

LA ELECCION COLECTIVA Y EL ANALISIS ECONOMICO DE LOS PROCESOS POLITICOS*

Enrique Felices Saavedra
Bachiller en Derecho
Ex-Miembro del Comité Directivo de
THÉMIS - Revista de Derecho

INTRODUCCION

El análisis de la actividad del Estado y de su estructura institucional, así como los estudios constitucionales en general, han permanecido históricamente al margen de todo enfoque que comprendiera la utilización de variables microeconómicas. La relativa indiferencia prestada a los temas mencionados puede atribuirse, como señala James Buchanan¹, a algunos factores que afectaron el desarrollo inicial de la teoría económica hace poco más de dos siglos: puede decirse que para los economistas ingleses clásicos la noción del Estado como ente productivo era prácticamente inexistente y que, a partir de este principio comúnmente admitido en la época, resultaba una consecuencia lógica la muy limitada atención prestada al estudio de su actividad económica. Inglaterra, asimismo, vivía influenciada por las concepciones del pensamiento utilitarista de Bentham, lo cual significaba en la práctica agregar al desinterés por el papel económico del Estado, la creencia de que la política gubernativa debía regirse por patrones paternalistas y objetivos idealizados. Con seguridad, era en Gran Bretaña donde —en palabras del mismo autor²— podía encontrarse más extendida la romántica creencia de que el Estado trata solamente de hacer el bien en un sentido benthamiano, vagamente definido e incluso, la hipótesis de que el Gobierno puede, por el solo

Sin duda, el fenómeno de la escasez de recursos exige una asignación eficiente de los mismos. Para Enrique Felices, esta afirmación no es sólo aplicable a la esfera económica y tampoco se limita a ciertas áreas del Derecho: la eficiencia y sus presupuestos también brindan las pautas para el análisis de procesos políticos como la formación de constituciones, en los que se realizan las llamadas elecciones colectivas. Un buen ejemplo resulta precisamente el proceso que dio origen a la Constitución norteamericana de 1789, que el autor analiza tomando en cuenta los diferentes grupos de interés existentes en dicho momento en los Estados Unidos.

* A Mariela y a los buenos amigos.

Nuestro agradecimiento al Doctor Alberto Bustamante B. por sus comentarios sobre el presente artículo.

¹ Ver: BUCHANAN, James M. "De las Preferencias Privadas a la Filosofía Pública: el Desarrollo de la Elección Pública". En: *Lecturas sobre la Libertad*, n° 12. Pro-Desarrollo, Lima, 1989. pp. 1-17.

² BUCHANAN, James M. *Op. cit.* p.2.

hecho de ser tal, cumplir la mayor parte de lo que se ha propuesto hacer. La vigencia de esta suerte de idealismo político dio lugar a que las iniciativas intelectuales de la época se apartaran de la Economía Política y se concentraran en el terreno de la Economía Privada, incrementándose por consiguiente el caudal de los estudios económicos dirigidos hacia el comportamiento privado de los individuos y disminuyéndose el relativo a la actuación pública de los mismos, en la acepción más amplia de esta expresión.

Con el transcurso del tiempo, sin embargo, algunos criterios clásicos del análisis económico se han modificado sustancialmente, ocasionando que la situación antes descrita haya variado y que, para ciertos casos, un instrumento de análisis aplicado exclusivamente a la actividad privada como es la microeconomía, haya extendido los efectos de su incidencia hacia ámbitos distintos a los comprendidos en las relaciones entre la producción y el consumo que constituían el interés principal de la economía clásica; por ejemplo, la actividad estatal, la administración de justicia, y para el caso del presente trabajo, los procesos políticos. A este respecto, además, es importante apreciar cómo la brecha que separaba a la macro y microeconomía -dentro de sus acepciones clásicas-, ha ido reduciéndose gradualmente al punto que hoy la segunda constituye, con relación a la primera, un referente casi obligatorio de comprobación teórica.

En este mismo sentido, durante las últimas décadas hemos presenciado el advenimiento de un método de estudio cuya aplicación ha implicado que los fenómenos jurídicos sean apreciados desde una perspectiva totalmente distinta a la tradicional. Este innovador enfoque ha sido denominado el Nuevo Análisis Económico del Derecho y se caracteriza principalmente por utilizar los instrumentos propios del análisis microeconómico para

el develamiento de las virtudes e imperfecciones que, en todos sus niveles, comporta un sistema legal. De esta manera, por la propia naturaleza de su orientación, el Análisis Económico del Derecho otorga prioridad a la eficiencia³ como valor fundamental en las relaciones jurídicas y busca que las decisiones que competen al Derecho, sobre todo las que se refieren a la asignación y distribución de los recursos, sean efectuadas con la mayor sujeción posible a dicho valor. Aunque el desarrollo de este nuevo enfoque no ha tenido una evolución homogénea -en términos de los temas que se han incorporado a su análisis o de las distintas tendencias que sobre el mismo se han formado-, no es posible desconocer el papel preponderante que cumple hoy en el estudio de los fenómenos jurídicos.

Si prestamos atención al efecto generado por el Análisis Económico del Derecho desde su origen en el año 1960⁴, podremos observar cómo se ha producido con el transcurso del tiempo una suerte de ampliación de su espectro de incidencia inicial. Lentamente primero, y luego con una intensidad inusual, el enfoque económico se ha ido incorporando a los más variados campos de la ciencia jurídica. Como consecuencia de esta expansión, figuras del Derecho Privado tales como los derechos de propiedad, los contratos, la responsabilidad civil, la regulación ambiental, la legislación antimonopólica, el derecho tributario, etc., y muchas otras que corresponden a la esfera del Derecho Público han sido contempladas cada vez más con este nuevo enfoque.

No obstante lo anterior, la materia constitucional no ha recogido la influencia de la interpretación económica con la misma intensidad que se puede apreciar en otras ramas del Derecho. Esto no significa que en la realidad, y así lo refiere Ulen⁵, los fenómenos constitucionales no hayan sido observados desde la perspectiva del análisis económi-

³ Este concepto nos será de utilidad a lo largo del trabajo, por lo que conviene precisarlo. La eficiencia, en términos simples, está referida a la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de la misma. En la medida en que los beneficios agregados sean mayores que los costos agregados nos encontraremos frente a un caso de eficiencia. Esta definición (tomada de POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 2ª ed. Little, Brown & Co., 1989, p. 7), sin embargo, no coincide plenamente con lo que se conoce como el "Óptimo de Pareto". Una situación es eficiente, en términos de Pareto, si no resulta posible mejorar la condición de un determinado sujeto sin que se produzca un desmedro en la de otro. En este sentido, el Óptimo de Pareto representa el mayor grado posible de eficiencia social, en donde todos los recursos se encuentran asignados a sus usos más valiosos o útiles y, por lo tanto, más eficientes.

