

---

# Eficiencia y Libertad:

## El Verdadero Rol del Estado II

CARLOS NODA YAMADA

Alumno del Séptimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

### III. EL VERDADERO ROL DEL ESTADO

Numerosas interrogantes se plantean cuando se toca el tema del Estado. Algunos se preguntan, ¿Qué es el Estado?, otros, ¿Qué debe ser el Estado?, y otros dirán, ¿Cómo está organizado el Estado?. El objetivo de este trabajo no es dar respuesta a ninguna de estas preguntas -estas preguntas han sido planteadas por muchos siglos, y existen numerosos intentos de respuestas tanto desde la filosofía, la teología, el Derecho, y la ciencia política-; el presente ensayo pretende realizar un estudio de la organización política de una sociedad de hombres libres, partiendo de un punto de vista estrictamente individualista. Para este enfoque individualista, lo que interesa es el bienestar real de los individuos que componen la sociedad; y el rol del Estado será permitir -no proporcionar, luego se notará la diferencia- el bienestar de los individuos. Podemos notar, entonces, que este ensayo apunta a responder la pregunta, ¿Para qué cosa debe servir el Estado?<sup>1</sup>

#### A. Intervención estatal y eficiencia

El enfoque económico individualista que hemos asumido supone la existencia de mercados que, con distinto grado de eficiencia, coordinan las acciones de los distintos agentes que participan en ellos, de forma que su comportamiento resulte mutuamente consistente. Este enfoque tiene como factor fundamental a la escasez como elemento permanente, por lo que la

tarea de la Economía y del Derecho es ser, complementariamente, las ciencias de la elección racional en un mundo en el que los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas.<sup>2</sup> La escasez y la definición del hombre como maximizador racional de su utilidad nos llevan a la necesidad de analizar el criterio de eficiencia y su relación con la intervención estatal.

La eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma, en un sentido lato. En sentido estricto, nos estamos refiriendo al criterio u óptimo de eficiencia de Pareto, según el cual, una situación se ajusta a la eficiencia si no hay ningún cambio posible de esa situación que pueda mejorar la situación de alguien sin empeorar al mismo tiempo la de otro.

En otras palabras, la eficiencia económica requiere que se escoja el conjunto de titularidades que llevaría a una distribución de recursos que no pueda ser perfeccionada, en el sentido que un cambio adicional no mejoraría la condición de aquéllos que perdieron con la misma y permanecer aún en mejores condiciones que antes.

En la situación de equilibrio que representa el óptimo de Pareto, los bienes y factores productivos tienden a gravitar en torno a su mejor y más eficiente uso posible; y bajo estas hipótesis, el Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado y no debe realizar más función de

---

<sup>1</sup> Creo que la respuesta a esta pregunta es algo realmente importante desde el punto de vista individualista. Me parece que plantear este tipo de pregunta y, más aún, el responder a ella a partir de un enfoque individualista equivale a la ruptura de un paradigma -por lo menos en el Perú- en los términos de progreso científico -o revolución científica- descritos por Thomas Kuhn. Ver THOMAS S. KUHN, LA ESTRUCTURA DE LAS REVOLUCIONES CIENTÍFICAS (1975).

<sup>2</sup> Sobre el tema Ver BECKER, supra nota 40, en 20; NORTH, supra nota 12, en 18; ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, supra nota 37, en 3.

intervención. En este punto es preciso adelantar una idea que desarrollaremos ampliamente y con detalle más adelante; se trata de establecer que el concepto de eficiencia contiene una serie de valores humanos y morales concretos -no idealizados-, y que es parte de la noción común de justicia.<sup>3</sup>

Para que pueda darse el óptimo de Pareto es requisito indispensable que los costes sociales que se derivan de todas y cada una de las actividades que se realizan en el mercado sean iguales a los beneficios sociales. Pigou demostró, sin embargo, que es muy probable que se de una divergencia entre ambos; son los casos de las «diseconomías externas» o «externalidades» y que ponen de manifiesto la inconsistencia del mercado como instrumento exclusivo para alcanzar la eficiencia social.<sup>4</sup> En este caso sería el Estado quien debería intervenir para corregir los fallos del mercado a través del mecanismo coercitivo del Derecho. Esta última afirmación merece ser analizada con cuidado y sirve para introducir el Teorema de Coase.

Ronald Coase propuso una idea básica del análisis económico en un artículo escrito en 1960<sup>5</sup>. Según el teorema de Coase, el Estado deberá intervenir si los beneficios netos de su actuación son mayores que los de su no intervención. Veamos esto con el clásico ejemplo de los humos.<sup>6</sup> Consideremos que hay una fábrica cuyos humos causan daños a la ropa que cuelgan para secar cinco vecinos de la fábrica. Si no se introduce ninguna medida correctiva, cada uno de estos individuos sufrirá daños por un valor de 75 dólares, con un total de 375 dólares.

Estos daños causados por el humo podrían eliminarse de dos formas posibles: instalando un filtro depurador en la chimenea de la fábrica, a un coste de 150 dólares, o proporcionando a cada uno de los perjudicados una secadora eléctrica, a un coste de 50 dólares cada una. La solución eficiente es instalar el depurador en la chimenea, dado que con ello se eliminan unos daños totales de 375 dólares, con un desembolso de sólo 150, y eso es más barato que comprar cinco secadoras por 250 dólares.

---

*«...El derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado y no debe realizar más una función de intervención...»*

---

El supuesto crucial de todo el razonamiento de Coase es la existencia de costes de transacción, entendiendo por éstos, los que origina la identificación, reunión, negociación y el efectivo cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes. Simplificando, podemos expresar que la idea de costes de transacción se puede resumir diciendo que celebrar un

contrato cuesta; por ello, bajo ciertas circunstancias, los costes de transacción pueden impedir que un contrato se celebre, a pesar que este contrato pudiera ser razonable y beneficioso para ambas partes. Podemos notar que el concepto de costes de transacción explica por qué no todo se puede solucionar por el mercado.

Volviendo al ejemplo anterior, supongamos que no existen costes de transacción, en este caso, la solución eficiente se adoptaría independientemente de la asignación de la titularidad del derecho. ¿Cómo? Si existiera el derecho al aire puro, entonces la fábrica optaría por instalar el depurador en la chimenea, como hemos visto. Si existiera un derecho a contaminar, entonces los vecinos también optarían por instalar el depurador en la chimenea, ya que no existen costes de transacción, es decir, no les cuesta nada reunirse para negociar y tomar una decisión.

<sup>3</sup> Sobre la eficiencia pueden verse, Alfredo Bullard, ¿Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?, 21 THEMIS 94; Guido Calabresi, First Party, Third Party, and Product Liability System: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?, 69 IOWA L. REV. 834 (1984); Guido Calabresi & Douglas Melamed, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral, 21 THEMIS 66; PASTOR, supra nota 37, en 158; A. MITCHELL POLINSKY, INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO 19 (1990); TORRES, supra nota 35, en 26. Una discusión sobre el óptimo de Pareto puede revisarse en: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, supra nota 37, en 12-16.

<sup>4</sup> Existen ciertas fallas del mercado, pero el intento de solucionarlas a través de una fuerte intervención estatal podría agravar la situación y crear más problemas en vez de solucionarlos. Tenemos que tomar en cuenta que el mundo es imperfecto y que el mismo mercado -al ser parte de este mundo- no puede ser perfecto; aspirar a una eficiencia absoluta y a un mercado sin ninguna inconsistencia es trasladar el problema de los ideales absolutos al mercado, y podría conducirnos a conseguir exactamente lo contrario a lo deseado.

<sup>5</sup> Ronald Coase, The Problem of Social Cost, 3 J.L.&ECON. (1960)

<sup>6</sup> Este ejemplo se encuentra en: POLINSKY, supra nota 44, en 23. Lo he reproducido en forma sintetizada y ligeramente variado por motivos de claridad.

El caso anterior es obviamente irreal. Asumamos ahora que existen costes de transacción, en este caso, si se diera el derecho al aire puro, tendríamos que la fábrica optaría nuevamente por la solución eficiente, es decir, instalar el depurador en la chimenea, ya que ella actúa -debido a su jerarquía- como una única persona -no es una visión organicista de la empresa, esto quiere decir que los individuos que dirigen la empresa toman la decisión y la exteriorizan como si fuera la decisión de una sola persona- y no necesita sentarse a negociar con nadie para decidir. En cambio, los problemas aparecen si otorgamos el derecho a contaminar.

