sin embargo, tan pronto como, en una observación más detenida, se reconoce que difícilmente puede decirse que la regulación sea un concepto conciso y bien definido, y no un término con un significado difuso y una noción considerablemente vaga, el asunto se complica. La noción de regulación se ha convertido en una categoría sumaria que abarca distintos tipos de medidas políticas que, aunque comporten ciertos rasgos comunes, difieren notablemente en otros muchos aspectos.

⁵ En la definición de L. von Mises (1949: 238n): “La construcción imaginaria de una economía de mercado sin interferencias pura...asume que la operación del mercado no está obstruida por factores institucionales: asume que el gobierno, intentando preservar la operación del sistema de mercado, se abstiene de obstaculizar su funcionamiento y lo protege frente a la invasión por parte de otras personas”. [Sobre el método de “utilizar construcciones imaginarias” von Mises (1949: 237) anota: “Una construcción imaginaria...es un producto de la deducción, derivado en última instancia de la categoría fundamental de acción...Al diseñar esa construcción imaginaria, los economistas no se ocupan de la cuestión de si refleja o no las condiciones de la realidad que pretende analizar”] Como señala von Mises (1949: 239): “Los economistas clásicos y sus epígonos llamaban al sistema de economía de mercado sin interferencias ‘natural’ y a las acciones del gobierno que intervenían en él ‘artificiales’ o ‘disturbadoras’. Pero esta terminología era también el resultado de su cuidadoso escrutinio acerca de los problemas del intervencionismo”.

⁶ Como escribe Kirzner (1985: 141); “Nada dentro del proceso regulativo parece imitar remotamente el proceso de descubrimiento que es tan propio del mercado no regulado”.

Presumiblemente, hay muchas dimensiones en las que pueden distinguirse los distintos tipos de medidas regulativas comúnmente clasificadas como regulación. En este contexto, tiene especial importancia el contraste entre, por un lado, *la regulación como intervención en los procesos de mercado* y, por el otro, *la regulación como marco de los procesos de mercado*, en el sentido de circunscribir los términos en los que pueden desenvolverse los procesos de mercado. La diferencia que resulta relevante aquí, y que puede describirse como *regulación mediante órdenes vs. regulación mediante reglas*, es la que se pasa por alto cuando el término “regulación” se aplica, sin ulteriores matices, a “la imposición de techos y suelos de precios”; a “especificaciones de calidad” (Kizner 1985: 139); a “la prohibición de una fusión” (*ibid.*: 141); a “los esfuerzos regulativos para legislar precios u otros niveles de equilibrio” (*ibid.*: 143); a las medidas como “las leyes sobre trabajo infantil” (*ibid.*: 134), o las regulaciones relativas a “los efectos colaterales (la contaminación, la propagación de enfermedades o la exposición de los jóvenes a la pornografía, etc.) generados por la actividad incontrolada del mercado” (*ibid.*: 139). Ciertamente, se puede elegir usar el término “regulación” de esta manera tan amplia, pero cuando se trata de diagnosticar los perjuicios de “la regulación gubernamental en los procesos de mercado” (*ibid.*: 149), este uso indiscriminado puede resultar engañoso con mucha facilidad.⁷

Nadie ha insistido más que F. A. Hayek en que la claridad en esta cuestión exige trazar una distinción nítida. Él señala, en particular, que no se puede evitar la confusión si los distintos tipos de regulación se describen genéricamente como intervención del gobierno. Insiste en que el término “interferencia” (o “intervención”) sólo puede aplicarse con propiedad a ordenes específicas dirigidas a obtener resultados particu-

⁷ En una contribución más reciente, Kirzner (1994) distingue explícitamente entre la implementación de lo que él llama “los límites externos del mercado” y la “suspensión del mercado o la interferencia en el mercado” por parte del gobierno. Por “límites externos” entiende “los prerequisites institucionales para la existencia misma del mercado” (*ibid.*: 110) o “el sistema de derechos” (*ibid.*: 108) que constituye el marco dentro del que tienen lugar las actividades del mercado. Kirzner considera que “sistema de derechos” se basa en “perspectivas éticas compartidas” ampliamente en la sociedad (*ibid.*) y afirma que es sólo en el “contexto de un modelo de derechos dado” (*ibid.*: 105) que “la función del mercado” (*ibid.*) puede definirse. En este contexto, la intervención del gobierno debe entenderse como una intervención en la coordinación de las actividades que se desarrolla dentro de *un sistema de derechos dado*. Volveré al argumento de Kirzner en el próximo inciso.

lares (Hayek 1976: 128), tales como “las decisiones relativas a quién puede proveer de ciertos bienes o servicios, a qué precios y en qué cantidades” (Hayek 1960: 227). Y resulta mal aplicado cuando se refiere a “toda aquella regulación de la actividad económica que puede presentarse en la forma de reglas generales que especifiquen las condiciones que debe satisfacer cualquiera que desempeñe una actividad” (*ibid.*: 224). Es evidente que cuando von Mises hablaba de la intervención del gobierno y de mercados regulados, estaba pensando principalmente en la regulación mediante órdenes. Hablaba de actividades que eran “reguladas, guiadas y controladas a través de decretos y prohibiciones de la autoridad” (von Mises 1985: 76); veía, en el “establecimiento de precios fijos de bienes y servicios”, “los actos de intervención cruciales” (*ibid.*); y describía “las economías con interferencias” como aquellas en la que “el gobierno interviene en la operación de las empresas mediante órdenes y prohibiciones” (von Mises 1949: 714).⁸ Así pues, los argumentos que formuló von Mises en contra de la interferencia del gobierno, son argumentos en contra de la intervención mediante órdenes. Para esta exposición resulta esencial entender por qué estos argumentos no pueden extenderse a la regulación mediante reglas. Y que si tal crítica pudiera formularse en contra de este último tipo de intervención, ésta debería apoyarse en otro tipo de argumentos.

Hay un argumento directo de por qué la intervención mediante órdenes regulativas “va en contra del propio principio” de la coordinación de mercado (Hayek 1960: 222). Y existe un argumento igualmente directo acerca del por qué los esfuerzos por mejorar los resultados del mercado mediante tales intervenciones tienden a hacer que las cosas empeoren. Como ha sugerido Hayek (1976: 115), la mejor manera de entender el funcionamiento del sistema de mercado es verlo como un “juego de creación de riqueza”: el “juego de la catalaxia”.⁹ Dentro de las reglas que definen ese juego, se deja libertad a los participantes para que utilicen sus recursos de la manera que ellos, sobre la base de sus conocimientos específicos, consideren más ventajosa”. Es debido, pre-

⁸ Según von Mises (1949: 240) los liberales afirman “que la operación de un mercado sin interferencias...genera resultados más satisfactorios que los decretos de reguladores anómalos”

⁹ Hayek (1976: 115): “Es un juego de creación de riqueza (y no lo que la teoría de los juegos llama un juego suma cero), esto es, un juego que lleva a incrementar el flujo de bienes y las posibilidades de todos los participantes de satisfacer sus necesidades”

cisamente, a que el conocimiento se encuentra difuminado en las cabezas de la gente, que así puede utilizarse de la mejor manera; que el juego de la catalaxia despliega su potencial creador de riqueza. Pero, al igual que en cualquier otro juego, no se puede tener todo. No se puede jugar el juego y asegurar, al mismo tiempo, un determinado resultado específico. El sentido de jugar el juego de la catalaxia es dejar que los participantes en el mercado realicen sus propias elecciones dentro de las reglas del juego, con la consecuencia de que deben quedar indeterminados los resultados particulares que surjan de sus elecciones. Tratar de asegurar un determinado resultado dirigiendo la forma en la que los participantes han de jugar el juego, es inconsistente con la lógica del propio juego. Si vale o no la pena jugar el juego, es una decisión que sólo puede tomarse en términos de si resulta deseable la *tendencia de sus resultados*, pero no atendiendo a resultados particulares, preguntándose si pueden ser mejorados mediante intervenciones discrecionales. Podemos, desde luego, imaginar instancias en la que una intervención de este tipo sería positiva, pero esta no es la cuestión relevante. La cuestión fundamental reside en establecer si, otorgando al gobierno autoridad para intervenir mediante órdenes discrecionales, podemos esperar de manera realista que se produzca una mejor tendencia del conjunto de resultados, en comparación con el caso en que dicha capacidad de intervención le sea negada.¹⁰ La esencia de la doctrina liberal se ha dedicado a deletrear las razones de los méritos del mercado frente a esta cuestión. Estas razones tienen que ver, en particular, con el problema del conocimiento, que es un tema central de la crítica von Mises-Hayek a la planeación centralizada; crítica que puede generalizarse, de hecho, como una crítica a la regulación mediante órdenes.¹¹ Y también tienen que ver con la crítica de que las intervenciones discrecionales del go-

¹⁰ Hayek (1976: 129) “los resultados particulares determinados por la alteración de acciones particulares del sistema, serán siempre inconsistentes con el orden en su conjunto: si no lo fueran, podrían haberse alcanzado cambiando las reglas mediante las cuales opera el sistema. Si se utiliza el término “interferencia” con propiedad, ésta será, por definición, un acto aislado de coerción llevado a cabo con el propósito de alcanzar un resultado particular, sin comprometerse a hacer lo mismo en todas las circunstancias que, según la definición de una regla, son las mismas”.

¹¹ En este sentido, Kizner (1985: 139) se pregunta: ¿cuál es la probabilidad de que los funcionarios del gobierno...*sepan* qué precios impuestos pueden evocar, digamos, las acciones deseadas, “correctas”, de los participantes en el mercado? ¿cómo saben los funcionarios del gobierno qué precios establecer (o qué calidades exigir, etc.)?

bierno mediante órdenes operan como un buen instrumento para garantizar el tratamiento privilegiado de ciertos intereses,¹² de modo que están vinculadas con lo que la teoría moderna de la elección pública discute bajo la rúbrica de “búsqueda de ventaja” (*rent-seeking*).