⁴ Suele entenderse que el Nuevo Análisis Económico del Derecho tuvo como fecha de nacimiento el año de 1960, debido a que en dicho año fue publicado el precursor trabajo de Ronald H. Coase titulado "The Problem of Social Cost". (En: *The Journal of Law and Economics*, n° 3. The University of Chicago Press, Chicago, octubre de 1960, p. 1-44).

⁵ ULEN, Thomas S. "An Economic Appreciation of the Bill of Rights: the Limits and Potential of Law and Economics in Discussing Constitutional Issues". En: *University of Illinois Law Review*, n° 1, vol. 1992, p. 190.

co⁶; ocurre simplemente que, a diferencia de aquellas ramas, el volumen de los estudios económicos sobre el tema de Constitución no ha sido tan grande; aunque no por ello merezca ser calificado en términos de menor importancia. Sin lugar a dudas, dentro de las distintas corrientes del análisis económico que intentan interpretar la actuación estatal y los fenómenos políticos, la de mayor difusión es la de la Elección Pública o del *Public Choice*, establecida en torno al Virginia Polytechnic Institute y desarrollada principalmente por James M. Buchanan. La Elección Pública constituye, por lo tanto, un intento sistemático para extender el campo de aplicación de los métodos propios de la teoría económica hacia la esfera de valoración de las opciones políticas o gubernamentales.

Con el presente trabajo lo que se intenta es analizar, desde una perspectiva fundamentalmente económica, el proceso político a través del cual se elabora una Constitución; y para ello, será de gran utilidad el aporte del Análisis Económico del Derecho y de algunos de los postulados que provee la escuela de la Elección Pública. La secuencia que define la estructura del artículo podría ser expuesta de la siguiente manera: la primera parte se encuentra dedicada a la descripción de un conjunto de presupuestos económicos sobre la base de los cuales se construirá nuestro modelo de análisis. Con este fin, desarrollaremos conceptos tales como los del Individualismo Metodológico, la racionalidad, el costo de oportunidad, entre otros; al tiempo que incidiremos sobre la noción de la escasez, la cual constituirá -de alguna manera- el hilo conductor de todo el artículo. Dentro de esta parte, asimismo, mostraremos algunos ejemplos sobre las respuestas que ha creado el Derecho para hacer frente precisamente al problema de la escasez.

La segunda parte del trabajo se concentra en lo que corresponde propiamente el análisis económico de los procesos políticos y, de manera particular, en lo que se refiere a la elaboración de Constituciones Políticas. Para tal efecto, aplicare-

mos los presupuestos económicos que fueron previamente definidos con la finalidad de llamar la atención sobre la importancia que cumple el criterio de la eficiencia en la determinación de los puntos de partida de toda la sociedad. Más adelante, aunque desde la misma perspectiva, señalaremos los aspectos más saltantes de los procesos de elección colectiva, en especial cuando estos sean producto de la representación política. De esta manera, intentaremos mostrar que la elaboración de un texto constitucional se halla determinada por los grupos de interés que participan directa o indirectamente en la tarea legislativa, y que los valores que entran en juego en la realidad se encuentran en la mayor parte de las veces disociados de la justicia, la equidad y, en mayor grado, de la eficiencia. Por último, antes de expresar un comentario final, recurriremos a un estudio económico realizado en torno al proceso político de creación de la Constitución norteamericana de 1789, en el que se muestran algunos de los aspectos tratados aquí y que, a manera de ejemplo, puede resultar de utilidad para el caso peruano.

1. LOS PRESUPUESTOS DE UNA APROXIMACION ECONOMICA

1.1. La escasez: el problema de la elección y la asignación de los recursos

«Nuestras necesidades son pocas, pero nuestros deseos son ilimitados»⁷. En esta pequeña frase, encontrada en una inscripción dentro de una «galleta de la fortuna», se resume de manera muy simple la preocupación fundamental de la economía: la escasez. Por fenómenos que atañen a la capacidad y nivel de aspiraciones del ser humano y al medio en el que habita, la provisión de recursos disponibles en el mercado, sin importar cuán grande sea, será siempre insuficiente para satisfacer la demanda de bienes y servicios de los individuos⁸. Los recursos posibles de aprovechamiento son, de por sí, escasos; y los deseos y expectativas de los consumidores, como correlato, deben constreñirse a elegir dentro de un grupo limitado de posibilidades. Un consumidor, por ejemplo, debe

⁶ Una relación de trabajos sobre el tema, aunque sucinta, debería incluir los de BEARD, Charles A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Free Press, N.Y., 1913; BUCHANAN, James M. *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, 1991. *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, 1985 (con Geoffrey Brennan) y *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor Paperbacks. The University of Michigan Press, 1965 (con Gordon Tullock); HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation, and Liberty*, 1976; SIEGAN, Bernard H. *Economic Liberties and the Constitution*, 1980; ULEN, Thomas S. *Op. cit.*

⁷ "Our necessities are few, but our wants are endless". Frase tomada de BAUMOL, William J. y BLINDER, Alan S. *Economics. Principles and Policy*, 4ª. ed. Harcourt Brace Jovanovich, 1988. p. 34.

⁸ El término "recursos" debe ser entendido en su acepción más amplia, es decir, incluyendo bienes, servicios y derechos de toda clase (una casa, un brazo, el aire, la vida, el dinero, la libertad, etc).

cotejar las compras que desea efectuar con las posibilidades de gasto que le brinda un presupuesto restringido. Dentro de este cálculo, el consumidor no sólo tomará en cuenta cuáles son los bienes que desea adquirir, sino también cuántos de ellos puede efectivamente comprar; y, más importante aún, cuáles y cuántos bienes distintos al primero deberá dejar de comprar para así adquirir el deseado. De esta forma, los consumidores evalúan las posibilidades de gasto que tienen frente a sí y asignan sus recursos escasos a los fines que, en su opinión, les reporten más utilidades, es decir, a aquéllos que les representan la adquisición de un mayor valor por unidad monetaria. Este mismo razonamiento no sólo es aplicable a los individuos dentro de una estricta relación consumidor-productor, sino que alcanza a toda clase de sujetos que se encuentren frente a una situación que suponga la necesidad de elegir. Al igual que un consumidor cualquiera, un padre de familia deberá considerar cuáles son las opciones que debe privilegiar en su propio hogar a fin de que los recursos con los que cuenta sean asignados a cubrir de la mejor manera sus diversas necesidades, ya sea con respecto a la decisión de tener un hijo más o no, o con relación a la que implica aceptar un nuevo trabajo que conlleve desplazarse con su familia a otra ciudad. De la misma manera, un gobierno también se ve obligado a elegir sobre la base de un presupuesto limitado. El gobierno, en tal sentido, deberá cuidar de asignar cada porción disponible de su presupuesto fiscal a los fines que resulten socialmente más valiosos, efectuando el mismo tipo de cálculo que el realizado por el individuo, ya sea con relación a los bienes o servicios que adquiere de terceros, como con respecto a los que él mismo provee a la población: salud, educación, seguridad, etc.