Hemos dicho que cada uno de los vecinos sufre un daño de 75 dólares, y que cada secadora cuesta 50 dólares; ¿qué sucede si el coste de transacción -o de reunirse- es de 60 dólares? Es evidente que cada vecino escogerá comprar su secadora por 50 dólares, solución que es ineficiente. Cuando hay costes de transacción, la solución eficiente no puede producirse con independencia de la asignación de la titularidad del derecho por la norma jurídica. En este caso, el Estado deberá intervenir porque los beneficios netos de su actuación son mayores que los de su no intervención. En este punto del análisis es necesario que introduzcamos el tema de las externalidades.

Las externalidades o «efectos no contratados» son los costos y beneficios no asumidos por el agente o que no le son compensados. En ocasiones es conveniente eliminar la existencia de externalidades, pues muchas veces nos llevan a resultados ineficientes. Así, las externalidades generan una divergencia entre el coste social -entendido, por supuesto, como coste del conjunto de individuos, basado en el individualismo metodológico- y el coste privado.

En el ejemplo anterior, la fábrica provocaba daños por 375 dólares, supongamos que los beneficios obtenidos por esta fábrica eran de 350 dólares. Existe una pérdida social de 25 dólares si es que no se obliga a la fábrica a hacer algo para impedir los daños. Como la fábrica no asume las pérdidas, seguirá lanzando sus humos sin importarle el efecto social negativo; vemos que esto es ineficiente. El Derecho puede resolver este problema asignando a los vecinos el derecho al aire puro. Como hemos visto anteriormente, la fábrica optará por instalar un depurador en la chimenea por

150 dólares, no habrá daños, y la fábrica obtendrá beneficios. Esta es una solución eficiente. Para llegar a una solución acorde con el óptimo de eficiencia de Pareto es necesario tomar en cuenta todas las variables posibles, entre ellas los costes de transacción y el coste social determinado por las externalidades; esto es un problema de acceso a la información, muy relacionado con la asignación eficiente de los recursos, como se verá próximamente.

Lo que ha hecho la fábrica, obligada por el Derecho, es la internalización de externalidades. La internalización lleva a los individuos a tener en consideración los efectos que generan sus actos, lo que va a derivar en un resultado finalmente eficiente si los individuos se comportan racionalmente.

El Estado solamente deberá intervenir cuando los beneficios netos de su actuación sean mayores que los de su no intervención; es decir, cuando debido a los costes de transacción y a la presencia de externalidades, la solución eficiente no pueda alcanzarse sin la asignación de la titularidad del derecho por una norma jurídica emanada del Estado.<sup>7</sup>

Las afirmaciones anteriores tienen que ser tomadas en sentido estricto para constituir una adecuada base de información. No estamos apelando al conocido argumento de la regulación y de la protección de los individuos por el Estado. Esto no pasó jamás por nuestro pensamiento, pues la regulación excesiva y el protectionismo son ineficientes en extremo. El verdadero rol del Estado es garantizar la eficiencia del mercado, para lo cual debe apuntar él mismo a la eficiencia. Esto significa que el Estado solamente debe intervenir para reducir los costes de transacción y lograr la eficiencia del mercado y la asignación de los recursos a su mejor uso -como consecuencia del funcionamiento de ese mercado eficiente. El libre y eficiente juego del mercado produce el bienestar de los individuos, no la regulación y la intervención estatal. El Estado solamente es un garante de la libertad y los derechos de cada individuo; estos derechos de los individuos asignados por las normas jurídicas son los mínimos necesarios según el teorema de Coase. Jamás debe entenderse que el rol del Estado sea proteger, pues pensar esto sería contradictorio con la eficiencia y la defensa de la libertad. Este tema será analizado más adelante.

<sup>7</sup> Sobre el teorema de Coase, los costes de transacción, las externalidades y la intervención estatal pueden consultarse: BULLARD, supra nota 44, en 95-98; Alfredo Bullard, Ronald Coase y el Sistema Jurídico: A propósito del Premio Nobel de Economía; Alfredo Bullard, Un mundo sin propiedad, 45 DERECHO 132-133 (1991); POLINSKY, supra nota 44, en 23-26; y TORRES, supra nota 35, en 27.

## B. La dignidad de la persona humana y el objetivo de eficiencia

Tratando de cumplir la tarea de ubicar el verdadero rol del Estado según nuestro punto de vista, y teniendo una base conceptual sobre las relaciones entre la eficiencia y la intervención estatal, es necesario que nos detengamos un instante en la relación especial que existe entre la dignidad de la persona humana y el objetivo de eficiencia para analizarla e interpretarla según el método del individualismo económico. Es nuestra intención dejar bien claro que el enfoque económico y el postulado de eficiencia no son ideas reñidas con la moral ni son conceptos amoraes; muy por el contrario, trataremos de demostrar que a través de estos conceptos y de su adecuado entendimiento podemos llegar a una realidad del ideal moral.

Tomamos como ejemplo el artículo 1 de la Constitución Peruana que dice: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».<sup>8</sup>

Pensamos que el texto no podía ser más claro en asumir una posición individualista, tal como la estamos planteando, pues se asume como el centro de todo a la persona humana, al individuo, y no al Estado o a la sociedad, entendida esta última como un ente colectivo con voluntad propia e independiente de la de los individuos. Hemos mencionado líneas arriba que no existe nada como la «voluntad general» o el «bien común» asumiéndolos como productos de una sociedad con voluntad propia, y sostenemos que el texto constitucional nos da la razón. Muchas personas no estarán de acuerdo con esta interpretación, pues dirán que es puramente literal o sino derivarán en los conocidos «argumentos morales» esgrimiendo conceptos tales como «justicia social» o «igualdad»; es más, se atreverán a decir que una «buena» constitución debe ser «social» (realmente no comprendemos qué cosa significa esto). Vamos a pasar a refutar las críticas de estas personas y a tratar de convencerlas -con ideas- para nuestra causa, mostrándoles que sus ideas son las que nos llevan a la injusticia y a la falta de equidad reales, y que el enfoque económico basado en el postulado de eficiencia, por el contrario, nos lleva al bienestar individual, y también a la justicia y la equidad en forma inevitable.

Sabemos que la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma. Ahora bien, la equidad alude a la distribución de la renta entre los individuos. El atractivo de la eficiencia como objetivo es que, dadas ciertas condiciones, todos pueden beneficiarse si la sociedad se organiza de un modo eficiente. Uno de nuestros postulados fundamentales es que los recursos de nuestro mundo son escasos, por lo que evitar el desperdicio es parte de la noción de justicia.

El que haya o no un conflicto entre eficiencia y equidad depende de las consecuencias distributivas específicas de la búsqueda de la eficiencia y de lo que constituya una distribución equitativa de la renta -todo es relativo-; pero si se puede redistribuir la renta sin coste, no hay conflicto alguno entre eficiencia y equidad, es decir, si la renta se puede redistribuir sin coste, es siempre preferible aumentar al máximo el tamaño del pastel, dado que éste puede repartirse como se quiera. Pero, ¿qué sucede si hay costes para redistribuir la renta? Definitivamente es casi imposible redistribuir la renta mediante normas jurídicas, y si se hace es demasiado costoso a comparación de una redistribución a partir del sistema tributario -cosa que también es costosa e inconveniente. Pensamos que la armonía entre los conceptos de eficiencia y equidad nace de la misma concepción del individuo como maximizador racional de su propia utilidad.

La racionalidad de la elección humana en función de la maximización de la utilidad no afirma que los individuos estén motivados por el placer o por evitar el dolor. La utilidad puede, incluso, no proporcionar placer o dolor en una situación de elección concreta; unos fines pueden ser más importantes que otros.

Más aún, no afirma que los individuos son egoístas como opuestos a altruistas. El interés de uno hacia los demás es una parte de la función de la utilidad, así como lo es el interés por uno mismo.<sup>9</sup> Es más, afirmamos que el interés de una persona por los demás es fundamental, no como altruismo, sino como parte de la producción de los objetos subyacentes a la elección; siguiendo esta línea, el interés por otra persona es un factor a tener en cuenta para la armonización de eficiencia y equidad. Pongámoslo con un ejemplo.