Los anteriores argumentos están implícitos cuando Hayek (1960: 221) insiste en que “el método de órdenes y prohibiciones específicas” está excluido, por principio, del concepto liberal de orden de mercado; y que “el control directo de los precios por el gobierno es irreconciliable con el funcionamiento de un sistema libre” (*ibid.*: 227).¹³ También insiste, sin embargo, en que no puede decirse lo mismo respecto de la regulación gubernamental mediante reglas.¹⁴ Y se apresura a añadir que reconocer la necesidad de distinguir entre estos dos tipos de medidas gubernamentales no supone que no haya razones para preocuparse por la regulación mediante reglas. Por el contrario, sospecha que “muchas de esas medidas seguirán siendo, desde luego, indeseables o, incluso, dañinas” (*ibid.*: 222), y que a menudo habrá buenas razones para considerarlas “inconvenientes, bien porque están destinadas a fallar, bien porque sus costes superarán las ventajas que producen” (*ibid.*: 221). No obstante, como él mismo afirma, “en tanto que sean compatibles con el Estado de derecho, no pueden negarse de entrada como intervenciones del gobierno, sino que deben analizarse en términos de su conveniencia” (*ibid.*).¹⁵ En este contexto, deja claro, sin ambigüedad alguna, que

¹² Hayek (1976: 129): “Todo acto de intervención crea un privilegio en el sentido en el que asegura, de una forma que no puede justificarse mediante principios capaces de una aplicación general, los beneficios de unos a costa de los de otros”

¹³ Hayek (1960: 228) “Estrictamente hablando, pues, hay dos razones por las que el control de precios y de cantidades es incompatible con un sistema libre: una es que tales controles tienen que ser arbitrarios, y la otra es que es imposible implementarlos de modo que permitan que el mercado funcione adecuadamente”

¹⁴ Hayek (1960: 225): “Cualquier esfuerzo por controlar los precios o las cantidades de bienes particulares priva a la competencia de su poder para generar una coordinación efectiva de los esfuerzos de los individuos... Esto, sin embargo, en la medida en la que son potenciales productores de equidad, no es necesariamente cierto de medidas que sólo se limitan a restringir ciertos métodos de producción... Prohibir el uso de ciertas sustancias venenosas que requieren de precauciones especiales en su uso, limitar las horas laborales o exigir ciertos arreglos sanitarios, es perfectamente compatible con la preservación de la competencia. La única cuestión en estos casos es establecer en los casos particulares si las ganancias obtenidas son mayores que los costes que estas medidas suponen”.

¹⁵ Hayek (1960: 225): “Pero si, por ejemplo, por razones de salud se prohíbe la fabricación y venta de cerillas, o si sólo se permite si se toman ciertas medidas de precaución, o si se prohíbe de manera general el trabajo nocturno, el acierto de estas medidas sólo puede establecerse me-

no ve ninguna ventaja en minimizar las diferencias entre, por un lado, rechazar cierto tipo de intervenciones gubernamentales por su incompatibilidad con los principios de coordinación del mercado y, por otro, rechazar malas medidas regulativas sobre la base de su inconveniencia:

La apelación habitual al principio de no interferencia en la lucha contra toda la medida mal considerada o dañina, ha tenido el efecto de borrar la distinción fundamental entre las medidas compatibles con el sistema libre y las que no lo son (*ibid*).¹⁶

Hay que admitir que puede que la distinción entre la regulación mediante órdenes específicas y la regulación mediante reglas a las que alude Hayek, y respecto de la que yo he querido llamar la atención en esta sección, no nos proporcione una línea de demarcación precisa, en el sentido en el que cualquier tipo de regulación concebible pueda asignarse, sin ninguna ambigüedad, a una u otra categoría. Puede que existan “zonas grises, y que surjan ambigüedades como resultado del hecho de que las órdenes específicas, en tanto entidades lingüísticas, pueden llegar a transformarse en “reglas generales”. Ello no debe, sin embargo, distraernos del hecho de que, conceptualmente, la distinción tiene sentido y es significativa. Cuando los gobiernos regulan mediante órdenes, le dicen a los jugadores cómo deben jugar el juego de la catalaxia, y tal *interferencia en el desarrollo del juego* está claramente en conflicto con el propósito del juego. Cuando los gobiernos regulan mediante reglas, redefinen los términos bajo los cuales, o el marco dentro del cual, se juega el juego. *Esta interferencia en el nivel de las reglas* puede ser inconveniente, en el sentido en el que el juego de la catalaxia exhiba propiedades de funcionamiento menos atractivas de lo que ocurriría si las cosas fueran de otro modo. Sin embargo, no puede decirse que sea, en principio, contraria al propósito de jugar el juego.

dianete la comparación del conjunto de ganancias con el conjunto de costes; no puede determinarse de manera concluyente apelando a ningún principio general”.

¹⁶ Hayek (1960: 222) sugiere: “...que el Estado de Derecho provee de los criterios que nos permiten distinguir las medidas que son compatibles con el sistema. Aquellas que lo sean, deben examinarse con mayor profundidad en términos de su conveniencia”.

La regulación mediante reglas y el mercado como orden constitucional

En lo que sigue me centraré exclusivamente en la regulación mediante reglas. La distinción entre el “mercado sin interferencias” y la “aproximación constitucional”, que es el tema central de mi discusión, no tiene consecuencias en lo que concierne a la regulación mediante órdenes específicas. En cuanto tratamos de especificar los criterios sistemáticos en los que se basa la crítica liberal a las reglas regulativas (en tanto que opuestas a las órdenes regulativas), inmediatamente salen a la luz las diferencias que separan estas dos visiones del orden liberal.

No cabe suponer, desde luego, que la fórmula “mercado sin interferencias” implique la idea de un mercado sin reglas. Que el orden de mercado es un orden basado en reglas, diferente del juego de “todo vale” de la anarquía, es una cuestión no controvertida. Simplemente, no puede describirse el juego de catalaxia sin referirse a las reglas del juego. Aunque podamos, desde luego, imaginar (y considerar deseable) un mercado sin la interferencia de órdenes específicas, no podemos imaginar (ni considerar deseable) un mercado sin ningún tipo de reglas ni instituciones.¹⁷ Si los abogados del concepto de mercado sin interferencias reconocen el hecho de que no puede haber mercado sin un marco regulativo, no pueden entonces evitar especificar la sustancia de las reglas que consideran constitutivas del mercado sin interferencias; del mercado no regulado que contrasta con el mercado con interferencias o regulado.

En una contribución más reciente, sin utilizar explícitamente el término mercado sin interferencias, Kirzner (1994) especifica su manera de entender este concepto refiriéndose a “las instituciones en las que, para su propia existencia, tiene que basarse el mercado” (*ibid.*: 107).¹⁸

¹⁷ Cuando, como se indica antes, von Mises (1949: 238n) afirma acerca de la operación del mercado sin interferencias que “no es obstruido por factores institucionales”, no puede derivarse de ello que él quiera decir que en el mercado sin interferencias esté ausente el elemento institucional. Como K. R. Popper indicara en una crítica a von Mises: “[En] una sociedad compleja, cualquier cosa que se aproxime al mercado sólo puede existir si goza de la protección del derecho y, por ende, del Estado. Así pues, el término “libre mercado” siempre debe ponerse entre comillas, ya que siempre está sometido, o limitado, por el marco jurídico, y sólo puede ser posible gracias a dicho marco”.

¹⁸ Kirzner (1994: 101): “Nos gustaría enfatizar la idea de que, para su propios surgimiento y subsistencia, el mercado tiene que descansar sobre instituciones extra-mercado, sin las cuales la

Y reconoce el hecho de que “la función del mercado...sólo puede definirse en el contexto de un modelo de derechos individuales”(ibid.: 105) que, obviamente, puede variar entre distintas sociedades. “Dentro de este contexto –señala Kirzner (ibid.: 105)–, la función del mercado es la de promover el descubrimiento mutuo,...estimulando la plena exploración *de todas las oportunidades disponibles* para una intercambio provechoso” (ibid.); donde “oportunidades disponibles” deben entenderse como *relativas al “sistema de derechos dado”*.¹⁹ Entendiendo así las cosas, parece que para hablar de un mercado sin interferencias se requiere que, mientras que éste se desenvuelve *dentro de un marco de derechos dado*, el gobierno no interfiera en el proceso de descubrimiento del mercado. No obstante, ello no implica ningún juicio sobre la propia naturaleza de ese *marco*. De hecho, en una crítica a los argumentos estándar de los fallos del mercado, Kirzner explícitamente enfatiza la necesidad de distinguir con claridad entre la cuestión del funcionamiento satisfactorio del mercado dentro de un marco institucional dado y la cuestión de si dicho marco es apropiado. Como él mismo señala:

Parece que si, como consecuencia de externalidades, resulta que los resultados del mercado son desafortunados, ello no es inmediatamente atribuible a un fallo del mercado a la hora de producir una coordinación respecto de un sistema de derechos dado, sino a la estructura de derechos que, correcta o incorrectamente, el sistema haya tomado como referencia inicial. (Ibid. 180n.)

Aunque esta interpretación puede dar un sentido claro del significado de la noción de mercado sin interferencias, da pie a la pregunta de cómo es posible escapar del relativismo institucional que parece estar implícito cuando el “sistema de derechos dado” es tomado como la piedra angular no cuestionada de nuestra investigación en torno al funcionamiento de los procesos del mercado. ¿Debemos abstenernos de juz-

nación del mercado no sería más que un mero sueño”. “El valor único de las fuerzas espontáneas del proceso de mercado descansan completamente en las instituciones no generadas por el mercado y que le dan forma”.

¹⁹ Kirzner (1994: 106) habla de “oportunidades inherentes a un determinado conjunto de derechos”.

gar los distintos marcos de derechos alternativos? Y, si no es así, ¿qué criterios debemos utilizar para formular esos juicios?²⁰

La aproximación que pretendo llamar *liberalismo constitucional* parte de la premisa de que el orden de mercado, en tanto que definido por su marco institucional, es una cuestión de, y una materia de, *elección constitucional* (explícita o implícita). Asumo que las propiedades funcionales de los procesos del mercado dependen de la naturaleza de los marcos jurídico-institucionales dentro de los que tienen lugar, y que la cuestión de qué reglas son deseables como elementos de tales marcos debe ser juzgada como una *cuestión constitucional*; esto es, en términos de cuán deseables sean en comparación con las alternativas constitucionales relevantes. De este mismo modo, el caso del orden de mercado en general como alternativa de los sistemas económicos centralizados debe argumentarse en el *nivel constitucional*; esto es, en términos de si es preferible en comparación con las constituciones de planificación centralizada.²¹ Esta es la esencia paradigmática de la perspectiva constitucional del orden liberal de mercado que desarrollaron Walter Eucken y la Escuela de Friburgo; implícita en la economía política constitucional moderna fundada en el trabajo de James Buchanan.²²

A diferencia del liberalismo de libre mercado, que utiliza el concepto de mercado sin interferencias no sólo en el sentido limitado de Kirzner

²⁰ A partir de una referencia se puede concluir que Kirzner considera las “preferencias ciudadanas” como criterio” (Kirzner, 1994: 105) Se refiere explícitamente al criterio de las “perspectivas éticas compartidas” cuando señala: “Nuestra información acerca de los criterios externos del mercado recalcar la necesidad de una amplia aceptación de perspectivas éticas compartidas (y más aún, para la implementación extramercado del sistema de derechos implícito en tales perspectivas éticas compartidas)” (*Ibid.*: 108).