En los ejemplos descritos en el párrafo anterior se ha enunciado algunas de las preguntas a las que se somete cualquier sujeto antes de tomar una decisión «económica», es decir, antes de elegir como se efectuará la asignación de sus recursos escasos al encontrarse frente a una serie de usos alternativos. De acuerdo con la teoría microeconómica, conviene tener presente que dichas interrogantes corresponderían a la ponderación de por lo menos tres variables específicas, como son: (i) la consideración de su propio nivel de ingreso, o dicho de otra forma, de sus posibilidades de gasto; (ii) la utilidad esperada del bien que desea adquirir, es

decir, los beneficios que en términos de satisfacción, le reportará el bien al consumidor; y, (iii) el costo de oportunidad de adquirir ese bien. No obstante ello, los criterios sobre la base de los cuales los sujetos eligen cómo asignar sus recursos están muy lejos de ser cerrados y taxativos; por lo demás, éstos suelen ser muy variados y estar condicionados por elementos tan disímiles como las creencias religiosas, los valores, el altruismo o el egoísmo. Para efectos del presente trabajo, reduciremos estos criterios a aquéllos que, a nuestro entender, representan el común denominador del comportamiento individual y que, pudiendo ser subsumidos dentro del concepto de racionalidad como veremos a continuación, serán establecidos como presupuestos del análisis económico para el desarrollo de nuestras ideas.

1.2. El individualismo metodológico, el comportamiento racional y el costo de oportunidad

Tal como lo hemos mencionado en la introducción, uno de los postulados de la Elección Pública que nos sería de especial utilidad era el del llamado «Individualismo Metodológico». Este término, acuñado por Buchanan y Tullock⁹, no indica otra cosa que la incorporación del comportamiento individual como el elemento central del modelo sobre el cual trabaja dicha Escuela. Se trata, en este sentido, de analizar todos los problemas bajo estudio en función del comportamiento de los individuos, en tanto que ellos constituyen la unidad mínima de la sociedad; la conducta de los grupos o de los entes colectivos, consecuentemente, sólo interesará en su calidad de resultado las conductas individuales que los componen. Es por esa razón que, por ejemplo, el análisis de problemas tales como los vinculados a la escasez y la asignación de los recursos, o los referidos a los procesos políticos y la elección colectiva -que veremos más adelante- lo haremos desde la perspectiva del individuo, teniendo en consideración la manera en que éstos los enfrentan en cada caso intentando maximizar sus propios beneficios. El comportamiento individual, entonces, será la premisa de la que partirá nuestro análisis.

Por otra parte, y como señalamos en la introducción, el análisis económico en tanto método de interpretación de la realidad, parte de un modelo construido sobre la base de una serie de presu-

⁹ BUCHANAN, James M. y TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor Paperbacks. The University of Michigan Press, 1965. p. 3. Como señalan los mismos autores, "la unidad de toma de decisiones es el individuo, quien, al mismo tiempo, efectúa las elecciones y constituye la entidad para la cual las elecciones se efectúan".

puestos o postulados relativos al comportamiento de los individuos (consumidores) y a las condiciones del mercado, en el que se privilegia como valor central el ya enunciado criterio de la eficiencia. La utilidad que puede alcanzar el modelo radica en la posibilidad de alternar, sobre el papel, una serie de comportamientos posibles ante condiciones determinantes y predecir, de esa manera, los efectos económicos que tales comportamientos reportarían en la realidad. Para los efectos que nos interesan, estableceremos un conjunto de presupuestos relativos a la conducta «económica» que se presentan a los individuos cuando éstos se encuentran frente a la necesidad de optar entre una serie de posibilidades¹⁰.

a. Los individuos son quienes mejor entienden lo que es más conveniente para su propio bienestar. Nadie está en mejor posición para saberlo, ni para determinar con mayor precisión el valor que para cada quién tiene las cosas. Este principio también es llamado de «soberanía del consumidor».

b. Los individuos buscan siempre la maximización de sus beneficios. Este comportamiento maximizador se evidencia cada vez que los sujetos deben llevar a cabo una elección. Para tal efecto, los individuos realizan un análisis de costos y beneficios, optando por la alternativa que mayores utilidades les reporte. Sobre la conducta maximizadora del individuo, para los efectos que conciernen a este trabajo, nos será indiferente si los intereses que motivan una determinada elección son altruistas, egoístas o incluso hedonistas. Lo único que nos importará será que, con prescindencia de la naturaleza de su interés, la persona

persiga la mayor satisfacción posible de éste.

Los dos postulados arriba mencionados pueden subsumirse dentro de uno más amplio que cabría denominar «comportamiento racional» y que forma el núcleo que caracteriza la conducta del individuo en sus relaciones económicas. Adicionalmente, existe un factor que también condiciona la elección final de los individuos que, como tal, debe incluirse en el postulado de la racionalidad. Nos referimos al principio del costo de oportunidad.

El costo de oportunidad parte también del reconocimiento de la escasez. Cuando se cuenta con recursos limitados, cualquier decisión dirigida a tener más de algo implica, simultáneamente una decisión relativa a tener menos de alguna otra cosa. A manera de ejemplo, supongamos que una persona -llamémosla Carlos-, desea adquirir una lavadora de ropa y una motocicleta al mismo tiempo, y que cuenta con un presupuesto lo suficientemente limitado como para impedirle comprar ambos bienes¹¹. Si Carlos decidiera comprar la lavadora de ropa, debería conformarse con mantener su condición de peatón y obtener los beneficios que le proporciona el vestir con pulcritud. Si por el contrario, adquiriese la motocicleta, conseguiría movilizarse con mayor celeridad, aunque tendría que contentarse con seguir vistiendo ropa sucia. Carlos no tendría una alternativa distinta (salvo, claro está, la de comprar la motocicleta teniendo en mente la idea de manejar tan rápido que la suciedad de su ropa no pueda ser advertida por los demás¹²). Lo que el ejemplo pretende mostrar es que, sin importar cuál de los dos bienes

¹⁰ Los dos presupuestos del Análisis Económico del Derecho que se encuentran desarrollados en el texto son los que, a nuestro juicio, resultan necesarios para los fines del trabajo. No obstante, el modelo supone además otras variables, las cuales podrían ser postuladas de la siguiente forma:

(i) Todos los recursos son pasibles de valoración dineraria. Este presupuesto tiene, evidentemente, una función metodológica, en tanto que permite establecer un común denominador -un "precio"- entre todos los recursos disponibles en el mercado. Sobre los recursos recordar lo expresado en la nota a pie de página n° 8.