<sup>8</sup> CONSTITUCION POLITICA DEL PERU 1993 art.1

<sup>9</sup> Sobre las relaciones entre eficiencia y equidad pueden verse: POLINSKY, supra nota 44, en 19-22; TORRES, supra nota 35, en 31.

El señor «X» tiene una casa para alquilar y el sistema jurídico está basado en la noción de eficiencia, es decir, el Estado asegura una completa libertad de contratar, no interviene en los contratos, asegura los derechos de propiedad plenamente, brinda seguridad, y, lo más importante, brinda y obliga a brindar adecuada información a los consumidores -esta es su única intervención frente a los particulares.

El señor «X» quiere maximizar su utilidad y por ello pone un precio exagerado para el alquiler de su casa; en un mercado operativo, con adecuada información y donde funciona la libre competencia, el señor «X» no logrará alquilar su casa, pues existirá un señor «Y» que alquilará otra casa a un precio menor. Esta es la protección del mercado. Y si el señor «X» lograra alquilar la casa sería porque el precio no era realmente exagerado -todo es relativo, todo depende del cristal con que se mire-, pues había una persona en el mercado que valoraba la casa en ese precio, con lo que se habrá logrado el objetivo de eficiencia en la transacción.

---

*«...Un Estado basado en la eficiencia sabe que los individuos son libres y buscan maximizar su utilidad...»*

---

Amplieemos nuestro ejemplo a escala nacional y hagámoslo en términos negativos. Existe un país en el que mucha gente es pobre y necesita vivienda; por otro lado existen propietarios que pueden satisfacer esa demanda de viviendas, que es superior a la oferta de casas existente. El Estado dice basarse en un ideal de igualdad y justicia social, por lo que obliga mediante una ley a los propietarios a alquilar sus casas a los pobres por un precio irrisorio o ridículo.<sup>10</sup> Muchos dirán que la solución es equitativa y justa aunque no sea eficiente; esto es totalmente falso. Esto ni siquiera es una solución sino que es crear un problema mayor; lo que está haciendo ese Estado proteccionista es redistribuir pobreza y no riqueza. Al obligar a los propietarios a percibir una renta muy baja, además de empobrecerlos, hace que otros individuos que buscan maximizar su propia utilidad, no piensen jamás en tener propiedades para alquilar, lo

que nos llevará a una reducción en la inversión en inmuebles, y a la parálisis del sector de construcción.

Esta medida proteccionista del Estado también deslegitima a ese Estado ante los individuos propietarios, y provoca algo peor: desincentiva el afán de superación de muchos de los individuos pobres supuestamente beneficiados por la medida que establece alquileres baratos. ¿Por qué sucede esto? Esta situación no significa que las preferencias de esos individuos hayan variado sino que se les ha proporcionado información inadecuada, lo que ha hecho que vean como beneficioso el ser un individuo pobre.

Esta desincentivación del afán de superación y de la creatividad de los individuos, sumado a la desincentivación de inversiones, solamente logrará generar una profunda pobreza que deteriorará a la larga las condiciones de vida de toda la población -sin excepciones- y deslegitimará completamente al Estado proteccionista. Hasta aquí tenemos un panorama claro. La norma «igualitaria y justa» provoca deslegitimación, desincentiva la inversión, genera desempleo, fomenta la caída del afán de trabajo y superación; en definitiva, genera mayor pobreza al tratar de combatir la y lograr la igualdad y la justicia social.

Definitivamente esto es ineficiente, y también es injusto y ofende a la equidad, pues se están desperdiciando recursos escasos y se está empobreciendo a una mayor cantidad de individuos. Solamente podríamos hablar de una igualdad «hacia abajo», es decir, todos debemos ser iguales, por tanto, todos debemos ser pobres.

Estaríamos asumiendo una necesidad de redistribución de la pobreza para aceptar estas nociones de «igualdad» y de «justicia social». Como diría Hegel, la búsqueda de una igualdad absoluta no nos lleva sino a la pobreza absoluta, en definitiva al terror absoluto. La única igualdad del idealismo basado en nociones puras y abstractas es la igualdad de las tumbas, y no parará hasta conseguirla.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Este no es un simple caso hipotético, esto sucedió en el Perú de las décadas del 70 y del 80.

<sup>11</sup> El resultado ineficiente y totalmente negativo se dio igualmente en el Perú en la realidad tal como se describe en el ejemplo. Este ejemplo solamente es una caricatura de los terribles efectos sociales que causó la «protección» del Estado en la realidad. El intento de proteger por parte del Estado sólo podía terminar en el resultado real de la desprotección. Si el Estado quiso proteger a los pobres, yo creo que lo logró, pues volvió a muchas personas más pobres de lo que eran, así que protegió la pobreza, no permitiendo el progreso ni el bienestar de los individuos.

El objetivo de la eficiencia nos conduce justamente al terreno opuesto. Un Estado basado en la eficiencia sabe que los individuos son libres y buscan maximizar su utilidad; conoce el valor de la libertad y de la información, sabe que los hombres son y deben ser libres, y que su deber como Estado solamente es asegurar esa libertad, y permitir una libre y sana competencia con información adecuada para lograr soluciones de mercado eficientes.

Ese Estado deja de lado el intervencionismo y el proteccionismo. En el ejemplo de las casas, nos ubicamos nuevamente en el país con mucha gente pobre y donde la demanda de viviendas supera a la oferta. Los propietarios creerán que subir sus precios astronómicamente maximizará su utilidad. ¡Qué desengaño tendrán! Si los pobres no están en posibilidad de pagar sus precios, nadie les alquilará sus viviendas. Surgirá siempre un individuo propietario que bajará el precio de su vivienda hasta hacerlo aceptable para un individuo pobre. Lo que ha sucedido es que el mercado ha operado; el individuo propietario ha tomado el interés por el pobre como una variable para producir un objeto preferido por él y así lograr la maximización racional de su utilidad. Luego de esto, los demás propietarios comenzarán a bajar sus precios y a competir entre sí para captar individuos que alquilen sus casas. Se objetará: «pero los que puedan pagar más se quedarán con las viviendas, y los más pobres entre los pobres quedarán fuera, pues la demanda supera a la oferta».

Esta objeción no es válida ya que como la demanda supera a la oferta, en el supuesto en que el Estado era proteccionista y obligaba a los propietarios a alquilar sus viviendas a precios bajos, también quedaban individuos pobres sin vivienda, con el inconveniente mayor de la ineficiencia de la solución -como hemos visto. Esta objeción no es válida, además, por la dinámica de progreso que genera este modelo basado en la eficiencia. Los pobres verán que el Estado no va a intervenir para protegerlos directamente, por lo que se esforzarán por desarrollar sus habilidades productivas y creativas, y todo esto, no porque sus preferencias hayan cambiado sino porque les ha llegado información nueva -que esta vez es la correcta- que hace que su decisión se oriente en ese sentido, es decir, la eficiencia -o la norma eficiente- genera la eficiencia de los individuos pobres, que dejarán de ser pobres justamente por su afán de superación reactivado y repotenciado por el libre mercado. Los propietarios también se verán incentivados a invertir para

maximizar su utilidad, pues ven que pueden lograr mayores beneficios a través del libre juego del mercado; ellos también han recibido información que los hace decidir en ese sentido. Este juego eficiente legitima y afianza al Estado, pues propietarios y pobres ven que ese Estado eficiente satisface sus aspiraciones -es útil- pues les da a ambos la libertad necesaria para maximizar su utilidad. La eficiencia da lugar a la justicia porque los recursos escasos se están aprovechando de la mejor manera y sin desperdicio; y también da lugar a la equidad, pues los individuos que hoy son pobres irán superándose gracias a su propio esfuerzo y gracias a la inversión que realizan los propietarios, cosa que genera trabajo y oportunidades de superación efectivas.