²¹ En algunos argumentos de von Mises hacen surgir dudas en torno al hecho de que optar por el sistema de mercado es una cuestión de *elección constitucional*; una elección que puede ser recomendada sobre la base más atractiva, en comparación con arreglos alternativos. En el capítulo titulado “El capitalismo: el único sistema posible de organización social”, por ejemplo, von Mises sostiene que “el liberalismo se deriva de las ciencias puras de la economía y la sociología, que no hace juicios de valor...Estas ciencias muestran que entre todas las maneras alternativas de organización social concebibles, sólo una, v. g., el sistema basado en la propiedad privada de los medios de producción, puede ser realizada, ya que todos los demás sistemas de organización social son impracticables. [...] Cualquier sistema de organización social que se conciba como alternativa del sistema capitalista es autocontradictorio e inútil”.

²² Como señala Buchanan (1977: 5) respecto de la “economía de mercado”: “Pero la economía no puede funcionar *in vacuo*, tiene que incorporarse en, y debe entenderse que se incorpora en, la estructura de las “leyes y las instituciones”. Los economistas modernos han desatendido gravemente los requisitos constitucionales-institucionales o el marco del sistema económico”.

sino como un estándar ante el que pueden juzgarse las propias instituciones que dan forma al mercado, la aproximación constitucional no pretende aportar un criterio universal que permita una respuesta directa y *a priori* a la cuestión de qué reglas han de reconocerse como constitutivas de un orden de mercado deseable, y cuáles deben rechazarse como obstáculos regulativos. El liberalismo constitucional nos lleva a emprender la tarea de llevar a cabo un análisis comparativo y una evaluación de las alternativas constitucionales; una tarea que debe emprenderse, desde luego, a la luz de nuestro conocimiento teórico general y de la evidencia empírica, pero que no podemos sortear mediante la mera referencia a un estándar universal del mercado sin interferencias. De hecho, el conjunto de investigaciones al que me he referido al inicio de este trabajo ofrece importantes contribuciones para el análisis institucional comparado y la valoración reclamadas por la aproximación constitucional. Este tipo de investigaciones tienen poca importancia sistemática para la aproximación del mercado sin interferencias, pues ésta llega de antemano a sus conclusiones relevantes.

Si se sostiene que el concepto de mercado libre, sin interferencias, provee de un estándar de juicio apropiado, ¿cuál puede ser su criterio para distinguir entre las reglas de un mercado sin interferencias y las reglas regulativas? Parecería que el criterio obvio es el que provee el concepto de propiedad privada. Si puede decirse que “la institución de la propiedad privada”²³ proporciona el fundamento esencial de la economía de mercado (von Mises 1985: 30), podemos concluir que los derechos de propiedad definen las reglas constitutivas del juego de la catalaxia. Consecuentemente, la interferencia con esos derechos constituye un criterio claro para distinguir las reglas regulativas de las reglas del mercado sin interferencias, y también el criterio a partir del cual pueden criticarse estas reglas desde la perspectiva liberal.²⁴ Ahora bien, en cuanto se analiza la cuestión con mayor detenimiento, aquí también se hace aparente la necesidad de una mayor especificación.

Cuando hablamos del papel de los derechos de propiedad, entran en juego dos cuestiones, separables, aunque interconectadas. La cuestión

²³ von Mises (1949: 678): “la propiedad privada...es una institución fundamental para la economía de mercado”.

²⁴ von Mises (1985: 88): “Se puede intentar modificar uno u otro de sus elementos [del sistema de mercado, V. V.] en tanto no se afecte la esencia y el fundamento de todo el orden social, viz., la propiedad privada”.

de la *asignación* de derechos; esto es, la pregunta ¿quién es propietario de qué?, y la cuestión de la *definición* de los derechos; esto es, la pregunta ¿qué significa ser propietario de algo? En su rol de asignación, los derechos de propiedad determinan la distribución de títulos, y en su rol de definición, los derechos determinan las reglas del juego. A la luz de esta distinción, no está en absoluto claro qué se quiere decir cuando se afirma que las regulaciones “restringen el uso de la propiedad”.²⁵ Las regulaciones pueden restringir la propiedad privada en el sentido de reasignar derechos de propiedad desde las personas privadas hacia el público en general o al Estado. Al hacer esto, las regulaciones desplazan la línea que separa los derechos de titularidad privada y los derechos de titularidad comunal; como, por ejemplo, en el caso de las regulaciones que exigen que los propietarios de un predio costero permitan el acceso del público a la playa.

Ahora bien, cuando se dice que las regulaciones restringen la propiedad privada, también puede que se quiera decir que se redefinen los derechos de propiedad en el sentido de que se cambian las restricciones en el uso de sus bienes a las que están sujetos los titulares. Al hacer esto, las regulaciones redefinen las reglas del juego para todos los titulares, i.e., redefinen lo que significa ser propietario de algo; como, por ejemplo, en el caso de la regulación ambiental que establece un nivel de emisiones permisible.²⁶

Desde luego, delimitar estos dos tipos de restricciones no siempre resulta una tarea fácil, y bien puede ser que las líneas divisorias no resulten en absoluto claras. No obstante, esas dificultades no hacen que la distinción conceptual carezca de sentido. Y tampoco nos debe llevar a pasar por alto el hecho de que los argumentos que se pueden esgrimir en contra de la regulación que reasigna derechos no pueden extenderse directamente a las regulaciones que redefinen derechos de propiedad; aunque, desde luego, esto no inmuniza a ninguno de los dos tipos de

²⁵ R. Cooter y T. Ulen (1995: 153): “la regulación restringe el uso de la propiedad sin quitar el título al propietario”.

²⁶ Que los derechos de propiedad siempre están delimitados de algún modo es, por supuesto, una de las premisas básicas de la economía de los derechos de propiedad. Como señalan P. Milgrom y J. Roberts (1992: 289): “Para el análisis económico resulta a menudo útil interpretar ‘ser propietario de un bien’ como tener *derechos residuales de control*—esto es, el derecho a tomar decisiones respecto del bien que no están explícitamente controladas por el Derecho o disciplinadas por otro contrato—”.

regulación frente a posibles objeciones. Existen diferencias relevantes entre estos dos tipos de restricciones regulativas, y nuestro interés en “proporcionar una barrera frente a los excesos de poder gubernamental” (Epstein 1985: 95) no se promueve de la mejor manera disimulando esas diferencias.

Cuando Epstein critica al Estado regulativo afirmando que “no puede hacerse una clara distinción entre la regulación gubernamental... y la propiedad gubernamental” (*Ibid.*: XII), parece que la cuestión central que plantea es que la regulación desplaza, mediante “expropiaciones parciales” (*partial takings*), la línea divisoria que separa el dominio privado del dominio público. Lo mismo ocurre cuando, a propósito de su noción de regulación como expropiación parcial, señala:

La regulación toma ciertos elementos del paquete de derechos del propietario y lo transfiere al Estado, volviendo a ser presa de las mismas dificultades que enfrentó la planificación centralizada a gran escala” (*Ibid.*: XIIIn.)

Aunque estas afirmaciones parecen referirse claramente a la cuestión de reasignar derechos desde el dominio privado hacia el público, la tesis fundamental de Epstein es que no puede trazarse una línea divisoria clara entre expropiar la propiedad privada y la regulación económica general. Como él señala que: “cualquier regulación, cualquier impuesto, cualquier modificación de las reglas de responsabilidad, es una expropiación de la propiedad privada; una expropiación *prima facie* compensable por el Estado” (*ibid.*: 95).²⁷

El análisis de Epstein se ocupa de la cuestión del estatus jurídico o del rol funcional del “principio constitucional de la compensación jus-

²⁷ R. A. Epstein (1985: 93): “La imposición, la regulación y las modificaciones de las reglas de responsabilidad...no pueden mantenerse en un compartimiento estanco separadas de las expropiaciones de propiedad privada”. Respecto de los “esfuerzos de gobierno por regular la posesión, el uso y la disposición de la propiedad privada”, Epstein (1985: 100n) señala: “Algunas regulaciones requieren que el propietario permita que otros obtengan acceso y que entren en su propiedad. La regulación sobre uso de la tierra puede limitarla para usos comerciales, industriales o residenciales;...puede prohibir cierto tipo de actividades...la regulación limita los bienes que pueden comercializarse y los precios a los que pueden venderse. Las diferencias entre estos distintos tipos de regulación son ciertamente importantes para determinar sus consecuencias económicas y su justificación jurídica. Todas estas formas proteicas de regulación constituyen expropiaciones parciales de la propiedad privada”.

ta” (Epstein 1986: 11). En el presente contexto no tengo por qué cuestionar si está en lo correcto cuando afirma que existe una “estrecha conexión lógica entre la expropiación de propiedad privada y la regulación” (*ibid.*: 8). No obstante, aunque la distinción trazada antes entre las regulaciones que reasignan y las regulaciones que redefinen derechos de propiedad pueda ser irrelevante para los propósitos de Epstein, no puede ignorarse cuando se lleva a cabo la tarea de examinar los fundamentos lógicos de la crítica liberal al estado regulativo.

Las regulaciones que desplazan la línea divisoria entre propiedad o titularidad privada y pública en favor de derechos comunales, reducen claramente el espacio en el que pueden actuar las fuerzas del mercado. Por este motivo, son el blanco de la batería de argumentos liberales dirigidos a mostrar las razones por las que un sistema de propiedad privada promete ser superior en relación con un sistema de derechos comunales, i.e., más conveniente para las partes implicadas. La lógica de estos argumentos implica que siempre hay una transferencia de derechos, total o parcial, desde los titulares privados hacia el Estado. Debe quedar claro, desde luego, que estos argumentos no permiten llegar a la conclusión de que la propiedad comunal, en el sentido señalado, nunca pueda ser preferible a la privada. Lo único hacia lo que apuntan estos argumentos es que puede esperarse que, bajo ciertas circunstancias limitadas, existe tal superioridad. Cuando lo que se pone en duda es la “racionalidad” de las reasignaciones regulativas de derechos, la cuestión crítica consiste en determinar si puede esperarse que el control comunal sea, en su conjunto, más beneficioso que el control privado. Y aquí, desde luego, el mensaje central del paradigma liberal es que, por regla general, “extraer de la esfera privada derechos bien definidos, para depositarlos en una reserva común” (Epstein 1985: 203) es siempre una receta que genera una reducción y no un incremento del bienestar.²⁸

Las regulaciones que cambian las reglas del juego redefiniendo lo que significa ser propietario de algo pueden reducir el ámbito en el que está permitido hacer uso de un bien, pero no en el mismo sentido que lo limitan las regulaciones que reasignan derechos. En términos de Victor P. Golberg (1976a: 445), este tipo de regulaciones responden a “cues-

²⁸ Epstein (1986: 15): “Cuando los recursos, sujetos a derechos de propiedad privada bien definidos, se asignan a lotes comunes, debemos presumir que su valor disminuye”.

tiones como: ¿cómo debe protegerse el derecho de X a respirar aire limpio frente a la actividad productiva de Y que contamina ese aire?” Esto es, conciernen al tipo de reglas que establecen cómo debe jugarse el juego del mercado y no tanto dónde debe trazarse la línea divisoria entre el dominio privado y el público. Desde luego, puede haber a menudo dificultades respecto de cómo separar estos dos aspectos. En ocasiones, regulaciones que, a primera vista, parecen redefinir derechos, pueden ser, en realidad, instrumentos para transferir derechos desde el dominio privado a las reservas públicas. No obstante, debe distinguirse la cuestión de si es deseable desplazar la línea divisoria entre el dominio privado y los derechos comunales de la cuestión de si es, o no, deseable redefinir las restricciones generales a la que está sujeta la propiedad privada.