(ii) El costo de redistribuir los recursos es igual a cero. Como el análisis privilegia el valor de la eficiencia, y en la medida en que un conflicto entre los valores de la eficiencia y la equidad alteraría el marco metodológico, el costo de llegar a un resultado "justo" vía la redistribución de los recursos no se presume costoso. El término "igual a cero", es meramente referencial y, como tal, debe ser conceptualizado simplemente como un costo lo suficientemente bajo como para no impedir la redistribución.

(iii) Las preferencias se presumen estables. Las preferencias de los individuos, sus "gustos", se presumen constantes. La utilidad de esta presunción radica en la posibilidad de "predecir" ciertas situaciones dependiendo de las variables que se vayan introduciendo en el modelo.

Para una ampliación al respecto, revisar: BECKER, Gary. "El Enfoque Económico del Comportamiento Humano". En: *Información Comercial Española*, no. 557, 1980, pp. 11-18. PASTOR, Santos. "Una introducción al Análisis Económico del Derecho". En: *Hacienda Pública Española*, n° 89, 1984, pp. 153-177.

¹¹ Para efectos del ejemplo, será necesario tener como cierto que Carlos necesita ambos bienes, y que la adquisición de cualquiera de ellos lo colocaría en una mejor posición que aquella en la que se encontraba; es decir, importaría que quedase colocado en una situación Pareto superior.

¹² Esta posibilidad, sin embargo, no tiene cabida en nuestro ejemplo. Nuestro amigo Carlos actúa racionalmente y entiende que, sin importar qué tanto y qué tan rápido maneje, siempre tendrá que llegar a un destino final poco grato.

sea el que finalmente adquiriera Carlos, siempre tomará en cuenta el valor -en términos de costos y beneficios- que para él representa el bien no elegido. Así, si optara por la motocicleta, el valor que ésta tendría no estaría determinado únicamente por su precio de mercado, sino por el valor de la lavadora (o las lavadoras, de ser el caso) que dejó de comprar para adquirirla; es decir, por el costo de la oportunidad no aprovechada. El costo de oportunidad de cualquier decisión es, entonces, el valor de la alternativa inmediatamente más beneficiosa que no ha sido elegida¹³.

El principio del costo de oportunidad, conjuntamente con los presupuestos antes mencionados, constituyen la base desde la cual los individuos eligen a partir de un conjunto de recursos que de por sí son escasos, y desde el reconocimiento de su propia restricción presupuestaria. En este sentido, tanto la conducta de los individuos como las decisiones económicas que se producen a cualquier nivel, estarán orientadas a asignar los recursos disponibles de la manera más eficiente posible, de forma tal que éstos recaigan sobre aquellos fines que permitan una mayor valoración de los mismos o que los provea de un grado de utilidad superior. En las líneas que a continuación siguen, intentaremos llamar la atención sobre el hecho de que la escasez no es un problema exclusivo de la Economía sino que, por el contrario, se encuentra íntimamente comprometida con el Derecho.

1.3. La escasez de recursos y las respuestas del Derecho

Hemos visto hasta aquí cómo el problema de la escasez constituye el eje alrededor del cual gira el estudio de la Economía. Aunque resulte menos aparente, la escasez tiene también una importancia fundamental en el Derecho, a tal punto que a partir de ella bien se puede justificar o comprender la existencia de instituciones centrales para nuestro sistema de Derecho como la propiedad o los contratos. Nos explicaremos brevemente.

La propiedad es, en efecto, una típica respuesta elaborada por el Derecho para hacer frente a la

realidad de la escasez; tanto así que si la provisión de bienes disponibles en el mercado fuese inagotable, la asignación de derechos de propiedad carecería de sentido. Asumamos, a manera de ejemplo, que los combustibles son bienes que se encuentran en cantidades ilimitadas en el mercado. En ese caso, no interesaría cuán grande fuera la demanda de combustible que se produjera en la sociedad, ni el nivel de consumo -en términos estrictamente económicos, claro está- de los individuos, toda vez que siempre se encontrarían cantidades suficientes de aquél para satisfacerlos. Si por el contrario, los combustibles fueran un recurso **escaso**, su demanda no podría ser satisfecha en un mismo nivel y un consumo indiscriminado de ellos conllevaría su rápido agotamiento.

Para que un bien sea considerado escaso debe cumplir básicamente con dos condiciones: debe ser un bien socialmente demandado, y al mismo tiempo, lo suficientemente limitado como para no satisfacer tal demanda. En un mundo real, los combustibles -como la mayor parte de los recursos- son evidentemente escasos. Si los derechos de propiedad no existieran, la provisión de estos recursos limitados se distribuiría únicamente en función a la ley del más fuerte. Así, la persona que se encontrase en la necesidad de obtener algunos galones de gasolina, por ejemplo, los conseguiría con seguridad arrebatándoselos a uno más débil, el cual sólo podría oponer al agresor su menor resistencia física. Si tenemos en cuenta que en su gran mayoría los recursos son escasos, podríamos darnos una idea de lo difícil que resultaría la convivencia en sociedad sin la propiedad.

Los derechos de propiedad, en este sentido, importan que no se produzca esta suerte de supremacía del más fuerte, por cuanto otorgan a ciertas personas un derecho de oponibilidad que les permite defenderse de los demás y aprovechar el bien de manera exclusiva¹⁴. Estos derechos resultan siendo, además, el mecanismo más eficaz para asegurar la libre circulación de los bienes a través del intercambio, lo que permite que los recursos escasos sean asignados a sus usos más eficientes.

¹³ Sobre el costo de oportunidad, ver: BAUMOL, William J. y BLINDER, Alan S. *Op. cit.* pp. 34-37.

¹⁴ La función de los derechos de propiedad, o lo que es lo mismo, las razones por las cuales se prefiere otorgar esta facultad de exclusión u oponibilidad a una o varias personas, pasa también por una decisión económica. Sin ánimo de desarrollar el tema, pues excedería los alcances del presente trabajo, diremos que la propiedad privada, a diferencia de la pública, genera en el individuo una serie de incentivos que son considerados deseables. De entre ellos, cabría destacar el relativo a la internalización de externalidades, en cuya virtud los individuos asumen directamente los costos y beneficios que derivan de su propia actividad. A mayor abundamiento, ver: BULLARD G., Alfredo. "Un Mundo sin Propiedad. Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble". En: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 45. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. pp. 131-157.