En este caso, el propio mercado -atentamente vigilado por el Estado- genera la distribución equitativa -no igualitaria- de la riqueza. No hablamos de redistribución de la riqueza porque el término «redistribución» tiene connotaciones proteccionistas que nos llevan realmente a un reparto de la pobreza. La distribución equitativa de la riqueza por un mercado eficiente se da en la medida de lo posible en un mundo imperfecto y con recursos escasos como el nuestro. El único deber que impone el Estado en este caso, es el deber de respetar las titularidades asignadas y permitir la libre circulación de la información para que se de una sana y libre competencia en términos eficientes. En otras palabras, se incrementa el tamaño del pastel de tal manera que sea necesario repartirlo equitativamente para que no haga daño -para que no indigeste- y se pueda producir otro pastel mucho más grande aún. Esto es lo que logra la eficiencia como objetivo.

Las relaciones económicas y las relaciones políticas representan la cooperación de dos o más individuos. El mercado y el Estado son, ambos, lugares donde la cooperación es organizada y hecha posible. Los individuos cooperan en el intercambio de bienes y servicios en mercados organizados, y por supuesto esta cooperación implica mutuos beneficios. El individuo ingresa en una relación de intercambio en la cual él persigue su propio interés proveyendo cierto producto o servicio que es directamente beneficioso para el individuo que se encuentra en el otro extremo de la transacción. En realidad, la actividad política o colectiva, bajo una visión individualista del Estado es similar a la del mercado. Dos o más individuos encuentran mutuamente beneficioso el unir fuerzas para lograr cierto propósito común; lo que ellos están

haciendo es intercambiar esfuerzos para el aseguramiento del producto comunmente deseado.<sup>12</sup>

La comunidad social, entendida como conjunto de individuos, se enfrenta todos los días con la posibilidad de un derrumbe, que puede ser desencadenado, no por las fuerzas de la naturaleza, sino por pura y simple imposibilidad de predecir lo que van a hacer los hombres. A lo largo de los siglos, sólo tres maneras ha encontrado el hombre de precaverse contra semejante calamidad. Ha asegurado su propia perpetuación organizando su sociedad en torno a la tradición, transmitiéndose de generación en generación, de acuerdo con la costumbre y el uso, los distintos oficios y actividades necesarias.

También suele proceder la sociedad de un modo distinto; recurre al látigo de una autoridad central que cuida de que sean realizadas las tareas necesarias. La tercera solución es el desarrollo de un juego asombroso en el que la sociedad se asegura su propia supervivencia permitiendo a cada uno de sus individuos que hiciera lo que él creía más conveniente, a condición de que se atuviese a una regla y norma central. A ese juego se le llama el Sistema de Mercado, y la regla normativa es engañosamente sencilla: cada cual actuará de acuerdo con lo que es para él más ventajoso monetariamente.

En este sistema es el móvil de la ganancia, no el impulso de la tradición o el látigo de la autoridad, lo que encamina a cada cual hacia su actividad. Pero, aunque cada cual goza de libertad para encaminarse hacia donde le lleva su olfato de lucro, la acción recíproca de unos hombres sobre otros trae como consecuencia que se realicen las tareas necesarias para la sociedad.<sup>13</sup>

Esto se produce, como hemos visto en nuestro ejemplo anterior, por la consideración del interés del otro que hacen los individuos, no como altruismo, sino como una variable para producir un resultado deseado y lograr la maximización de su propia utilidad. Muchas personas piensan que el sistema de mercado sólo es válido para el comportamiento individual o particular, pero que no es válido como fundamento de un sistema social o político. Pensamos haber demostrado la falsedad o lo errado

de esta idea, pero vamos a insistir con el tema para que no queden dudas.

Los teóricos de la política raramente han utilizado el enfoque económico para la actividad colectiva; sus análisis de los procesos de elección colectiva han estado fundados mayormente en la premisa implícita de que el individuo apunta, no a maximizar su propia utilidad, sino a buscar el «interés público» o el «bien común». Más aún, un factor significativo en el apoyo popular para esta visión organicista a lo largo de los siglos ha sido la creencia que el paso de una actividad del terreno de la elección privada al de la elección pública implica el reemplazo del motivo de la ganancia personal por el del bienestar social. Con el transcurso del tiempo, la visión individualista maximizadora de la utilidad ha ido ganando adeptos dentro de los filósofos políticos.

En los últimos dos siglos, la búsqueda del beneficio personal ha sido tolerada en forma resignada en el sector privado, con el alegato de la explotación siempre mencionado, dicho sea de paso.<sup>14</sup> En la esfera política, la búsqueda del beneficio personal por el individuo ha sido casi siempre universalmente condenada como odiosa por los filósofos de la moral. Ninguno de ellos parece haber explorado cuidadosamente algo que está en la base de esta condena en forma implícita: que el individuo debería, de alguna manera, cambiar sus preferencias psicológicas y morales cuando se mueve entre los aspectos sociales y privados de la vida.

Esto último es contrario a la posición asumida en este ensayo en relación a la estabilidad de las preferencias como elemento clave en la explicación de los procesos de elección racional de los individuos.

Defendemos una premisa mucho más simple: que el mismo individuo participa en ambos procesos -el de elección social y el de la elección privada- contra las opiniones de los moralistas. En otras palabras, existen dos posiciones sobre esta aparente contradicción entre los intereses públicos y los intereses privados de los individuos.

Una primera, dice que el hombre es realmente muchas cosas a la vez. En ciertos aspectos de su compor-

<sup>12</sup> Ver BUCHANAN, supra nota 8, en 19.

<sup>13</sup> Ver 1 ROBERT L. HEILBRONER, VIDA Y DOCTRINA DE LOS GRANDES ECONOMISTAS 26-28 (1990).

<sup>14</sup> Las famosas tesis marxistas son una prueba de estos alegatos de explotación; pero por suerte, la experiencia histórica ha demostrado que son tesis fracasadas y que no conducen a nada bueno.

tamiento, actúa como un maximizador de su propia utilidad, en este caso, el enfoque económico es perfectamente aplicable. Pero, en otros aspectos, el hombre se adapta y se identifica a sí mismo con el grupo organizado -la sociedad- del que forma parte.

Por la naturaleza de las circunstancias impuestas sobre el individuo en cada caso, un hombre típico deberá cambiar sus preferencias cuando se mueva del terreno de la actividad privada al de la actividad social. La segunda posición sobre esta aparente contradicción afirma que la actividad colectiva no ha sido concebida en su dimensión económica, y que un análisis del comportamiento de los individuos en términos de cálculo económico ha sido descuidado o dejado de lado.

El énfasis en los aspectos no económicos del comportamiento humano en la elección pública puede ser parcialmente explicado por el desarrollo histórico de las modernas teorías sobre la democracia. La teoría de la democracia y el sistema de mercado son producto de la Ilustración, y según los filósofos del siglo XVIII, estos dos aspectos de la actividad humana no debían ser discutidos separadamente.

El Estado democrático fue concebido como el conjunto de restricciones apropiadas para una sociedad que maneja sus asuntos económicos en una forma de competencia económica, en el cual los intereses económicos de los individuos eran reconocidos como lo principal para llevar a los hombres a la acción. La acción colectiva requerida era concebida en términos de normas generales residuales aplicables a todos los individuos y grupos en la sociedad.

En la discusión de estas normas generales no se esperaba que hubieran diferencias importantes en los intereses económicos de los distintos individuos y grupos. Se esperaban diferencias y se reconocía la necesidad de compromisos, pero esto no era interpretado usualmente en términos de diferencias en los intereses económicos.

Debemos recordar que algo muy importante para los filósofos de la Ilustración era la libertad del hombre, algo que Kant llamaba Autonomía. Kant derivaba las leyes morales del mismo individuo a través de su famoso Imperativo Categórico, pero había algo en lo que Kant se equivocaba: él buscaba el «bien público» como un ideal absoluto, como algo separado de la realidad y universalmente bueno, algo que en un mundo con costes de transacción como el nuestro es imposible de conseguir. Kant dio un paso muy importante al reconocer la libertad del hombre y su dignidad, pero se equivocó en los medios para asegurar esa libertad.<sup>15</sup>

A medida que los gobiernos de los países occidentales crecen en importancia, y los intereses económicos comienzan a utilizar el proceso político democrático durante el siglo XIX para lograr intereses particulares, las continuas fallas de la teoría política para llenar este vacío se hacían más difíciles de explicar; y, cuanto más áreas de la actividad humana anteriormente organizadas en mercados iban pasando al terreno de la decisión pública en este siglo, la laguna en la teoría política se hizo evidente.