Los derechos de propiedad privada que constituyen el mercado son, inevitablemente, derechos “restringidos”, en el sentido que definen límites socialmente sancionados respecto de lo que puede hacer el propietario del bien y qué usos de la propiedad están prohibidos con el propósito de proteger los intereses de otros jugadores dentro del juego de la catalaxia. En otras palabras, la cuestión de si la regulación es, o no, deseable, no es una cuestión de derechos irrestrictos frente a derechos restringidos, ya que es inimaginable un mercado basado en derechos literalmente irrestrictos. Sólo puede ser una cuestión de que *tipos* de restricciones son, en su conjunto, más beneficiosas; esto es, de qué decisiones prometen hacer el juego de la catalaxia más atractivo para todos los jugadores implicados. Esta cuestión sólo puede abordarse mediante la comparación de las funciones observables o predecibles de reglas de propiedad alternativas.

No hay ningún estándar predefinido, inmutable, para establecer cuál debe ser el contenido de “una propiedad privada *bien definida*” (Epstein 1986: 15); tampoco parece que la fórmula del “paquete completo de derechos” (*ibid.*: 8) inherente al “paquete original del *common law*” (*ibid.*: 14) provea de un sustituto para ese estándar. Los derechos de propiedad se definen socialmente,²⁹ y en un mundo en constante cambio es difícil negar la necesidad de que, “dentro del permanente desarrollo del

²⁹ Epstein (1985: 96): “Que el Derecho es maleable, resulta, dentro de ciertos límites, correcto...La propiedad es un concepto social...Las reglas básicas de la propiedad establecen de manera general los distintos tipos de acciones de otros que pueden constituir perjuicios”.

sistema social, se ajusten las relaciones jurídicas a lo largo del tiempo” (Goldberg 1976b: 886).³⁰ Tanto los procesos del *common law* como los procesos legislativos sirven para llevar a cabo este ajuste”.³¹ Con independencia de las reglas de juego contingentes a las que estén sujetos, ambos procesos se puede analizar y comparar en términos de sus capacidades generales para cumplir dicha función respecto de los intereses de todas las partes implicadas. Y pueden analizarse las modificaciones específicas que producen en términos de las posibilidades que exhiban para mejorar el juego de la catalaxia. Así pues, sería claramente equivocado pensar que el paradigma liberal nos ahorra el esfuerzo de hacer este análisis comparativo, facilitándonos un estándar inmutable para determinar si son apropiados los derechos “maleables” del *common law* o si la legislación es preferible.³²

Decir, por las razones expuestas, que las regulaciones que reasignan derechos deben distinguirse de las que los redefinen no es, desde luego, lo mismo que afirmar que para los liberales estas últimas no generan ningún tipo de preocupaciones. En particular, los cambios legislativos de las reglas del juego están sometidos a severos problemas de conocimiento y de incentivos que, a menudo, hacen que iniciativas bien intencionadas resulten reformas que, en vez de incrementar el bienestar, producen efectos de negativos.³³ Los problemas de conocimiento sobre los que Hayek tanto énfasis puso deben entenderse como serias advertencias respecto de la experimentación irreflexiva en estas cuestiones. Y los problemas de los incentivos que tan ampliamente se han discutido en la literatura de la búsqueda de ventajas, deben siempre tenerse en mente como advertencias ante el peligro de que los procesos

³⁰ Golberg (1976a: 429): “Podemos tratar, conceptualmente, a los jueces y a los legisladores como agentes que ejecutan y revisan las reglas bajo las que las tienen lugar las transacciones privadas”.

³¹ Golberg (1976a: 429): “El *common law* está inmerso en un contrato social que establece el procedimiento para ajustar las condiciones específicas a lo largo del tiempo”.

³² En su distinción entre la “noción cataláctica de propiedad y los derechos de propiedad” y “la definición jurídica de propiedad y los derechos de propiedad estipulados en los distintos sistemas jurídicos”, von Mises (1949: 678) parece sugerir que puede definirse un estándar inmutable. No obstante, al menos en lo que se refiere al estándar que puede aportar el “Derecho natural”, señala llanamente: “No existe, sin embargo, tal cosa como el Derecho natural ni un estándar permanente de lo que es justo ni injusto”.

³³ Epstein (1986: 11): “Una ordenanza que establece zonas bajo la máscara de ser un mecanismo anticontaminación, bien puede ser un intento por evitar un daño competitivo (legítimo)”.

legislativos caigan presa de las presiones de grupos de presión que buscan privilegios legislativos bajo la pretensión de abogar por un cambio de las reglas en beneficio de la generalidad.

Aunque estas advertencias sean, sin ningún lugar a dudas, muy importantes, no proveen de ningún argumento en contra del ajuste de las reglas *per se*. Nos sirven para recordarnos que los procesos mediante los que se generan los cambios de reglas deben llevarse a cabo correctamente, de modo que los problemas de conocimiento y de incentivos se mantengan bajo control, sin perder la capacidad de que “dentro del permanente desarrollo del sistema social, las relaciones jurídicas se ajusten a lo largo del tiempo” (Goldberg 1976b: 886). La función más importante que en esta materia cumple la *restricción de la generalidad* –i.e., la exigencia de que la legislación sólo se lleve a cabo mediante reglas generales no discriminatorias– ha sido un tema central del paradigma de liberal a lo largo de su historia.³⁴ Aunque Epstein (1985: 195n) señale el hecho de que, aunque se cumpliera, la exigencia de generalidad no podría proveer de una perfecta salvaguarda frente a las expropiaciones regulativas discriminatorias,³⁵ reconoce explícitamente que la cuestión de la generalidad puede marcar una diferencia relevante entre los dos tipos de regulación que yo he tratado de distinguir:

Una gran cantidad de expropiaciones tienen lugar en la forma de regulación, imposición y modificación de reglas de responsabilidad. En estos casos, el problema de establecer el impacto de la expropiación en cada persona, sin importar la forma que ésta tenga, puede dividirse en dos averiguaciones. En la primera nos preguntamos en qué medida la acción del gobierno limita la posesión, el uso o la disposición de la propiedad, operando así como una expropiación. En la segunda, nos preguntamos en qué medida las restricciones impuestas sobre los derechos de otros por una legislación general sirven como compensación a la expropiación de la propiedad...Este tipo de beneficios es más probable en el caso de le-

³⁴ Hayek (1944: IXn): “La esencia de la posición liberal es, sin embargo, negar cualquier privilegio, si por privilegio entendemos, en su propio y original significado, que el Estado garantice y proteja los derechos de algunos en términos no disponibles para otros”. Para una discusión del rol de la exigencia de generalidad, véase Buchanan y Congleton (1998).

³⁵ Epstein (1985: 211): “la acción del gobierno puede ser muy general en su articulación y aplicación pero, al imponer expropiaciones sin compensación a gran escala, puede imponer todas las cargas a una clase y todos los beneficios a otra”.

yes de aplicación general porque un gran número de personas serán beneficiadas y perjudicadas por la misma regla... Cada persona a la que se le expropia su propiedad mediante la regulación recibe implícitamente beneficios de la expropiación paralela impuesta a los demás... El propietario que no podrá colocar un letrero alto tiene la seguridad de que su vecino tampoco puede poner un letrero que obstruya su vista.

Como se mostrará más adelante, esta visión epsteineana de la regulación general cae bastante cerca de la noción de *intercambio constitucional*; noción central de lo que llamo *liberalismo constitucional*.

Regulaciones y libertad de contratación

En la raíz de la preferencia de los liberales por los mercados sobre los arreglos comunales está la idea de que el mercado es una arena de elecciones y contratos voluntarios. Como señala Murray Rothbard (1970: 71), la sociedad libre es “una sociedad basada en la acción voluntaria, *sin ninguna interferencia* de la violencia o de amenazas de violencia”; en el libre mercado, “los individuos sólo se relacionan pacíficamente, nunca mediante violencia” (*ibid.*: 765).³⁶ De hecho, puede decirse que la premisa normativa esencial del paradigma liberal es el ideal de que los acuerdos voluntarios entre individuos debe ser, en la mayor medida de lo posible, el principal método de coordinación social. Este ideal es igualmente fundacional para los dos tipos de liberalismo que se comparan en este trabajo, el de libre mercado y el constitucional. En lo que difieren ambas perspectivas es en sus respectivas interpretaciones específicas de este ideal. Y como trataré de justificar en este trabajo, es la perspectiva constitucional la que parece formular una interpretación más consistente con la lógica inherente al ideal liberal fundamental.

Si uno se aproxima a la cuestión de la racionalidad de la regulación a la luz de la noción del mercado como arena de *cooperación voluntaria*,³⁷ parece natural suponer que el principio de *libertad de contrata-*

³⁶ M. N. Rothbard (1970: 77): “Una sociedad basada en intercambios voluntarios puede ser llamada una *sociedad contractual*...La sociedad de tipo contractual está basada en relaciones contractuales en las que los individuos entran libremente...Es la sociedad del mercado sin interferencias”.

³⁷ Rothbard (1970: 84). “La sociedad contractual del mercado es genuinamente una sociedad cooperativa”.

ción puede aportar el criterio para juzgar qué regulaciones generales son compatibles con el orden liberal. Consecuentemente, deben rechazarse las regulaciones que interfieran en los procesos de contratación voluntaria entre los participantes del mercado, esto es, las regulaciones que prohíben transacciones a las que, si las cosas fueran de otro modo, llegarían voluntariamente los participantes. La razón obvia detrás de este juicio es que la prohibición de determinadas transacciones supone impedir la obtención de mutuos beneficios que, como muestra su disposición de contratar voluntariamente, esperan obtener los participantes. Así, se dice que las regulaciones que prohíben las transacciones voluntarias entre los participantes del mercado generan una pérdida de bienestar y que, en este sentido, son “irracionales”.