En lo que se refiere a los contratos sucede algo similar, toda vez que éstos sólo tienen sentido cuando las partes se encuentran frente a situaciones en las cuales los recursos son escasos. La contratación presupone siempre una necesidad, y al mismo tiempo, el reconocimiento de la imposibilidad de satisfacer dicha necesidad por medios propios. Si existiese en nuestro planeta -lo traemos a colación nuevamente- una provisión inagotable de recursos, la satisfacción de las carencias materiales de las personas se resolvería por libre albedrío, tomando cada quien los recursos que requiriese. Sin embargo, como los recursos son finitos, y en tanto existen mecanismos que hacen inviable la apropiación de ellos mediante el uso de la fuerza (los derechos de propiedad), la alternativa de los individuos se reduce a intercambiar sus recursos escasos entre sí, entregando alguno que le represente un menor valor -en términos de sus propios intereses- a cambio de uno que le sea más valioso.

Las figuras mencionadas -la propiedad y los contratos- no son las únicas que constituyen una respuesta frente a la realidad de la escasez. Hemos preferido recurrir a ellas porque son las que permiten apreciar en las condiciones más simples el fenómeno sobre el cual queríamos llamar la atención. No obstante, estas respuestas del Derecho se presentan -en mayor o menor grado- en muchas otras ramas y en las formas más diversas: cuando recurrimos a la Responsabilidad Civil Extracontractual con el fin de que se **compense** un daño sufrido que de por sí es **irreparable**; cuando comprobamos la irreversible depredación del ambiente y el consiguiente surgimiento de una nueva rama del Derecho; cuando, en el caso de la tributación, la sociedad **consiente** -al menos teóricamente- que una porción de su ingreso le sea periódicamente restada para ser asignada a la provisión de determinados bienes o servicios públicos que son colectivamente necesarios y que de otra manera no podrían ser proporcionados; y así sucesivamente.

2. EL ANALISIS ECONOMICO DE LOS PROCESOS POLITICOS

Hemos descrito en los párrafos precedentes, lo que a nuestro juicio constituye el proceso a través

del cual los individuos dan forma a sus decisiones cuando resulta necesario elegir entre diversas opciones. Este proceso de decisión, como vimos, importa para los sujetos la valoración -en términos de costos y beneficios- de una serie de variables de distinta clase e importancia, desde una perspectiva maximizadora al cabo de la cual deviene racionalmente la decisión de elegir la alternativa más eficiente a partir de un conjunto de recursos escasos. Mencionamos, también, que este particular proceso no es exclusivo de las decisiones que se toman en materias estrictamente económicas, sino que también se le observa en el campo del Derecho, dentro del cual algunos componentes fundamentales del sistema jurídico -como la propiedad y los contratos- tienen una existencia que se justifica básicamente por la escasez. Creemos, asimismo, que en un proceso político que tiene por fin la elaboración de un texto constitucional, el fenómeno de la escasez no debe pasar desapercibido.

2.1. Los puntos de partida y el criterio de eficiencia

El fenómeno que subyace en un texto constitucional, y de allí su gran importancia, es la definición de los **puntos de partida** de una determinada sociedad que en él se lleva a cabo. Definir esos puntos de partida importa, en términos económicos, efectuar una primera distribución de los recursos que se encuentran disponibles dentro de la sociedad (llámese nuevamente bienes, servicios, derechos, libertades, etc.), asignándolos a aquellos usos que se consideren «deseables» en términos de los criterios que, dependiendo del caso, busquen privilegiar los legisladores. En este sentido, tal definición sentará las bases sobre las cuales los individuos y la sociedad se desarrollarán y desarrollarán.

Por lo general, se ha entendido que en la elaboración de una Constitución se debe privilegiar, por encima de otros criterios, el valor de la equidad o el sentido de la justicia¹⁵; y, a partir de ello, se ha procurado establecer en las Constituciones la declaración de una serie de objetivos programáticos orientados a hacer primar precisamente estos valores. Incluso algunos economistas, como Ulen¹⁶ y los seguidores del *Welfare Economics* -o Economía

¹⁵ Equidad y justicia son términos que utilizaremos indistintamente. Ellos se refieren, dentro de una concepción estrictamente económica, a la manera en que se encuentra distribuido el ingreso entre los individuos. De esta forma, cuando la brecha entre las porciones de ingreso que perciben los individuos en la sociedad sea más reducida, estaremos ante una situación más justa y ante una distribución deseable, en términos generales.

¹⁶ ULEN, Thomas S. *Op. cit.* p. 190.

del Bienestar-, sostienen que para la definición de los puntos de partida de una sociedad, no es adecuado utilizar las variables que ofrece el análisis económico. Aquellos parten de la premisa que considera que los valores de la equidad están «[...] en el corazón mismo de la discusión constitucional», y trazan una estricta línea divisoria entre esta última y la noción de eficiencia económica. Siguiendo la misma idea, añaden que la eficiencia puede ser sólo considerada como un objetivo social secundario, pero «secundario» en el sentido que se encuentra subordinado a uno «primario», constituido en este caso por la justicia en la distribución inicial de los recursos. Así, debido a que una Constitución se ocupa precisamente de esta distribución inicial, en tanto que la Economía se aplica a la consecución de la eficiencia una vez que esta distribución ha sido llevada a efecto, la razón práctica hace que los principales interrogantes de la materia constitucional se encuentren fuera del alcance del análisis económico.

Esta afirmación, desde nuestro punto de vista, no es correcta. No sólo porque consideramos que es posible aplicar el análisis económico en la tarea de elaboración de normas constitucionales, sino porque creemos que su aporte debería ser tomado en cuenta siempre por los legisladores.

Si el estudio previo de los efectos de una determinada norma resulta fundamental para evitar una incorrecta asignación de recursos -máxime cuanto éstos, como en efecto sucede, son intrínsecamente escasos-, en el caso de una norma constitucional la necesidad de este tipo de estudio es aun más importante, toda vez que, como es natural, cuando se trata del instrumento jurídico con la mayor jerarquía en una nación, los mecanismos necesarios para modificar su texto y reasignar los recursos de una manera más eficiente, son extremadamente complejos y costosos. En este sentido, la incorporación de componentes económicos a la labor legislativa -tales como la evaluación previa de los costos y beneficios que comportaría cada norma y la consideración del criterio de eficiencia- sería sin duda sumamente útil.

Pero, adicionalmente, existe un factor que por lo general suele pasar inadvertido cuando nos preocupamos por observar la evolución de un proceso de construcción constitucional y que resulta

determinante para favorecer la aplicación de análisis económico a dichos procesos; y es que cada individuo que participa en él -como sucede con todas las personas sin perjuicio del ámbito en el que se desenvuelvan- no es más que un **conjunto de preferencias**, o como prefiere llamarlo Buchanan, una **función de utilidad**¹⁷. Si aceptamos esta premisa, también tendremos que concluir necesariamente que las preferencias de cada individuo son tan variadas en la realidad como disímiles con sus personalidades. Si los individuos son capaces de diferir en sus preferencias, y si admitimos que algunos aspectos de la vida son esencialmente colectivos y sociales, y no exclusivamente privados, resulta importante preguntarse cómo habrán de conciliar ellos sus diferencias individuales para obtener el resultado que, por definición, debe ser compartido por todas las personas que conforman la sociedad. En este sentido, la primera opción consistirá en determinar, dentro de una serie de alternativas distintas, una que pudiera ser considerada la correcta o, de ser el caso, la verdadera; a esta clase de acercamiento se le conoce con el nombre del **juicio de la verdad** y, de acuerdo a Buchanan, encuentra su polo opuesto en el planteamiento económico de la política.