Una teoría individualista de la elección colectiva implica que las reglas básicas de la toma de decisiones sean reexaminadas a la luz del rol cambiante asumido por el gobierno. Hay pocas razones para esperar que reglas constitucionales surgidas en aplicación de una legislación general vayan a proveer un adecuado marco para la aprobación de legislación que tiene un diferente o discriminatorio impacto en distintos grupos de ciudadanos. Si el enfoque económico individualista no es aceptado, estaremos derivando hacia principios morales como los más importantes medios de prevenir la explotación de un grupo por otro en el proceso político.

Los grupos de presión organizados para promover un interés particular en la acción gubernamental, y los impuestos diferenciados serían aberraciones. Para un modelo basado en el individuo y en la eficiencia, esto no tiene nada de extraño o aberrante, es más, el

---

*«...La eficiencia (...) no es inmoral ni amor, sino que representa a la única justicia existente en este planeta...»*

---

<sup>15</sup> Como hemos visto en la sección primera de este ensayo, Kant habla de realizar las cosas por puro amor al deber, cosa imposible en este mundo imperfecto.

surgimiento de grupos de presión es algo normal en una democracia, lo importante es no llevar a extremos las medidas de protección a esos grupos por parte del Estado; aquí es necesario recordar el teorema de Coase, según el cual, el Estado solamente debe intervenir cuando los beneficios de su intervención sean mayores a los de su no intervención, es decir, cuando su intervención sea eficiente. La única forma de evitar derivar en un sistema proteccionista debido a los grupos de presión es contar con la claridad de conceptos proporcionada por el modelo individualista y basado en la eficiencia y la defensa de la libertad.<sup>16</sup>

Debemos volver a recalcar uno de nuestros postulados principales: que los individuos tienen preferencias estables en el tiempo y que no varían entre los distintos individuos, sino que son los precios los que varían, al igual que también varían otros factores para producir los objetos preferidos establemente por todos, lo que hace finalmente variar los resultados, dando la impresión de que las preferencias han variado.

Para ser consecuentes con este postulado, necesariamente se debe asumir que los individuos se comportan de igual manera -maximizando su utilidad- en el terreno político y en el terreno de la decisión individual. Por lo tanto, se debe dejar definitivamente de lado al «bien común» y a falsos ideales de justicia e igualdad -entendida como igualdad absoluta-, pues como diría Hegel, cuando se desea lograr un ideal absoluto y puro, se consigue exactamente lo contrario; así, si se pone como objetivo del Estado buscar el bien y la igualdad absolutos, lo único que se conseguirá

será el terror y la pobreza absolutos. No debemos dejarnos engañar jamás por falsos moralismos, debemos asumir siempre que el centro de todo lo existente es el individuo, y que hacia su bienestar todo debe estar orientado.

El artículo 1 de la Constitución Peruana, según el enfoque económico, debe ser interpretado como un mandato al Estado para que busque el objetivo de eficiencia, pues es el medio adecuado para salvaguardar la libertad y la dignidad de la persona humana, y la única forma real de llegar a la justicia, tal como esta puede existir en un mundo en donde los recursos son escasos y donde existen costes de transacción. Para este enfoque, el artículo 1 de la Constitución es una norma que debe ser interpretada de acuerdo al postulado individualista, resumiéndose en un mandato al Estado y a todos los individuos a respetar la libertad individual y a buscar la eficiencia como medio de llegar a la justicia. La eficiencia, como vemos, no es inmoral ni amoral, sino que representa a la única justicia existente en este planeta, por lo que justificadamente se le puede llamar la concretización del ideal moral.

### C. Libertad, Eficiencia, y Regulación estatal

La libertad es la idea que se encuentra a la base de la eficiencia, realmente, la libertad es el mejor medio para producir la eficiencia, aunque la libertad no sea parte de la propia definición de eficiencia.<sup>17</sup> Sin embargo, muchas cosas pueden entenderse con la palabra libertad<sup>18</sup>, por ello es nuestro deber definir claramente

<sup>16</sup> Sobre el enfoque económico de la actividad colectiva Ver, BECKER, supra nota 37; STIGLER, supra nota 39; BUCHANAN, supra nota 8, en 20-23.

Una explicación sobre el pensamiento kantiano se puede consultar en: IMMANUEL KANT, FUNDAMENTACION DE LA METAFISICA DE LAS COSTUMBRES. CRITICA DE LA RAZON PRACTICA. LA PAZ PERPETUA (1975); KORNER, supra nota 28; RITTER, supra nota 32; TOUCHARD, supra nota 17.

Sobre la libertad, el proteccionismo, los grupos de presión y la eficiencia Ver, GEORGE J. STIGLER, CHICAGO STUDIES IN POLITICAL ECONOMY (1988); GEORGE J. STIGLER, THE CITIZEN AND THE STATE: ESSAYS ON REGULATION (1975).

<sup>17</sup> Carta de David D. Friedman, Professor of Law, Santa Clara University, a Carlos R. Noda, Presidente, Asociación Civil Derecho & Sociedad (Enero 31, 1997) (en el archivo del autor).

<sup>18</sup> Existen numerosos aspectos de la libertad que han sido tratados por diversos autores, sobre todo los enfoques jurídicos de la libertad personal, la libertad de tránsito y la libertad de opinión y expresión. El problema ha sido que la libertad ha sido tratada como un ideal abstracto y puro, separándola en partes que han sido estudiadas minuciosamente, muchas veces a partir de un trabajo exegético en base a declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos. Estoy de acuerdo en que la libertad es una idea esencial porque sirve para el bienestar de los individuos -este es un punto que será desarrollado más adelante-, pero no me parece adecuado absolutizarla porque podríamos terminar defendiendo un ideal vacío de la libertad, una pura idea sin ningún significado, lo cual significaría realmente la destrucción de la libertad concreta en nuestro mundo. Lo que hay que hacer es decir porqué la libertad es indispensable para lograr la eficiencia y el desarrollo; esta es la única forma de defender efectivamente la libertad, es decir, mostrando que es conveniente para los individuos y les permite maximizar racionalmente sus beneficios. Los enfoques tradicionales pueden ser consultados en: Francisco Eguiguren, La libertad de tránsito en la jurisprudencia del hábeas corpus; Héctor Faundez, El Derecho a la libertad y seguridad personal; DANIEL O'DONNELL, PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (1988).

qué cosa es la libertad para evitar confusiones. En primer lugar, la libertad no es un ideal puro y abstracto<sup>19</sup>, y no nos interesa si se trata o no de algo inherente al hombre<sup>20</sup>; lo único que nos interesa es que la libertad es indispensable para lograr la eficiencia y por ello es necesaria para el bienestar de los individuos. La única libertad que vemos como verdadera e indispensable es la libertad del mercado, entendida como libertad de información<sup>21</sup> y libertad de decisión. Esta libertad del mercado es lo único importante y cualquier investigación sobre el rol del Estado debe tomarla en cuenta como un principio fundamental.

El establecer un objetivo proteccionista para el Estado con un complicado sistema de regulación estatal atenta contra la libertad, aunque se diga lo contrario. No puede haber defensa de la libertad tratando de proteger a determinados individuos; para este enfoque, toda protección en una sociedad de hombres libres no es sino una discriminación, aunque no se quiera ver esta realidad o se quiera ocultar su verdadero significado llamándola amablemente «protección».