Un problema planteado por el ideal liberal de la cooperación voluntaria es el relativo al papel de la coerción en el momento de establecer las precondiciones que tienen que darse para que el mercado sea una arena viable para la cooperación puramente voluntaria. El asegurar que, de hecho, los participantes del mercado sólo utilicen medios no violentos o no coercitivos, que el uso de otros medios se evite de manera efectiva, es algo que sólo puede realizarse mediante medios coercitivos. Se puede tratar de solucionar este problema invocando al Estado protector como la agencia que provee y asegura el marco institucional en el que funciona el mercado como arena de cooperación voluntaria. El propio Estado es un aparato coercitivo, de modo que, en contra del voluntarismo del ideal liberal, debe reconocérsele este carácter como prerequisite necesario del mercado.³⁸ Se puede decir que el Estado protector, en tanto que facilitador de los intercambios, incrementa el bienestar al crear las condiciones que permiten a las personas obtener los beneficios de la cooperación voluntaria.

³⁸ von Mises (1949: 258): “En la operación del mercado no hay ni compulsión ni coerción. El Estado...no interfiere ni con el mercado ni con las actividades de los ciudadanos dirigidas por el mercado. Sólo emplea su fuerza para someter a la gente cuando se trata de acciones destructivas, contrarias a la preservación del suave funcionamiento de la economía de mercado. Protege a la vida, la salud y la propiedad de individuos frente a las agresiones fraudulentas o violentas por parte de los gánsteres domésticos o de los enemigos externos...Así, el Estado crea y preserva el ambiente en el que el mercado puede operar con seguridad”. Hay, desde luego, varios autores liberales que tratan de escapar de la conclusión de que “el estado puramente protector” es una institución necesaria para asegurar que el mercado sea una arena de cooperación voluntaria pura”. Para una discusión de la literatura, véase G. Habermann (1996).

La cuestión crítica concierne a las regulaciones que utilizan el poder del Estado para ir más allá de su rol como agente protector necesario. En esencia, la pregunta de si es racional o beneficiosa la regulación que reduce el ámbito de las transacciones voluntarias mediante la prohibición de determinados tipos de contratos, sólo puede responderse en términos de si mejora o no la situación de las personas implicadas. Desde la perspectiva del liberalismo de libre mercado, parece que la respuesta a esta pregunta debe ser un “no” rotundo. El diagnóstico de que este tipo de regulaciones prohíben transacciones mutuamente beneficiosas parecería conducir inevitablemente a la conclusión de que éstas no pueden más que reducir el bienestar.³⁹ No obstante, la cuestión que debe examinarse es si la anterior conclusión se sigue necesariamente del ideal liberal de la cooperación voluntaria. Para el liberalismo constitucional no es ese el caso.

La perspectiva constitucional insiste en que las cuestiones de “cuál es el contenido específico que debe tener el Derecho de contratos” (Hayek 1960: 229) y de “qué contratos deben ser exigibles” (Hayek 1948a: 113) son preguntas *constitucionales*. Son cuestiones que se refieren a las reglas del juego bajo las que se tiene que jugar el juego de la catalaxia. Las restricciones a las que debe someterse la “libertad de contratación” son materia de “*elección constitucional*”, y cuál entre las posibles “regulaciones” es preferible, es algo que debe juzgarse en términos de los *intereses constitucionales* de los respectivos sujetos constituyentes; esto es, en términos de las preferencias de los sujetos constituyentes en relación con el orden constitucional en el que quieren vivir. Es una cuestión que no puede resolverse atendiendo sólo a si los respectivos contratos suponen ganancias mutuas para las partes contratantes. Por el contrario, tiene que ser decidida en términos de si, para los participantes, en virtud del juego de la catalaxia, permitir de manera general ciertos tipos de contratos resulta más atractivo que su respectiva prohibición.

Para la aproximación constitucional es esencial la distinción entre el *nivel constitucional*, en el que se definen las reglas, y el nivel *subconstitucional*, en el que los jugadores eligen las estrategias para jugar el juego dentro de los límites establecidos por tal conjunto de reglas. El

³⁹ Rothbard (1970: 766): “La intervención es la intrusión de fuerzas físicas agresivas en la sociedad; supone la sumisión de las acciones voluntarias a la coerción”.

núcleo de la noción es que los individuos pueden ejercer su libertad de contratación en ambos niveles y que no sólo intentan obtener ganancias a partir de la cooperación voluntaria en el nivel subconstitucional, sino también en el constitucional. La gente puede intentar obtener “ganancias de la cooperación voluntaria” no sólo mediante su participación en transacciones de mercado mutuamente beneficiosas, sino también sometiendo conjuntamente a limitaciones constitucionales mutuamente beneficiosas. Mientras que la aproximación del libre mercado tiende a limitar su atención al nivel subconstitucional de la contratación voluntaria en la arena del mercado, la perspectiva constitucional da cuenta del hecho de que las personas pueden elegir entrar en *contratos constitucionales* cuyo propósito fundamental es restringir la libertad de contrato en el nivel subconstitucional, con el objetivo de obtener las ganancias que esperan que surjan de tales restricciones mutuamente aceptadas. El propósito central de esos contratos de compromiso recíproco, o contratos constitucionales, es el de especificar los términos —o las reglas de juego— a los que están sometidas las transacciones en el nivel subconstitucional.

La distinción entre nivel constitucional y subconstitucional no se limita, desde luego, a los casos en los que sólo existen estos dos niveles de contratación. Esta distinción puede generalizarse de modo que dé cuenta de sistemas de contratación con múltiples niveles, en los que la distinción entre contratos constitucionales y subconstitucionales puede aplicarse a dos niveles adyacentes, en los que la libertad de contratación dentro de cada nivel dado puede estar sometida a limitaciones mutuamente beneficiosas contenidas en contratos constitucionales en el nivel inmediatamente superior. Dentro de estos sistemas de contratación con varios niveles, las personas pueden ejercer su libertad de contratación en cada nivel. Y la pregunta de si los contratos en cada nivel son deseables o “racionales” no puede responderse atendiendo sólo a si limitan la libertad de elección en el nivel subconstitucional. Su “racionalidad” ha de determinarse en términos de las consecuencias de las limitaciones constitucionales en su conjunto, comparándolas con las alternativas relevantes. Vistas de este modo, las regulaciones que limitan la contratación en el nivel de las transacciones de mercado pueden interpretarse como contratos constitucionales, cuya racionalidad tiene que juzgarse en términos de si generan, o no, un “mejor” juego; mejor en términos de las preferencias de sus partes constitutivas relevantes,

esto es, del grupo de individuos en cuyo beneficio se eligen las regulaciones. Mientras que para establecer el carácter indeseable de la regulación, a la aproximación del libre mercado le basta con mostrar que las regulaciones limitan la libertad de contratación, el liberalismo constitucional no puede llegar a una conclusión de este tipo sin considerar los intereses constitucionales de las personas implicadas.

Antes he señalado que el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional difieren en sus respectivas interpretaciones del ideal liberal de la cooperación voluntaria. A la luz de lo que se ha dicho más arriba, la distinción crítica entre las dos perspectivas puede verse en el hecho de que el liberalismo constitucional *generaliza* los conceptos de contrato voluntario y cooperación voluntaria de manera que incluyen el contrato constitucional, y así, da cuenta sistemáticamente del hecho de que las personas pueden buscar beneficios mutuos del sometimiento conjunto a limitaciones constitucionales. En contraste con ello, la aproximación del libre mercado tiende a enfocarse en las transacciones voluntarias dentro del mercado como vehículo principal de cooperación⁴⁰ y, consecuentemente, tiende a ver cualquier restricción al intercambio voluntario en el mercado como una limitación de la libertad de mercado perjudicial en términos de bienestar. En otras palabras, la perspectiva constitucional utiliza un concepto de intercambio voluntario más general que el que adopta la aproximación del libre mercado. Incluye dentro de esta categoría los *intercambios constitucionales* mutuamente beneficiosos que se ejemplifican en el caso de los propietarios a los que se refiere la anterior cita de Epstein. Como resultaría arbitrario limitar el ideal de cooperación voluntaria sólo a un nivel de contratación, parece que puede decirse que la interpretación constitucional de ese ideal es más coherente que la aproximación del liberalismo de libre mercado.

Ahora bien, decir que el liberalismo de libre mercado se concentra en los intercambios, dejando a un lado el papel que juegan los contratos constitucionales en la cooperación voluntaria, no sería del todo correcto. Algunos abogados del liberalismo de libre mercado dan cuenta, al menos implícitamente, de lo que pueden llamarse contratos constitucionales *privados*; esto es, de contratos mutuamente limitativos a los

⁴⁰ Rothbard (1970: 72): “La principal forma de interacción voluntaria es el intercambio interpersonal voluntario”. También, (Rothbard 1970: 12 n.): “Los contratos tienen que considerarse como una intercambio acordado, de dos bienes presentes o futuros, entre dos personas”.

que entran voluntariamente los participantes. Como señala Goldberg (1976a: 428), estos autores reconocen el hecho de que “entrar en un contrato supone, generalmente, aceptar restricciones sobre las opciones futuras. La libertad de contratación es la libertad de imponer restricciones a nuestra conducta futura”.⁴¹ En otras palabras, reconocen que, más allá de las transacciones de mercado ordinarias, la “cooperación voluntaria” puede incluir la sumisión voluntaria conjunta a restricciones de la libertad de contratación futura, tal y como ocurre en varios tipos de contratación relacional que pueden observarse en el mercado.⁴² Pero lo que no llegan a reconocer es que la consistencia interna exige que la aproximación liberal extienda la misma lógica a los contratos constitucionales públicos; esto es, que los “contratos sociales” que definen las constituciones de las jurisdicciones políticas o las políticas públicas, deben verse como instrumentos potenciales mediante los que las personas pueden obtener ganancias mutuas de la cooperación voluntaria.

Hay, desde luego, diferencias significativas entre los contratos constitucionales privados que se realizan en el contexto de mercado y los contratos constitucionales. El propósito del marco institucional del mercado es asegurar la *voluntariedad* en la contratación. En la medida en que ello se logre, podemos suponer que los contratos constitucionales privados a los que se llegue en el mercado se basan en un acuerdo voluntario entre las partes implicadas. La naturaleza voluntaria de los contratos constitucionales es una cuestión mucho más incierta, y cómo asegurar la voluntariedad en este nivel no es, en absoluto, una cuestión sencilla. Pero el que existan estas diferencias no puede significar que, dentro del propio paradigma liberal, no intentemos dar cuenta sistemáticamente de los contratos constitucionales; y tampoco puede suponer que, para tratar este tipo de contratos, tengamos que utilizar principios explicativos y normativos distintos de los que empleamos en el caso de

⁴¹ Acerca de los contratos que llamo contratos constitucionales”, Goldberg (1976a: 428) dice que son aquellos que se refieren al “establecimiento de una ‘constitución’ que gobierna la relación en curso”.