En el análisis de los procesos políticos, y en particular en el referido a la elaboración de una Constitución, el **juicio de la verdad** carece de validez, por cuanto los individuos pueden **diferir** en sus juicios respecto de lo que es verdadero y de lo que no lo es; en este ámbito, la verdad no es sino un parámetro de contenido subjetivo. En la política, entonces, el aspecto central no radica en la alternativa de si una posición es verdadera o falsa (como lo veremos con mayor profundidad al tratar el tema de la elección colectiva y, en particular, en la formación de los grupos de interés en el seno de la política, en los que la «verdad» no es sino el producto de las transacciones privadas de los legisladores); el problema consiste en resolver las diferencias individuales originadas por la existencia de preferencias encontradas y con resultados que no es correcto denominar en dichos términos. Siguiendo el orden de ideas planteado, la segunda opción para conciliar las distintas preferencias radicaría en la posibilidad de ofrecer un parámetro objetivo que, a diferencia del juicio de la verdad, permita a los individuos dilucidar el privilegio de una determinada opción en desmedro de otra.

¹⁷ Sobre este punto en particular, seguiremos las ideas desarrolladas por James Buchanan en el artículo que citamos en la nota a pie de página número 1. La noción del individuo como un "conjunto de preferencias", que ha sido desarrollada por Duncan Black para facilitar su explicación en torno a la necesidad de contar con una teoría económica de la política, también ha sido tomada de dicho texto.

Consideramos que un parámetro objetivo que podría atender la función mencionada es el del criterio de la eficiencia.

En nuestro medio, sin embargo, las «convenciones constitucionales» -esto es, las ideas arraigadas de manera generalizada acerca de lo que debe contener una Constitución- se han visto deformadas por una historia constitucional signada por una insoslayable tendencia paternalista y programática, y por la vigencia de Constituciones que mayormente han estado orientadas a proteger lo que no se debe y, peor aún, no se puede. La afirmación y búsqueda de los valores de la equidad y la justicia, en este respecto, han constituido -por lo menos en teoría- los objetivos hacia los cuales se ha dirigido la mira de los legisladores; quienes, en cambio, han descuidado el análisis de los aspectos destinados a determinar seriamente «lo que sería más eficiente»¹⁸. Consideramos de importancia, no obstante, que se reconozca el valor del criterio de eficiencia en materias como la tratada, puesto que, a diferencia de los otros patrones de medida mencionados, éste constituye un parámetro de evaluación verdaderamente objetivo. Asimismo, sería recomendable que se lo tome en cuenta dentro del conjunto de pautas o criterios al que habitualmente recurren los legisladores; de manera similar a lo que en la experiencia de otros países¹⁹ y con menor rigor en el nuestro, ha significado por ejemplo, la incorporación del análisis económico al estudio previo de las normas administrativas.

Cuando a través de una nueva Constitución o de una enmienda a la ya existente se opta por conceder determinadas facultades al Estado y por restarle otras; cuando se reconocen ciertos derechos fundamentales a las personas, que implican, a la vez que un mayor grado de protección, una libertad más restringida en favor de los propios términos que fija la convivencia; cuando se recoge la posibilidad de otorgar o desconocer un derecho en virtud del interés social; o, cuando se confiere un beneficio a cierto sector de la población

en desmedro de otro; se está decidiendo asignar recursos escasos entre una serie de usos alternativos. En todos estos casos nos encontramos frente a puntos de partida que son producto de una primera distribución de los recursos. La definición de los criterios sobre la base de los cuales conviene asignar los recursos dependerá de los mismos legisladores y hay que señalar que tal definición, como veremos en el siguiente punto, no es en medida alguna pacífica. Con todo, hemos querido llamar la atención sobre el valor que cumple el criterio de eficiencia como parámetro objetivo dentro de esta asignación inicial, sin desconocer, por ello, el valor de otros elementos, sino a partir de reconocer que -como en el caso de todo conjunto de recursos escasos- los recursos de los que dispone la sociedad también merecen ser asignados a sus usos más valiosos o útiles.

2.2. La elección colectiva

De la misma manera que los individuos son capaces de elegir sobre aspectos relacionados con su esfera de interés privado, en determinadas ocasiones y bajo ciertas circunstancias, también se encuentran facultados para trascender dicha esfera y elegir por otros; es decir, para tomar decisiones en nombre de un grupo de personas y optar colectivamente por ellos. En el primer supuesto -cuando nos encontramos ante una elección individual-, estamos enfrentados con el caso límite de la unanimidad: quien elige, está necesaria y exclusivamente de acuerdo consigo mismo, toda vez que carece de la posibilidad de decidir por otro. La unanimidad, vista a la inversa, puede también ser conceptuada como la generalización de una elección individual y, en este sentido, estar signada por sus mismas características. En el segundo supuesto, el referido a las elecciones colectivas, la situación es, sin embargo, totalmente diferente.

Las elecciones colectivas -salvo cuando se goza de unanimidad- importan siempre la anteposición de una determinada opción en favor de la fracción mayoritaria de un grupo, en desmedro de la parte

¹⁸ Para algunos autores, como lo vimos al citar la posición de Ulen en la nota n° 17, existe un conflicto indisoluble entre los valores de la eficiencia y la equidad o la justicia, toda vez que se les concibe como valores incompatibles. No obstante ello, otros autores, como Guido Calabresi, afirman que ambos conceptos están muy ligados entre sí, señalando este último por ejemplo que "se devalúa tanto la eficiencia haciéndola parecer pura elaboración técnica como se devalúa la justicia diciendo que no forma parte de aquélla, porque se están concibiendo ambas cosas separadas, independientes." ("Entrevista a Guido Calabresi". En: THÉMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca, 1993, n° 25. Lima, 1993. p. 62).

En el mismo sentido, Calabresi llama la atención sobre el hecho que desperdiciar, en un mundo donde los recursos son escasos, es también injusto, y que "evitar el desperdicio es parte de la noción común de justicia [...] ("Seguros de Primera Persona, de Tercera Persona y Responsabilidad por Productos: ¿puede el Análisis Económico decirnos algo al respecto?". En: *Ius et Veritas*, n° 4. Lima, 1992. p. 90).