El tratar de proteger a los individuos lleva exactamente a conseguir lo contrario, ya que la protección

conduce a ahondar las diferencias y a recortar la libertad individual.<sup>22</sup> En un sistema proteccionista y regulatorio, la actividad del Estado tiende a reemplazar las decisiones de los individuos en el mercado; es decir, la voluntad de los burócratas estatales reemplaza a la voluntad de los individuos con la consiguiente pérdida de libertad y de eficiencia. La libertad supone dejar a los individuos tomar sus propias decisiones en un mercado en el que hay libertad para conseguir la información necesaria, y supone también que los individuos se hagan responsables por sus propias decisiones y que asuman los riesgos derivados de esas decisiones.<sup>23</sup>

Debe tomarse en cuenta además, que los motivos para la protección estatal son derivados del propio interés de la Administración Estatal; es decir, los dirigentes del Estado se comportan también como maximizadores racionales de su propia utilidad -como es lógico-, y apuntan a obtener apoyo político con ciertas medidas proteccionistas a favor de algunos grupos de presión, entre ellos, las industrias.<sup>24</sup>

Nadie puede asegurar que los funcionarios estatales que se encargan de diseñar el sistema regulatorio

---

<sup>19</sup> Como afirmé antes, según Hegel, si perseguimos un ideal puro solamente conseguiremos exactamente lo contrario. Así, si buscamos la libertad absoluta, encontraremos únicamente el terror absoluto.

<sup>20</sup> No afirmo ni niego la existencia de una libertad natural como derecho natural e inherente al hombre. Simplemente pienso que es irrelevante hacerse la pregunta sobre su existencia porque jamás se podrá demostrar científicamente su existencia al ser un ideal puro y abstracto. Sobre la libertad natural Ver, *Encyclopédie. Liberté Naturelle*, en *TEXTOS FUNDAMENTALES PARA LA HISTORIA* 408 (Miguel Artola ed., 1979)

<sup>21</sup> Al decir Libertad de Información me refiero a la posibilidad de obtener información en el mercado como base de datos necesaria para tomar decisiones adecuadas. Nadie debe poner obstáculos a la libre circulación de información, ni el Estado ni los individuos. No me estoy refiriendo al clásico derecho a la información, el cual es un derecho político, sino a una libertad esencial para el funcionamiento eficiente del mercado. Para mayor información sobre el derecho a la información como derecho político Ver, Enrique Ferrando, *El Derecho a la información*, 32 *THEMIS* 81 (1995).

<sup>22</sup> Esta idea la recojo de Richard A. Epstein, *Caste and the Civil Rights Laws: From Jim Crow to Same-Sex Marriages*, 92 *MICH.L.REV.* 2456-2478 (1994).

Algunos apuntes posteriores sobre matrimonios entre personas del mismo sexo y sus consecuencias jurídicas en los Estados Unidos pueden verse en: David L. Chambers, *What if? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples*, 95 *MICH.L.REV.* 447-491 (1996). Este último ensayo contiene una interesante información en el sentido que el Congreso de los Estados Unidos ha establecido en la «Defense of Marriage Act» que todas las disposiciones que favorecen a los casados deben entenderse como referidas a parejas de sexo opuesto.

<sup>23</sup> Esta es una simple cuestión de riesgos y seguros en la toma de decisiones en un mercado libre. Para mí, asumir un sistema proteccionista y regulatorio equivale a adoptar un sistema de seguros obligatorios para accidentes de tránsito: el resultado es igualmente ineficiente en ambos casos. Sobre riesgo y seguro ver, e.g., COOTER & ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 463-472; POLINSKY, *supra* nota 44, en 68-73.

<sup>24</sup> Sobre este tema consultar: Gary S. Becker, *Public Policies, Pressure Groups and Dead Weight Costs*, en *CHICAGO STUDIES IN POLITICAL ECONOMY* 85 (George J. Stigler ed., 1988); Arye L. Hillman, *Declining Industries and Political-Support Protectionist Motives*, 72 *AM.ECON.REV.* (1982); George J. Stigler, *Director's Law of Public Income Redistribution*, en *CHICAGO STUDIES IN POLITICAL ECONOMY* 106 (George J. Stigler ed., 1988); George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, en *CHICAGO STUDIES IN POLITICAL ECONOMY* 209 (George J. Stigler ed., 1988).

También, Carta de Arye L. Hillman, William Gittes Professor of International Economics, Bar-Ilan University, a Carlos R. Noda, Presidente, Asociación Civil Derecho & Sociedad (Febrero 2, 1997) (en el archivo del autor).

saben realmente qué es lo que le conviene a cada individuo en cada uno de los momentos de la vida. Incluso, los funcionarios estatales al pretender obtener apoyo político de los grupos de presión pueden dar una medida que no se ajusta realmente a los intereses de esos grupos de presión. Los funcionarios estatales, como maximizadores racionales de su propia utilidad pueden considerar que una decisión en favor de determinada norma regulatoria se ajusta a su interés que en este caso es la satisfacción de sus valores morales -algo que sería raro pero que sirve como ejemplo-, sin embargo, nada garantiza que esos valores morales sean compartidos por toda la población<sup>25</sup>; imponer esos valores morales a toda la población solamente puede significar una cosa: un serio recorte a la libertad. La libertad exige que no se tomen en cuenta valores morales ni objetivos proteccionistas derivados de grupos de presión, la libertad requiere que se deje a los individuos tomar sus decisiones en el mercado de acuerdo a la información que poseen, y que se les deje la posibilidad de equivocarse bajo su propia responsabilidad.

Tenemos algo más que decir sobre la moral y el mercado. Sostenemos que cuando los individuos toman decisiones guiados por principios morales en realidad están haciendo un cálculo costo-beneficio sobre los beneficios que les puede traer el que los demás se den cuenta que ellos tienen valores morales -el beneficio de presentarse como una persona íntegra. Esta utilización de la moral como parte del mercado es mucho más fuerte y clara en los políticos, quienes no quieren dar la impresión de ser sujetos corruptos o inmorales, todo lo contrario, los políticos quieren que se les reconozca como individuos insobornables y absolutamente íntegros.

Algunas decisiones que pueden parecer alejadas del óptimo de eficiencia de Pareto, o que incluso pueden parecer irracionales a primera vista, se pueden

explicar por la utilización de la moral como una herramienta para obtener beneficios personales. La moral es una herramienta más para obtener ventajas personales, sobre todo en el terreno de la política, por ello, nos gustaría definirla como un producto más que está disponible en el mercado de la política, para todo aquél que quiera -y sepa- utilizarlo.<sup>26</sup>

En realidad, creemos que casi toda intervención o regulación estatal es negativa, y por lo tanto, inconveniente; no solamente por el recorte de la libertad individual que significa el proteccionismo, sino -y esto es muy importante- porque la intervención estatal, en vez de solucionar los problemas, muchas veces los agrava, como en el caso del ejemplo de las viviendas anteriormente propuesto. No es un rol apropiado para el Estado el proteger a los ciudadanos de las vicisitudes normales de la libre competencia; por ello, el control de tarifas, las limitaciones al libre acceso al mercado de trabajo, los subsidios, las expropiaciones, y la propiedad o el control por parte del gobierno de la banca y de otras empresas, deben ser evitados en general a toda costa.<sup>27</sup>

Aún con todas sus imperfecciones, el mercado es el lugar donde los individuos se encuentran mejor protegidos debido a su propia capacidad; la intervención del Estado, por aspirar a un ideal perfecto y tratar de corregir las imperfecciones del mercado en cada momento, lo único que logra es exactamente lo contrario, es decir, agravar los problemas y perjudicar realmente a todos los individuos. Se debe ser muy cuidadoso al momento de establecer en qué momento los beneficios de la intervención estatal son superiores a los beneficios de su no intervención; particularmente estamos convencidos que los únicos momentos en que la intervención estatal es conveniente son cuando se asignan las titularidades es forma simple y clara, cuando se delinear las reglas simples y claras del Derecho de Contratos<sup>28</sup>, y cuando se

<sup>25</sup> Lo más seguro es que esos valores morales no sean compartidos por toda la población. La historia de la ética refleja distintos sistemas de valores, incluso ahora algunos filósofos dejan de lado a la idea de Autonomía kantiana -como autofundamentación- y quieren hablar de fundamentación moral en base a la alteridad -la heteronomía. Sobre heteronomía Ver, Emmanuel Levinas, La filosofía y la idea del infinito, 3 REVUE DE METAPHYSIQUE ET DE MORALE (1957).

<sup>26</sup> Ideas similares están contenidas en: Bruno S. Frey et al., The Old Lady Visits Your Backyard: A Tale of Morals and Markets, 104 J.POL.ECON. 1297 (1996).

<sup>27</sup> Carta de Richard A. Posner, Chief Judge, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, a Carlos R. Noda, Presidente, Asociación Civil Derecho & Sociedad (Enero 30, 1997) (en el archivo del autor).