⁴² Kirzner (1994: 105n.). “Cuando la cooperación tenga lugar para el beneficio, real o imaginario, de un grupo de individuos el mercado proporcionará, desde luego, un marco para tal cooperación. Como se ha reconocido a menudo, el mercado hace posible que, si así lo quieren, los grupos se organicen en comunidades y otros tipos de organización bajo principios de organización social en sentido estricto (Así es como, no lo olvidemos, llegaron a existir las primeras empresas capitalistas)”.

los contratos constitucionales privados. En la medida en la que puede decirse que, de hecho, los contratos constitucionales públicos guían la conducta de los miembros constituyentes relevantes, desde una perspectiva liberal, deben ser juzgados como “no menos eficientes” que los contratos constitucionales privados que se realizan en el contexto de mercado.

Una cuestión que puede servir para ilustrar la diferencia entre la perspectiva del libre mercado y el enfoque constitucional respecto de las restricciones a la libertad de contratación, es la que menciona Hayek en la anterior cita sobre los contratos que “restringen el comercio”. Desde la perspectiva de su noción de mercado sin interferencias, Rothbard (1970) no ve ninguna razón para someterse a este tipo de contratos. “El propio concepto de “restricción a la producción” –sostiene– es una falacia cuando se aplica al libre mercado” (Rothbard 1970: 568). Desde su punto de vista, en el libre mercado “los consumidores y los productores ajustan sus acciones mediante la cooperación (*ibid.*: 566), y ello incluye la libertad de los productores para intentar maximizar su ingreso “produciendo hasta el punto en el que, mediante transacciones realizadas voluntariamente entre productores y consumidores, sus ganancias lleguen al máximo” (*ibid.*: 571). Desde este punto de vista, los cárteles no son más que acuerdos voluntarios entre productores, tan legítimos como los acuerdos voluntarios entre productores y consumidores”. Como él señala:

El considerar que los cárteles son inmorales, o que son algún tipo de barrera a la soberanía del consumidor, no tiene, por consiguiente, ninguna base. Y esto es así incluso en el que parece el “peor” de los casos, el cártel que se funda exclusivamente en propósitos “restrictivos”. (*Ibid.*: 570)⁴³

Para una perspectiva que trata la cuestión de las restricciones a la contratación exclusivamente en términos de un principio incondicionado de libertad de contrato, tiene que parecer inaceptable, desde luego, considerar los cárteles voluntarios entre los productores de manera distintas a cualquier otro acuerdo entre los participantes del mercado. Desde

⁴³ Sobre esta cuestión, véase Rothbard (1956: 255).

este punto de vista, el recurso al principio de la soberanía del consumidor supone una interpretación restrictiva del principio de la “autosoberanía individual” (Rothbard 1970: 560) constitutivo del mercado y que no protege en una menor medida la soberanía de los productores que la de los consumidores.⁴⁴ Como consecuencia de ello, se puede concluir con Rothbard que una interpretación consistente en el principio de autosoberanía supone que el estándar normativo apropiado para juzgar el desarrollo del libre mercado no debe estar sólo al servicio del consumidor, sino que debe ser un “principio de máxima utilidad tanto para los consumidores como para los productores” (*ibid.*: 657).

La cuestión aparece en una luz muy diferente en cuanto se la mira desde una perspectiva constitucional; esto es, cuando se trata la cuestión de la vinculatoriedad de los contratos que restringen el comercio como un *ideal constitucional* relativo a cómo debe funcionar el juego de la catalaxia. En el nivel constitucional, la pregunta relevante es si puede esperarse que, si se prohíben los acuerdos de cártel —o si, al menos, no son aplicados—, el juego será más atractivo para todos los jugadores implicados —en comparación con como funcionaría en la ausencia de esa limitación—. Cuál es, de hecho, la respuesta a esta cuestión es un asunto debatible. Pero debatir la cuestión de los cárteles como una cuestión constitucional es completamente distinto que discutirla en términos de si el principio de libertad de contratación permite *per se* tratar este tipo de contratos de manera distinta que otros acuerdos entre los participantes del mercado. Los fundadores de la Escuela de Friburgo han insistido en que este problema sólo puede tratarse adecuadamente como una cuestión constitucional. Argumentaban que la libertad de contratación en el nivel subconstitucional no puede incluir el derecho de los jugadores para derogar las reglas del juego establecidas en el nivel constitucional.⁴⁵ Desde su perspectiva de la economía constitucional,

⁴⁴ Rothbard (1970: 560): “En vez de hablar de “la soberanía de consumidor” sería más preciso decir que en el libre mercado hay una *soberanía del individuo...autosoberanía individual*”.

⁴⁵ Para la Escuela de Friburgo, la elección constitucional a favor de la competencia de mercado implica el compromiso de someterse a las exigencias de la competencia, y consideran incompatible con esa elección constitucional permitir que los jugadores intenten excluirse mediante contratos privados de las limitaciones del mercado. Estarían completamente en desacuerdo con lo afirmado por B. R. Tucker y que Rothbard (1970: 584) cita con aprobación: “El derecho a cooperar es tan incuestionable como el derecho a la competencia; el derecho a competir incluye el derecho a abstenerse de competir...atacar, controlar o negar esta forma de cooperación [los cárteles, V.V.] sobre la base de que por sí mismo niega la competencia es un absurdo”.

Buchanan aborda la cuestión esencialmente de la misma manera cuando reprende “la tontería libertaria de extender la defensa de las libertades de los individuos para realizar intercambios voluntarios a la libertad de los individuos de llegar a acuerdos voluntarios restrictivos de la libertad de comercio”,⁴⁶ Y, al menos implícitamente, autores como Epstein⁴⁷ o Demsetz⁴⁸ parecen adoptar en ocasiones puntos de vista similares.

Como ideal constitucional, el principio de la soberanía del consumidor supone que las reglas del juego de la catalaxia tienen que asegurar la máxima respuesta por parte de los productores a los intereses de los consumidores. Las reglas del juego deben ser tales que, al menos idealmente, el mejor servicio a los consumidores sea la única vía para el éxito empresarial.⁴⁹ Este es el ideal que, al parecer, tenía en mente Adam Smith cuando criticaba las reglas del juego en el sistema mercantilista:

El consumo es el único propósito y fin de toda producción; y los intereses de los productores sólo deben ser tenidos en cuenta en la medida en la que sean necesarios para promover los de los consumidores. La máxima es tan autoevidente que sería absurdo tratar de probarla. Pero en el sistema mercantilista, el interés del consumidor se sacrifica, prácticamente de manera constante, en favor del productor. (Smith 1981: 660)

El argumento de Smith es que, teniendo en cuenta a todos los jugadores implicados y sus capacidades como consumidores y como productores, las reglas del juego de lo que él llama el “obvio y simple sistema

⁴⁶ Buchanan (1991a: 112; 1991b: 125 np., 129). La cuestión de la relación entre los contratos constitucionales “públicos” y “privados” surge cuando Buchanan (1991b: 129) señala: “El liberal que defiende, en la medida en la que sean voluntarios, acuerdos privados entre las partes, del tipo de los cárteles, al mismo tiempo que defiende el mercado, tendrá dificultades al argumentar en contra de las restricciones políticamente orquestadas en mercados particulares”.

⁴⁷ Epstein (1985: 202) parece argumentar claramente en este sentido cuando clasifica entre las regulaciones que potencialmente generan un “juego con suma positiva” a las “las normas antimonopolio que evitan el monopolio e impulsan el mercado”. Como el afirma: “El monopolio debe entenderse, pues, como un juego con suma negativa que las normas antimonopolio intentan, al menos en su aplicación prospectiva, superar”.

⁴⁸ H. Demsetz (1995: 157f., 166)

⁴⁹ von Mises (1949: 310) apela al mismo criterio cuando señala: “hasta ahora, en la medida en la que la operación del mercado no ha sido sabotada por la interferencia del gobierno u otros factores de coerción, el éxito de los negocios es la mejor prueba de los servicios que presta a los consumidores”.

de libertad natural” (*ibid.*: 687) claramente permiten un juego más atractivo que el del sistema mercantilista.⁵⁰ En este mismo sentido, está claro que también William H. Hutt, a quien Rothbard dirige su crítica,⁵¹ pensaba en la dimensión constitucional cuando utilizó el concepto de “soberanía del consumidor”⁵² para dar cuenta del ideal smithiano.⁵³ Es posible preguntarse, desde luego, si el principio de la soberanía del consumidor es, de hecho, un ideal constitucional deseable en virtud de incluir las preferencias de los respectivos constituyentes. Pero, en tanto que cuestión constitucional, este problema debe plantearse en términos distintos a los de la aproximación Rothbardiana del libre mercado. También está abierto a discusión, desde luego, el tipo de reglas específicas recomendables: si se adopta el ideal constitucional de la soberanía del consumidor o si, de hecho, este ideal se promueve mediante la prohibición de los cárteles.⁵⁴ Pero, de nuevo, en tanto que materia constitucional, estas cuestiones van mucho más allá de la lógica de la aproximación del libre mercado.⁵⁵

⁵⁰ Respecto de las reglas del “sistema de libertad natural”, Smith (1981: 308) señalaba que “la obligación de construir muros cortafuegos con el objeto de prevenir la extensión del fuego (no) es una violación de la libertad natural”.

⁵¹ Rothbard (1970: 562) critica de inconsistente la caracterización de Hutt de la “soberanía del consumidor” como un *ideal ético respecto del cual deben juzgarse las actividades del libre mercado*”.

⁵² Rothbard (1970: 561) le otorga a Hutt el crédito de ser “el creador de este concepto”

⁵³ Acerca del concepto de Hutt, véase también Vanberg (1998b: 639).

⁵⁴ De hecho, el razonamiento de Rothbard en esta cuestión no es del todo claro. Por un lado, afirma que el concepto de soberanía del consumidor no es adecuado como “ideal ético para valorar las actividades del libre mercado” (Rothbard 1970: 562). Por otro lado, parece como si él aceptara este ideal, pero queriendo sostener que, de hecho, los cárteles no son obstáculos para la capacidad que tiene el “libre mercado” de beneficiar a los consumidores (*ibid.* 76, 574, 578, 581 n.). Aquí no me interesa la segunda afirmación, sino la primera. También hay que tener en cuenta, por otro lado, que Rothbard (1970: 620) no extiende su simpatía por los cárteles a los sindicatos: “Esta claro que, para tener éxito, los cárteles tienen que ser mas eficientes en la satisfacción de los consumidores, pero que esa justificación no se encuentra en el caso de los sindicatos”.