¹⁹ Al respecto, ver: LITAN, Robert. "Elaboración de Leyes a nivel administrativo y Análisis Económico: una perspectiva norteamericana". En: THÉMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca, 1985, n° 3. Lima, 1985. p. 18.

minoritaria del mismo; y es allí donde, en el fondo, radica la particularidad de esta clase de elecciones. A diferencia de lo que sucede con las elecciones individuales, en las elecciones colectivas no encontramos necesariamente un resultado provechoso o eficiente, en términos de costos y beneficios, para cada uno de los individuos que conforman el colectivo. Es cierto que, en términos generales, el conjunto de personas debería encontrarse en una mejor posición que aquella en la que se hallaba²⁰, y que ello redundaría en una situación superior en términos de Pareto para la sociedad; pero no podemos por esto desconocer que una parte del grupo (la minoría) verá contrariados -e incluso irremediabilmente perjudicados- sus intereses. Es más, podría decirse, que el aspecto medular en el caso de la elección colectiva es precisamente que, al tiempo que se reconocen los intereses de la mayoría, se causa un perjuicio a la minoría²¹.

Sin embargo, la verdadera importancia de la elección colectiva radica en la gama de nuevas posibilidades que abre para los individuos y la sociedad. Si los individuos se vieran limitados a elegir únicamente para sí mismos y no para los demás -es decir, si no pudieran efectuar elecciones colectivas- el espectro de posibilidades de elección que se abriría frente a ellos estaría irremediabilmente circunscrito a las opciones que su propia restricción presupuestaria fuese capaz de cubrir. En este sentido, y debido a que la alternativa de participar en una empresa común no existiría, los costos de oportunidad de cada elección serían asumidos -o «internalizados» para utilizar un término propio de la Economía- enteramente por cada individuo, los beneficios derivados de cada actividad recaerían sólo en el individuo que la realizó y, por consiguiente, la sociedad en su conjunto no prosperaría, toda vez que los recursos escasos que se encuentran a disposición de cada uno de sus miembros se asignarían a cubrir una sola (o unas pocas) de sus múltiples necesidades.

Un ejemplo permitirá graficar mejor lo afirmado; y para ello, partamos de la premisa de que **los individuos sólo pueden elegir para sí mismos**. Tenemos que a Luis, flamante propietario de un automóvil último modelo, le resulta imposible movilizarse debido a que la ciudad en la que vive no cuenta con un sistema de semáforos que regule el tránsito vehicular. Recorrer en el auto las treinta cuadras que median entre su hogar y la oficina le toma, dada la terrible congestión, más de tres horas de viaje que se traducen en igual cantidad de horas de trabajo perdido²²; por consiguiente, ha resuelto optar por la alternativa inmediatamente más eficiente, esto es, desplazarse a pie. Nuestro amigo Luis es consciente de que la instalación de semáforos en ciertas intersecciones estratégicas reduciría su problema notablemente y le permitiría incluso, en virtud del tiempo ganado, dedicar el excedente a alguna otra actividad. Sin embargo, Luis no cuenta con la cantidad de dinero suficiente como para comprar e instalar la cantidad de semáforos que exige la ciudad y además, como consecuencia de no poder elegirlos para los demás, el hecho de contar con dicho dinero tampoco le proporcionaría una utilidad real toda vez que los beneficios que se derivarían de su colocación recaerían únicamente sobre su persona. Asimismo, ello conllevaría a que el costo de oportunidad de comprar y ubicar los semáforos fuese internalizado de manera exclusiva por Luis y que, por consiguiente, tal decisión vaya inevitablemente acompañada de una renuncia consciente y voluntaria a la posibilidad de satisfacer el enorme agregado constituido por sus demás necesidades. Comprar e instalar los semáforos no sería por ello, concluye Luis, una medida muy eficiente.

Si partimos de la premisa contraria, es decir, de que los individuos sí pueden elegir colectivamente, Luis podría tomar la iniciativa de instalar los semáforos con la seguridad de contar con el apoyo de los múltiples interesados en disfrutar de un tránsito ordenado y satisfecho de poder eludir -no

²⁰ Esto, debido a que se ha satisfecho el interés de la mayor parte de los individuos, quienes -de acuerdo con los presupuestos metodológicos de la racionalidad- se encuentran en una posición inmejorable para determinar lo que es más provechoso para ellos mismos.

²¹ Existe una diferencia en el perjuicio que se ocasiona a la minoría como producto de una elección que privilegia las preferencias de la mayoría, del que se ocasiona deliberadamente contra la minoría por su sola condición de tal. La diferencia radica en que, en el primer caso, el perjuicio causado se encuentra contrapuesto a un beneficio superior a aquel, que es obtenido por la mayoría en virtud de una elección; y que, por consiguiente, genera una condición Pareto superior para toda la sociedad. En el segundo caso, en cambio, el móvil de la elección se origina en el sentimiento de la envidia y consiste precisamente en infligir un daño a la minoría, sin importar incluso que aquel no redunde en una mejora de su propia situación.

²² Esto, claro está, además de una serie de externalidades negativas adicionales que lo afectan, tales como el cansancio excesivo que le produce el conducir durante tanto tiempo, los continuos dolores de espalda, el desequilibrio emocional que le provocan las inclementes bocinas, la sinusitis crónica que le genera el estar tanto tiempo expuesto a los vahos contaminantes de otros vehículos, el desgaste innecesario de su automóvil, etc.

sólo él, en este caso- las externalidades que la inoperancia del mismo le generaba. Dentro de esta fórmula, Luis no tendría que asumir individual y directamente el costo total de los semáforos -en tanto que éste sería cubierto proporcionalmente por los beneficiados- y podría dedicar los excedentes de tiempo y dinero, que le permite el hecho de no estar forzado a internalizar el costo de oportunidad antes mencionado, a algunas actividades alternativas que le reporten un mayor grado de utilidad.

Una elección colectiva como la enunciada en el ejemplo, no tendría que ser necesariamente óptima, en términos de eficiencia paretiana, para ser considerada deseable. Por regla general, y el caso del ejemplo no es una excepción, las elecciones colectivas que efectúan las personas se ven afectadas siempre por la intromisión de determinados individuos, que al tiempo que persiguen el aprovechamiento del bienestar colectivo que provee la elección, evitan internalizar los costos que la consecución de dicho estado de bienestar demanda. A estos sujetos se les conoce con el nombre de *free riders* («polizones», en castellano), y en el ejemplo estarían representados por todos aquellos automovilistas que se vieron favorecidos por la colocación de los semáforos y que, sin embargo, no cumplieron con pagar la parte que les correspondía por los mismos. No obstante, la imposibilidad de efectuar una elección totalmente eficiente no desvirtúa las evidentes ventajas que ofrece, desde la perspectiva de los individuos y de la sociedad, esta clase de elecciones.