<sup>28</sup> El rol del Derecho de Contratos es muy importante en el desarrollo de un mercado eficiente; este Derecho de Contratos no puede ser excesivamente regulador, sino que debe ser simple, claro, práctico, y sobre todo útil para agilizar las transacciones. El Derecho de Contratos, al igual que todo el Derecho, debe despojarse de todo tipo de proteccionismo y dedicarse únicamente a facilitar el funcionamiento a menor costo de un mercado eficiente que permita la asignación de los recursos escasos a su mejor uso. Sobre Derecho de Contratos ver, Eduardo Benavides, La contratación moderna y el Código Civil peruano, 12 IUS ET VERITAS 27 (1996); Eduardo Benavides, Contratación moderna e inversión extranjera en el Perú, 33 THEMIS 31 (1996); ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, supra nota 37, en 89-134.

asegura el respeto de las titularidades asignadas y el cumplimiento de la ley y los contratos.

Creemos que todo lo demás debe estar en manos del mercado. El Estado debe, por supuesto, proteger a sus ciudadanos de las amenazas a la seguridad externa e interna; un Estado demasiado limitado es lo que los liberales ingleses del siglo XIX como John Stuart Mill y Herbert Spencer llamaban «Estado Policía» -básicamente un Estado que solamente se dedicaba a evitar la violencia. No propugnamos la vuelta al Estado Policía, esto debe tenerse en cuenta; un Estado guiado por el objetivo de la maximización de la eficiencia se asemeja bastante al Estado Policía pero debe ser algo más activo.

Un Estado basado en la eficiencia como el que propugnamos, debe proteger los derechos de propiedad intelectual, asegurar el cumplimiento de los contratos, proveer soluciones contra la contaminación y otras externalidades dañinas -como en nuestro ejemplo de los humos-, prevenir la cartelización privada de la economía, etc. Estas actividades gubernamentales no deben ser calificadas jamás como proteccionistas, pues ellas se adaptan perfectamente con el teorema de Coase.<sup>29</sup>

El Estado no debe entrar a establecer prohibiciones a las transacciones o reglas de inalienabilidad en base a supuestos principios morales, porque hacer esto significaría un atentado gravísimo contra la libertad. ¿Quién dice que esos principios morales son válidos para todos? No es posible absolutizar las cosas y tratar de hacer que todos piensen lo mismo; hacerlo es entrar en el campo de la intolerancia y la discriminación, en resumen, se trataría de la muerte de la democracia.

El proteccionismo y la regulación estatal tienen además el inconveniente de crear costos sociales que no se traducen en ningún beneficio para los individuos que componen la sociedad, en otras palabras, un sistema proteccionista y de regulación estatal -salarios mínimos, estabilidad laboral, precios controlados, monopolios estatales y privados de los «servicios

públicos» y de las «industrias estratégicas»- solamente conduce al desperdicio, y en un mundo con recursos escasos como el nuestro, esto es ineficiente y, por ende, injusto.<sup>30</sup>

Eficiencia y libertad se encuentran íntimamente ligadas, ambas se encuentran en la base de un Estado democrático que permita el bienestar de los individuos. El verdadero rol del Estado debe estar marcado por la eficiencia como criterio científico, y para lograr ese objetivo de eficiencia se requiere respetar la libertad individual; los hombres no debemos sentirnos disminuidos y esperar el amparo y la protección del Estado; debemos confiar en nuestras propias energías creativas y salir a competir en el mercado. Lo único que podemos esperar del Estado es que establezca reglas claras<sup>31</sup> y las haga cumplir para permitir el funcionamiento de un mercado eficiente, en donde cada cual tendrá la posibilidad de maximizar racionalmente su propia utilidad de acuerdo a sus posibilidades.

No existe algo llamado protección estatal, la única protección efectiva que existe en este mundo es la protección del mercado eficiente.

Estamos convencidos que las críticas realizadas al objetivo de eficiencia<sup>32</sup> han sido desvirtuadas con esta información, lo que hará ver a los individuos que es más conveniente un Estado que permita el libre mercado que un Estado proteccionista y regulador.

#### IV. A MANERA DE CONCLUSION

A lo largo de todo este ensayo pensamos haber sentado las bases para concluir en este momento que el objetivo de todo, absolutamente todo -el individuo, el Estado, y el Derecho- es la eficiencia. Una eficiencia que puede ser concebida y medida científicamente según el óptimo de Pareto, una eficiencia que se encuentra realmente al servicio de los individuos, pues les permite maximizar racionalmente su propia utilidad, y finalmente les permite llegar a la justicia y equi-

<sup>29</sup> Carta de Richard A. Posner, Chief Judge, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, a Carlos R. Noda, Presidente, Asociación Civil Derecho & Sociedad (Enero 30, 1997) (en el archivo del autor).

<sup>30</sup> Richard A. Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 J.POL.ECON. 807-827 (1975).

<sup>31</sup> Entre estas reglas claras se encuentran básicamente los derechos de propiedad. Al respecto véase: Harold Demsetz, *Hacia una Teoría General de los Derechos de Propiedad*, INFORMACION COMERCIAL ESPAÑOLA 59-66 (1980); Anthony Ogus, *Property Rights and Freedom of Economic Activity*, en CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS: THE INFLUENCE OF THE UNITED STATES CONSTITUTION ABROAD 125 (Louis Henkin & Albert Rosenthal eds., 1990).

<sup>32</sup> Entre estas críticas, ver, Michael Elliot, *Going Home*, NEWSWEEK, Jan.6, 1997, en 14.

dad concretas -no ideales ni perfectas- dentro de lo posible en un mundo imperfecto y con recursos escasos como el nuestro.

Los individuos son interesados y tratan de maximizar su bienestar, el comportamiento de los individuos es racional en este sentido.<sup>33</sup> Según esto, los individuos siempre quieren mayores beneficios personales, pero la consecución de estos beneficios personales puede llevar a la aparición de costos sociales mayores que se configuren como externalidades, es decir, costos no asumidos por el agente productor.<sup>34</sup>

Como cada individuo busca lograr mayores beneficios y como no asume los costos de sus acciones, entonces estos costos serán asumidos por la sociedad, es decir, por el resto de individuos; y así sucederá con cada individuo, lo que trae inseguridad, insatisfacción y finalmente conflicto. Estaríamos llegando a lo que Hobbes llama el estado de naturaleza, en el que los hombres luchan a muerte por conseguir lo que quieren.<sup>35</sup>

Pero, como hemos dicho que los individuos son interesados y tratan de maximizar su bienestar, pronto se darán cuenta de que la solución de un estado de naturaleza es ineficiente<sup>36</sup>, los costos sociales claramente superan a los beneficios personales obtenidos, reina la inseguridad y la anarquía, nadie puede vivir en paz y no existe la legalidad. Los hombres deciden pasar a una organización más eficiente, en donde se internalicen las externalidades.

La internalización lleva a los individuos a tener en consideración los efectos que generan sus actos, lo que va a derivar en un resultado finalmente eficiente si los individuos se comportan racionalmente.<sup>37</sup> Es en este momento en que aparece el derecho como conjunto de reglas para lograr la internalización de externalidades, y aparece junto con él, el Estado, como ente garantizador del cumplimiento de ese conjunto de reglas. Así pues, la existencia del Estado es esencial para el crecimiento económico.

Vemos que el Estado existe para servir a los individuos y ayudarlos a conseguir la maximización de sus beneficios, es decir, para ayudarlos a ser eficientes. El surgimiento del Estado está relacionado de manera muy especial con el surgimiento de los derechos de propiedad; el tránsito de la sociedad primitiva -basada en lazos de parentesco- al nuevo tipo de organización social representado por el Estado no puede ser entendido prescindiendo de los derechos de propiedad.<sup>38</sup>

También sabemos que el Estado tiene un objetivo final que es permitir el funcionamiento de un mercado eficiente donde se logre el desarrollo, lo que justamente es lo mismo que conseguir la maximización del bienestar de su población. Comprobamos entonces que hay una identidad de objetivos del Estado y de los individuos, y que un Estado eficiente logrará la eficiencia de sus pobladores. Pero, ¿qué sucede si el Estado no es eficiente? En este punto empiezan los problemas.