⁵⁵ El problema de si la “esclavitud voluntaria” debe permitirse puede también utilizarse para ilustrar la diferencia entre la aproximación del libre mercado y la aproximación constitucional. Para esta última, la cuestión no puede contestarse exclusivamente en términos del principio abstracto de la libertad de contratación, y del hecho de que las partes, mediante su acuerdo voluntario, muestran que esperan estar mejor como consecuencia del contrato. La cuestión tiene que verse en términos de las propiedades funcionales de un orden constitucional dentro del que se permiten este tipo de contratos, en comparación con un orden en el que no se prohíban. Y el criterio relevante para esa evaluación son los intereses de las partes constituyentes de la jurisdicción para la que se toma esa elección constitucional.

El liberalismo constitucional: la generalización del concepto de acuerdo voluntario del nivel del mercado al nivel constitucional

Rothbard está en lo correcto cuando afirma que, antes que la soberanía del consumidor, es la “soberanía del individuo” la que debe ser considerada la premisa normativa fundamental del paradigma liberal. Y, como he señalado antes, no hay desacuerdo respecto de ello entre la aproximación del libre mercado y la aproximación constitucional.⁵⁶ Pero está equivocado, sin embargo, cuando concluye que, *por lo tanto*, no pueden considerarse ilegítimos los cárteles entre productores. Y se equivoca porque no reconoce la distinción entre el nivel constitucional y el subconstitucional. Ignora el hecho de que los individuos pueden ejercer su soberanía en ambos niveles, y que haciendo uso de su soberanía en el nivel constitucional, los individuos pueden acordar imponer restricciones a sus elecciones soberanas en el nivel subconstitucional. En este sentido, los individuos soberanos pueden tener buenas razones para acordar, en el nivel constitucional, una constitución que intente implementar el principio de la soberanía del consumidor; y, de hecho, gran parte de la literatura liberal tradicional gira en torno a por qué puede haber buenas razones para entrar en este acuerdo constitucional.

Creo que la incapacidad para apreciar adecuadamente la relevancia de la distinción entre los niveles constitucional y subconstitucional es un defecto general de la aproximación al tema de la regulación del liberalismo de libre mercado. Debe reconocérsele al programa de investigación de la Escuela de Friburgo el crédito de haber centrado su atención en la dimensión constitucional del paradigma liberal; así como el haber hecho explícito que el ideal liberal de una sociedad libre es un *ideal constitucional* que debe especificarse en términos constitucionales; es decir, en términos de las reglas del juego por las que aboga y que tienen que discutirse en términos de qué tan atractivo resulten como régimen constitucional. Al presentar sus propuestas en favor de un orden constitucional para una sociedad libre, los liberales tiene que apelar, en última instancia, a los intereses constitucionales de las personas. Y esta afirmación implica, en el análisis final, que ese orden puede servir mejor los intereses de las personas implicadas que regímenes alternativos factibles.

⁵⁶ Véase Buchanan (1991c).

Con independencia de la Escuela de Friburgo, al lanzar su proyecto de investigación en torno a una política económica constitucional, James Buchanan ha argumentado, aunque con algunos énfasis distintos, en favor de la misma línea de ideas. La significación particular de su contribución debe verse, sin embargo, en el énfasis que añade al tema constitucional; en su insistencia en que un liberalismo consistente no puede limitar sus principios normativos a la libertad de elección individual y a la contratación voluntaria al nivel subconstitucional, sino que debe extenderlos también al nivel de la elección y la contratación constitucional.⁵⁷ En otras palabras, pone énfasis en el argumento, muy simple pero fundamental, de que un liberalismo consistente no puede permitir que los individuos sean menos soberanos en el nivel constitucional que en el subconstitucional. Es un mérito singular de Buchanan el haber generalizado el ideal liberal de la cooperación voluntaria, desde el nivel de las elecciones de mercado al de las elecciones constitucionales; desde el nivel de los contratos de intercambio al de los contratos sociales; haber mostrado cómo puede generalizarse el liberalismo de mercado en un liberalismo constitucional más amplio.

El principio normativo fundamental del paradigma liberal, que Rothbard describe como “soberanía individual” y que Buchanan llama “individualismo normativo”, es un estándar *interno y procedimental*. Es interno, en el sentido de que, al final de cuentas, la medida conforme a la cual debe establecerse lo que es deseable o racional en cuestiones sociales, son las preferencias o los intereses de los individuos envueltos en los respectivos arreglos sociales. Ello contrasta con los estándares externos del bien que ignoran lo que los actores consideran deseable. Y es procedimental en el sentido de que no juzga los resultados sociales *per se* en términos de los atributos que exhiban, sino en términos del procedimiento mediante el que se llega a ellos. La pregunta que postula es si puede decirse razonablemente que los resultados sociales han emergido del acuerdo voluntario de las partes involucradas; considerando deseable cualquier resultado del intercambio voluntario o de la cooperación entre los individuos. Esta es la lógica básica que la aproximación del libre mercado aplica a las transacciones de mercado. El liberalismo constitucional sólo insiste en que esta misma lógica también

⁵⁷ Para una discusión más amplia, véase Vanberg (1998b; 1998c).

tiene que aplicarse a la contratación constitucional. Concluye, consecuentemente, que también en este nivel el estándar liberal no puede ser más que interno y procedimental. Su punto de referencia último son las preferencias constitucionales subjetivas de las personas implicadas o, si se prefiere, sus intereses y la aceptación voluntaria de la constitución en la que viven.

La aproximación constitucional implica la necesidad de distinguir entre la voluntariedad de los acuerdos *dentro de reglas* –i.e., en el nivel subconstitucional– y la voluntariedad de los acuerdos *sobre reglas*, –i.e., en el nivel constitucional–. La voluntariedad de las transacciones del mercado es una *voluntariedad dentro de las reglas del juego* que define la constitución del mercado. Qué acuerdo voluntario *explícito* se requiere para considerar que una transacción de mercado es un intercambio voluntario (o un contrato constitucional privado voluntario) es algo que depende de cómo se definan las reglas del juego de la catalaxia. Si los derechos de propiedad se definen de modo que incluyan el derecho del propietario para plantar un gran letrero en su finca, el acuerdo entre éste y una compañía constructora para instalar ese contrato cualificaría como un intercambio de mercado perfectamente voluntario, incluso a pesar de que el vecino a quien obstruye la vista se oponga enérgicamente a ello y no preste, en absoluto, su aceptación voluntaria.⁵⁸ Si las reglas del juego no le otorgan al propietario el derecho mencionado, su acuerdo voluntario con la constructora no será suficiente para hacer que, en ausencia del acuerdo explícito del vecino, la transacción sea un intercambio de mercado legítimo.

Cómo han de regular estas materias las reglas del juego es un asunto relacionado, desde luego, con la cuestión de las externalidades. Cómo se definen los derechos de propiedad decide, en efecto, el tipo de externalidades de la transacción que tienen que tolerar terceros y, consecuentemente, respecto de cuáles tiene una protección jurídica. Dónde debe trazarse esta línea es una cuestión de elección constitucional,⁵⁹ y ello supone que se trata de una cuestión que se debe resolver atendiendo a los intereses constitucionales de los individuos involucrados, mediante un acuerdo voluntario respecto de las reglas bajo las que quie-

⁵⁸ Si decide no pagar a su vecino por no poner el letrero, dadas las reglas del juego, sólo se puede decir que acepta implícitamente.

⁵⁹ Sobre la cuestión, véase Buchanan y Vanberg (1988)

ren vivir.⁶⁰ Con independencia de lo que los miembros constituyentes consideren deseable, un liberal consistente no puede apelar a ningún criterio externo *a priori* para trazar dicha línea. Es equivocado sugerir que el paradigma liberal provee de estándares objetivos e inmutables según los cuales ciertos efectos externos constituyen “molestias” que deben, por tanto, considerarse incompatibles con el “libre mercado”.⁶¹ Y también es equivocado sugerir que la cuestión se resuelve diciendo que el problema de las externalidades es un problema de “insuficiente defensa de la propiedad privada frente a invasiones”, ya que el verdadero problema consiste en establecer qué cuenta como invasión.⁶²

Puede ser que el liberal de libre mercado esté dispuesto a acordar que tanto la cuestión de la voluntariedad en los arreglos dentro de las reglas, como la cuestión de la voluntariedad de los arreglos sobre las reglas, corresponde a los contratos constitucionales *privados*, semejantes a los que gobiernan las relaciones laborales o las relaciones entre socios. El liberal constitucional insiste en que debe extenderse también a los contratos constitucionales *públicos*, y que también se aplica a las reglas del propio mercado.⁶³ Lo que, en última instancia, dota de legitimidad al

⁶⁰ Para una discusión detallada de la cuestión, véase Buchanan (1986 b)

⁶¹ Parece que Rothbard (1970: 653) quiere decir que existe un estándar de este tipo cuando describe al “mercado completamente libre” como la arena “en la que las personas individuales y la propiedad no sufren ninguna molestia”, y cuando define “ ‘Libre’... se utiliza en el sentido interpersonal como no ser molestado por otras personas” (*ibid.*: 581).

⁶² Rothbard (1956: 259np.): “Los famosos problemas de “diseconomía externa” (ruido, humos, pesca excesiva, etc.) se deben... a la insuficiente defensa de la propiedad privada frente a la invasión. Más que un defecto del libre mercado, son el resultado de invasiones a la propiedad; invasiones que, por definición, son excluidas del libre mercado”. Véase también Rothbard (1970: 156) y von Mises (1949: 653). Hayek (1960: 229) comenta al respecto: “Aunque, en términos comparativos, el principio de la propiedad privada da lugar a pocos problemas cuando tenemos en cuenta bienes muebles, genera problemas muy complicados cuando se trata de la propiedad de la tierra. El efecto que tiene en sus vecinos el uso de cualquier terreno hace que, en ocasiones, sea indeseable conceder al propietario un derecho de uso y abuso de su propiedad” Véase también, Hayek (1944: 38n.; 1948: 113).