Debemos recordar que un Estado maximizador de los beneficios tiene tres características esenciales: Primero, el Estado intercambia un grupo de servicios denominados protección y justicia, por rentas.<sup>39</sup> Esto es lo que denominamos la función garantizadora del derecho por parte del Estado. Segundo, el Estado intenta actuar como un monopolista discriminador para maximizar su renta, separando cada grupo de gobernados e ideando derechos de propiedad para cada uno de ellos. Tercero, el Estado está limitado por el coste de oportunidad de sus gobernados, ya que siempre existen rivales potenciales para ofrecer la misma clase de servicios.<sup>40</sup>

Cuando el Estado es ineficiente, seguirá cobrando rentas y seguirá intentando maximizarlas, pero no brindará los servicios de protección y justicia, habrá dejado de cumplir su función garantizadora del derecho. La ausencia de la función garantizadora del Estado hace que los individuos vuelvan al estado de naturaleza,

<sup>33</sup> PASTOR, *supra* nota 37, en 157-158.

<sup>34</sup> Un mundo sin propiedad, *supra* nota 48, en 132.

<sup>35</sup> THOMAS HOBBS, LEVIATAN, O LA MATERIA, FORMA Y PODER DE UNA REPUBLICA ECLESIASTICA Y CIVIL 100-117, 137-141 (2a ed., 1984).

<sup>36</sup> Entendiendo por eficiencia toda situación en que lo que puede mejorar alguien es más que lo que han de empeorar otras personas para ello. Ver, PASTOR, *supra* nota 37, en 158.

<sup>37</sup> Un mundo sin propiedad, *supra* nota 48, en 133.

<sup>38</sup> Ver, L.A. WHITE, LA CIENCIA DE LA CULTURA.

<sup>39</sup> NORTH, *supra* nota 12, en 38.

<sup>40</sup> *Id.*, en 39.

con el agravante de que ahora tenemos a un Estado que cobra a cambio de nada. A los individuos no les sirve de nada este Estado ineficiente, por el contrario, los perjudica, pues en vez de ser un agente promotor de seguridad jurídica crea inseguridad. Esta situación es a todas luces ineficiente y deslegítima al Estado, hace entrar en juego la tercera característica del Estado: la limitación por el coste de oportunidad de sus gobernados.

Según Hermann Heller, en cuanto se pierde la fe en la legitimidad de la existencia del Estado concreto o del Estado como institución, puede estimarse que ha llegado su fin, ya sea para el pueblo del Estado, ya para el correspondiente círculo de cultura, ya incluso para toda la humanidad. En este sentido el Estado vive de su justificación.<sup>41</sup>

Los individuos pierden la fe en el Estado y van abandonándolo paulatinamente conforme toman conciencia que es un estorbo y no una solución. La falta de apoyo al Estado hace que este obtenga cada vez menores recursos para satisfacer sus necesidades y brindar los pocos servicios que aún da; para intentar llenar este vacío, el Estado aumenta las cargas sobre sus ciudadanos, quienes sienten rechazo hacia esta actitud y buscan escapar a ella en mayor número; la consecuencia es menores ingresos para el Estado, mayor ineficiencia, menores beneficios y mayor inseguridad. Todo este proceso se va autorreplicando hasta llegar a lo inevitable: el colapso del Estado.

El colapso del Imperio Romano es una interesante prueba de esta teoría, pues hacia el siglo V, cuando el Estado Romano se hizo inservible y los costos de su existencia eran mayores que los beneficios que otorgaba, sucedió lo que tenía que suceder: la caída del Imperio Romano.<sup>42</sup>

Un ejemplo más cercano puede encontrarse analizando la historia de la independencia del Perú. La aparente lealtad que mostraba la población del virreinato del Perú a la metrópoli española fue producto de la información existente en la época que hacía ver a los

habitantes del virreinato que pertenecer al Imperio Español era más conveniente que ser independientes. Cuando se dieron cuenta que el Imperio Español no podía protegerlos y darles beneficios, decidieron prescindir de él, y apoyar la causa de la independencia.<sup>43</sup>

Pensamos que el fin o rol del Estado y del Derecho debe ser permitir la maximización racional de la utilidad de los individuos, y que la única forma de conseguir esto es apuntar a la eficiencia.

El rol del Estado y del Derecho no puede ser proteger o apuntar hacia nociones abstractas como bien común o voluntad general, pues estas son nociones vacías e ideales, que no se sabe bien qué son o qué cosa contienen. A la vez son nociones muy peligrosas, pues al ser tan amplias e imposibles de medir científicamente, cada quien puede utilizarlas a su antojo; además, existe un peligro adicional: que al tratar de conseguir el ideal puro no consigamos sino exactamente lo contrario, porque para llegar al ideal puro tendríamos que destruir todo lo fenoménico -lo existente en la realidad-, generando una escalada de terror.

La eficiencia, en cambio, es algo concreto que puede ser perseguido sin verse como un ideal abstracto, es un objetivo que se va logrando cada día y que sabemos no llegaremos a perfeccionar jamás; ya que lo perfecto no existe sino en el Paraíso, y nosotros vivimos en un mundo imperfecto. Esta es justamente la clave del progreso y del desarrollo: la certeza de saber que debemos esforzarnos cada día por ser más eficientes para maximizar racionalmente nuestra propia utilidad, y que el camino de la eficiencia es un camino sin fin por el que se debe trabajar cada día, y que siempre será una meta por alcanzar.

Al no ser un ideal puro y abstracto, la eficiencia no destruye todo lo existente en la realidad; sino que lo analiza y aprovecha lo que le conviene, y sólo desecha lo inconveniente, no mediante la imposición, sino mediante el uso de la información y la libertad de los individuos.

<sup>41</sup> HELLER, supra nota 12, en 235.

<sup>42</sup> Este razonamiento es utilizado, junto con otras variables, para explicar la crisis del Imperio Romano. Ver, M.I. FINLEY, ASPECTOS DE LA ANTIGUEDAD. LA POBLACION Y EL OCASO DE ROMA; NORTH, supra nota 12, en 142-144; ROGER REMONDON, LA CRISIS DEL IMPERIO ROMANO: DE MARCO AURELIO A ANASTASIO (1967).

<sup>43</sup> Tal vez se trató de una mala lectura de la información disponible, de falta de información que condujo a una mala decisión que prolongó la guerra de manera innecesaria. Lo real es que se trató de un análisis costo-beneficio para decidir entre la subsistencia del Estado llamado Imperio Español y el nacimiento de un nuevo Estado llamado Perú. Ver, ANNA, supra, nota 1.

El postulado de la eficiencia realza sobremanera la dignidad concreta y efectiva del hombre, pues se basa en su racionalidad y su falta de necesidad de protección; asume que con una adecuada información, el hombre libremente decidirá lo que más le conviene con un análisis racional costo-beneficio. Toda decisión es producto del intento del individuo de conseguir un objeto preferido establemente por él, las diferencias entre las decisiones de distintos individuos y de distintos momentos para los mismos individuos, se explican por los precios y otros factores de producción de los objetos preferidos.

No significa que las preferencias varíen sino que los costes de producir los objetos preferidos varían. Una de las formas de hacer que los costes disminuyan o adquieran su real dimensión es mediante la adecuada alimentación de información al mercado. En un mercado eficiente, los individuos tomarán las decisiones más eficientes en base a la información adecuada y a su libertad individual.

El rol del Estado y del Derecho se resume en intervenir cuando su intervención sirva para lograr un mercado eficiente, es decir, cuando los beneficios de su intervención sean mayores que los de su no intervención.

El Derecho es el instrumento que tiene el Estado para establecer reglas claras, simples y eficientes para permitir el funcionamiento de un mercado eficiente, a través de la garantía de la libertad individual y la asignación de titularidades a los individuos. En el esquema individualista, la libertad de los individuos y la información tienen un papel fundamental, y su salvaguarda es el motivo final para la existencia del Estado y del Derecho.

El Estado y el Derecho existen porque sirven para conseguir un mercado eficiente en donde los individuos puedan maximizar racionalmente su propia utilidad; para que el Estado y el Derecho cumplan su función es necesario que tengan como objetivo a la eficiencia. <sup>[15]</sup>