⁶³ Que tenemos que distinguir entre las transacciones realizadas dentro del mercado y los procesos sociales que dan forma a las instituciones que estructuran el mercado, es algo que enfatiza Kirzner. Habla de una “nítida diferencia...que separa el carácter de los procesos del mercado del carácter de los procesos que conducen a la cristalización de las instituciones sobre las que, para poder existir, debe descansar el mercado” (Kirzner 1994: 107) Y comenta: “Las instituciones sobre las que debe descansar el mercado deben haber sido creadas o haber evolucionado mediante procesos distintos de la coordinación espontánea que, como hemos visto, constituye la esencia de la operación del mercado”.

mercado como orden constitucional es su aceptación voluntaria como orden constitucional. Y esa legitimidad no se obtiene mediante transacciones *dentro* del propio orden de mercado. La necesidad de hacer una distinción entre acuerdos subconstitucionales y arreglos constitucionales, es pasada por alto por autores que, como Rothbard, sugieren que, como cada acuerdo dentro del mercado es una transacción voluntaria, puede decirse que el propio orden ha sido aprobado unánimemente.⁶⁴ En la misma medida en la que el liberal constitucional considera que el juego de la catalaxia produce beneficios, y que es atractivo para todos los participantes, no puede aceptar que esta afirmación esté probada por la voluntariedad de las transacciones del mercado. La prueba última del carácter atractivo del orden de mercado sólo puede ser la atracción que ejerza para su aceptación voluntaria como orden constitucional. Aunque esta distinción parezca rozar la sofistería, es una distinción con importantes consecuencias respecto de qué tipo de argumentos tienen los liberales para abogar a favor del mercado frente a sus conciudadanos. Implica que, en última instancia, los argumentos de los liberales a favor del mercado tienen que apelar a los intereses constitucionales, y que no pueden dejar a un lado los juicios de los individuos acerca de lo deseable en el nivel constitucional. Ludwig von Mises (1985:30) debió de haber tenido esto en cuenta cuando respecto de los liberales afirmó: “si consideraran que la abolición de la propiedad privada es de interés general, abogarían en favor de su abolición”.⁶⁵

Si, como exige el liberalismo constitucional, extendemos el principio normativo fundamental de la elección voluntaria y la contratación voluntaria hasta el nivel constitucional, surge el problema de qué sentido podemos darle a la elección voluntaria en ese nivel. Como he señalado, cuando hablamos de transacciones voluntarias de mercado, tenemos una idea muy clara de lo que entendemos por “voluntariedad”. Se define en términos de las reglas que constituyen al mercado como are-

⁶⁴ Rothbard (1956: 250): “Este intercambio es realizado voluntariamente entre las partes. Por lo tanto, el mismo hecho de que el contrato tenga lugar demuestra que ambas partes se benefician de él... Libre mercado es el nombre que se le da al conjunto de todos intercambios voluntarios que tienen lugar en el mundo. Y como la existencia del propio intercambio demuestra el beneficio para las partes involucradas, debemos concluir que el *libre mercado beneficia a todos sus participantes*”.

⁶⁵ von Mises (1985: 68): “los gobiernos deben ser forzados a adoptar el liberalismo por el poder de la opinión unánime de la gente”. Véase también von Mises (1985: 46).

na de cooperación voluntaria. Desde luego, está claro que lo que entendamos por acuerdo voluntario en materias constitucionales será algo más complicado. Pero la complejidad del problema no puede ser una excusa para ignorarlo. Al examinar esta cuestión, tenemos que preguntarnos acerca de la naturaleza del proceso mediante el cual se crean y se reforma reglas constitucionales y tenemos que preguntarnos qué tipo de reglas deben controlar los propios procesos para poder asegurar de la mejor manera la voluntariedad de la elección constitucional.

Que los procesos políticos de las democracias modernas, para no hablar de otros regímenes, tienen graves deficiencias, es algo aceptado ampliamente y que se ha criticado frecuentemente dentro del paradigma liberal. Sin embargo, la agenda de investigación liberal ha quedado comparativamente poco desarrollada en lo que se refiere a la pregunta *positiva* de cómo puede estructurarse el proceso político de modo que implemente el principio de la soberanía individual en el nivel constitucional, teniendo en cuenta las dificultades específicas que la naturaleza de las cosas impone en este nivel.⁶⁶ Con este propósito en mente, en su trabajo sobre las reformas constitucionales de la democracia moderna Hayek formuló algunas sugerencias de cómo podría reformarse el proceso político. Las cuestiones generales de esas reformas es punto central de la agenda de investigación de la economía constitucional de Buchanan. Su proyecto de desarrollar la aproximación teórica al “Estado como institución voluntaria” no tiene nada que ver con el “misticismo hegeliano” del que le acusa Rothbard,⁶⁷ sino que es un intento por extender de manera sistemática y consistente la lógica fundamental del paradigma liberal desde el nivel de las elecciones de mercado hasta el nivel constitucional.

Más allá de las opciones para reformar los procesos políticos a través de los cuales los miembros de una jurisdicción eligen colectivamente, o mediante sus representantes, sus reglas constitucionales, la forma más efectiva para alcanzar y asegurar la voluntariedad de las elecciones

⁶⁶ von Mises (1949: 271) indica la simetría entre la cuestión de la “soberanía del individuo” en el mercado y en la arena política cuando señala: “Sería más correcto decir que una constitución democrática es un esquema en que la conducción del gobierno se asigna a los ciudadanos con la misma supremacía que la que se le da en el mercado a la capacidad de los consumidores. No obstante, la comparación es imperfecta...en el mercado nunca se emite un voto en vano”. Véase también von Mises (1985: xvi).

⁶⁷ Rothbard (1956: 260)

nes constitucionales se encontrará en normas que hagan posible que los individuos elijan, individual y separadamente, entre regímenes constitucionales. Se puede elegir como parámetro teórico la utopía liberal de Robert Nozick:⁶⁸ un mundo imaginario en el que los individuos son perfectamente libres para elegir, dentro de grupos de consentimiento, cualquier tipo de orden constitucional que quieran, y en el que todos son perfectamente libres para moverse dentro de los ordenes constitucionales que existen. Pero la dificultad pragmática de esta tarea empieza cuando llega el momento de examinar mediante qué norma, y mediante qué forma de organización política, pueden mejorarse las opciones de los individuos para elegir libremente entre las alternativas constitucionales del mundo en el que viven. En teorías como la del federalismo competitivo –pero también en otras áreas–⁶⁹ se han realizado importantes contribuciones a la anterior cuestión. Asumir esta tarea puede ser una parte importante de nuestros esfuerzos por expandir el paradigma liberal.

⁶⁸ Véase la parte tres de Nozick (1974)

⁶⁹ Vanberg y Kerber (1994); Frey y Eichenberger (1999).

BIBLIOGRAFÍA

- Breyer S. y MacAvoy, P.W. (1987) "Regulation and desregulation", en *The New Palgrave – A Dictionary of Economics*, vol. 4, pp. 128-34. Londres, MacMillan
- Buchanan J.M. (1977) *Freedom in Constitutional Contract – Perspectives of Political Economist*, pp. 64-77. College Station, Texas A & M University Press.
- _____, (1986) "Rights, efficiency, and exchange: the irrelevance of transaction costs", en Buchanan J.M. (ed.) *Liberty, Market and State – Political Economy in the 1980's*. Nueva York, New York University Press.
- _____, (1991a) "Economist and the gain from trade", en Buchanan J.M. (ed.) *The Economics and Ethics of Economic Order*, pp. 109-23, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- _____, (1991b) "The contractarian logic of classical liberalism", en Buchanan J.M. (ed.) *Economics and Ethics of Economic Order*, pp. 125-35. Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- _____, (1991c) "The foundations of normative individualism", en Buchanan J.M. (ed.) *Economics and Ethics of Economic Order*, pp. 221-9. Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- Buchanan J.M. y Vanberg V. (1988) "The politicization of market failure", *Public Choice* 57, 101-13.
- Buchanan J.M. y Congleton, R.D. (1998) *Politics by Principle, not Interest-Toward Nondiscriminatory Democracy*, Cambridge, MA, Cambridge University Press.
- Coase R.H. (1975) "Economics and Public Policy", en Weston J. (ed.) *Large Corporations in a Changing World*. Nueva York, New York University Press.
- Cooter R. y Ulen T. (1995) *Law and Economics*, 2ª ed. Reading, MA: Addison-Wesley.
- Demsetz, H. (1995) *The Economics of the Business Firm – Seven Critical Commentaries*, Cambridge, MA, Cambridge University Press.

- Epstein, R.A. (1985) *Takings – Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- _____, (1986) “An outline on takings”, *The University of Miami Law Review* 41, 3-19.
- Frey B.S. y Eichenberger R. (1999) *The New Democratic Federalism in Europe – Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Goldberg V.P. (1976a) “Regulation and administered contracts”, *Bell Journal of Economics* 7, 426-48.
- _____. (1976 b) “Commons, Clack, and the emerging post-Coasian law and economics”, *Journal of Economic Issues* 10, 877-93.
- Habermann, G. (1996) “Der Liberalismus und die ‘Libertarians’”, *ORDO* 47, 121-48.
- Hayek, F.A. (1944) *The Road to Serfdom*. Chicago, The Chicago University Press.
- _____, (1948) “Free’ enterprise and competitive order”, en Hayek F.A. (ed.) *Individualism and Economic Order*, pp. 107-18, Chicago, The University of Chicago Press.
- _____, (1960) *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press.
- _____, (1976) *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Kirzner, I.M. (1985) *Discovery and the Capitalism Process*, Chicago, The Chicago University Press.
- _____, (1994) “The Limits of the Market: the real and the imagined”, en Möschel, W., Streit, M.E. y Witt, U. (eds.), *Marktwirtschaft und Rechtsordnung*, pp. 101-10, Baden-Baden, Nomos.
- Milgrom, P. y Roberts, J. (1992) *Economics Organization and Management*. Eaglewood Cliffs, N.J, Prentice Hall.
- von Mises, L. (1949) *Human Action – A Treatise on Economics*, New Haven, Yale University Press.
- _____, (1985) *Liberalism in the Classical Tradition*, 3ª ed. San Francisco, Cobden Press.
- Nozick, R. (1974) *Anarchy, State and Utopia*. Nueva York, Basic Books.
- Rothbard, M.N. (1956) “Toward a reconstruction of utility and welfare economics”, en Sennholz, M. (ed.) *On Freedom and Free Enterprise*

– *Essays in Honor of Ludwig von Mises*, pp. 224-62. Princeton N.J.: D. Van Nostrand.

- _____, (1970) *Man Economy and State – A Treatise on Economic Principles*, Vols. I y II. Los Angeles: Nash Publishing.
- Smith, A. (1981) *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 2 Vols. Indianapolis, IN: Liberty Classics (reimpresión de la edición de la Oxford University Press de 1976).
- Vanberg V. (1998a) “Menger Carl (1840-1921)” en Newman P. (ed.) *The New Palgraves Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, pp. 635-41, Londres, MacMillan.
- _____, (1998b) “Buchanan James M.”, en Davis, J.B., Hands D.W. y Mäki, U. (eds.) *The Handbook of Economic Methodology*, pp. 40-44, Cheltenham, Edward Elgar.
- _____, (1998c) “Constitutional Political Economy” en Davis, J.B., Hands D.W. y Mäki, U. (eds.) *The Handbook of Economic Methodology*, pp. 69-75, Cheltenham, Edward Elgar.
- Vanberg V. y Kelber, W. (1994) “Institutional competition among jurisdictions. An evolutionary approach, *Constitutional Political Economy* 5, 193-219.