Ahora bien, los individuos, por lo general, tienden a agruparse de acuerdo a sus propios intereses con la esperanza de obtener un margen de consenso lo suficientemente amplio como para enfrentar las múltiples elecciones colectivas que se les presentan desde el aventajado panorama que ofrece el hecho de formar parte de la mayoría. De esta manera, los individuos -siempre desde una perspectiva racional y maximizadora- buscarán integrarse «una y mil veces en diferentes grupos que compartan los mismos intereses de manera tal que puedan luchar conjuntamente para lograr su objetivo. Así, la sociedad está dividida en miles de grupos de interés, los mismos que se agrupan, separan, unen y enfrentan, dependiendo de su conveniencia en cada caso. A su vez, ca-

da persona puede pertenecer a diferentes grupos de interés [...], y en caso de que existan intereses contrapuestos, optará por aquél que le ofrezca mayores beneficios»²³. Existen muchos grupos que son capaces de efectuar elecciones colectivas dentro de la sociedad; tantos, en realidad, como intereses pueden identificarse en los individuos: los estudiantes, los desempleados, los futbolistas, las madres de familia, los choferes de transporte público, etc., conforman grupos de interés perfectamente definidos en nuestra sociedad. Cada uno de estos, además, se encuentra integrado por subgrupos -o, en algunos casos, facciones- que no necesariamente concilian de manera pacífica con las demás; por ejemplo, en el caso de los choferes, tenemos a los sindicalizados, los informales, los de presencia más antigua en una determinada ruta, o los conductores de las «combis» (los «indeseables» del grupo). A pesar de la variedad de grupos que existen en la sociedad, para nuestro caso particular sólo interesarán aquéllos que se ubican en el entorno de las decisiones políticas y, en particular, en el proceso político que da origen a una Constitución.

La política, como señala Jasay²⁴, es la generación y ejecución de elecciones colectivas y, a pesar de la salvedad que expresa el mismo autor al sostener que la política no debe ser ni aceptada ni admitida completamente sino que debe ser sólo **consentida** -bajo ciertas condiciones, nunca irrevocablemente, con extrema cautela y hasta de «mala gana»-, lo cierto es que aquéllas resultan indispensables, como hemos apreciado, para gozar de los beneficios que proporciona la vida en sociedad.

Cuando nos referimos al proceso de elaboración de una Constitución, el primer grado de interés que puede ser reconocido inmediatamente es el formado por quienes, precisamente, tienen en sus manos dicha tarea: los legisladores (ya sea como «constituyentes» en la Asamblea Constituyente de 1979, o como «congresistas» en el Congreso Constituyente Democrático de 1993). Conviene aclarar, empero, que el hecho de que centremos nuestra atención en los individuos que conforman este reducido grupo, no quiere decir que eliminemos del análisis a todos los demás individuos y grupos que conviven en la sociedad. Sucede simplemente que la noción misma de la representación política acarrea que estos legisladores asuman el rol de

²³ REBAZA TORRES, Alberto. "El Régimen Económico en una Constitución: ¿Solución o Fuente de Conflictos?" En: *Ius et Veritas*, n° 7. Lima, 1993, p. 58.

²⁴ DE JASAY, Anthony. *Choice, Contract, Consent: A Restatement of Liberalism*. The Institute of Economic Affairs. Hobart Paperbacks 30, 1991, p. 104.

portavoces de los múltiples y disímiles grupos de interés que integran quienes votaron por ellos y los eligieron. De esta manera, cada legislador deberá trasladar consigo los intereses e inquietudes de toda una serie de «subgrupos»: deberá preocuparse de sus «partidarios», «correligionarios» o «camaradas», de los independientes de ser el caso, de los burócratas que lo favorecen para mantener sus puestos, de sus amigos, de sus vecinos, de los jubilados, e incluso -en el caso de algún congresista- de los estacionales intereses de la taumaquia. Esto, claro está, sin olvidar la carga de valores e intereses que cada persona lleva consigo, además de los que fluyen hacia el interior del Congreso. Habiendo dejado establecida la salvedad, nos concentraremos en el grupo de los legisladores.

A través de la historia -por lo menos en lo que atañe a la nuestra- se ha afinado la idea de que la preparación de un texto constitucional, al ser delegada a una suerte de asamblea legislativa especialmente investida por la sociedad con poderes constituyentes, debe estar orientada a la recolección de aquellos principios sociales que permitan la libre y sana convivencia y que garanticen el bien común. En esta misma línea de pensamiento se ha dicho que «la Constitución procede del pueblo entero; las personas son la fuente original de toda autoridad política ejercitada bajo ella; está fundada en amplios principios generales de libertad y gobierno otorgados, por alguna razón, por el pueblo entero y sin hacer referencia al interés o ventaja de algún grupo o clase»²⁵. Desde este punto de vista, el contenido de la Constitución ha sido concebido como resultado privativo de la voluntad colectiva. A pesar de ello, una rápida mirada por encima del hombro sería suficiente para caer en la cuenta de que, en la realidad sucede algo distinto y que dicho proceso político resulta siendo bastante más complejo.

Recordemos por un momento lo ya mencionado acerca del comportamiento de los individuos cuando se encuentran frente a la necesidad de elegir entre una serie de opciones y cómo -de manera racional y maximizadora- tienden a integrarse a múltiples y disímiles grupos de interés cuando ante ellos se abre la posibilidad de efectuar

una elección colectiva. Este fenómeno o la posibilidad de participar en él -lo que sería perfectamente coherente desde el punto de vista de los presupuestos económicos que postulamos sobre el comportamiento de los individuos en el mercado en otra sección de este mismo artículo-, no es esquivado a ninguna persona sino que, por el contrario, constituye el común denominador de la conducta individual; incluso si estos individuos son, al tiempo que tales, legisladores. No debe, por lo tanto, sorprendernos el hecho de que un proceso político como el de la elaboración de una Constitución se encuentre signado por las mismas características y particularidades que recaen sobre otras clases de opciones.

Ahora bien, conviene aclarar que lo señalado en el párrafo anterior no pretende afirmar que las características propias de los procesos políticos en general, y las del que nos compete en particular, sean enteramente coincidentes con las que se presentan en otro tipo de opciones. Por el contrario, los primeros llevan incorporada una serie de elementos absolutamente propios que -al tiempo que los diferencian de los demás- originan que debamos ser más cuidadosos cuando los enfrentemos. Así, por ejemplo, en el caso de la creación de un texto constitucional no puede pasar desapercibido el hecho de que se están distribuyendo los recursos escasos de los que dispone la sociedad y que consecuentemente, como vimos, se están definiendo los puntos de partida de la misma. De manera similar, se debe atender a las condiciones en las cuales dichos grupos se desenvuelven y compiten entre sí, toda vez que -como no sucede con los otros grupos- ellos encarnan en virtud de la representación política los intereses de terceros y, en su conjunto, de toda la Nación; en este sentido, la competencia entre los distintos grupos debe encontrarse garantizada por reglas de juego claras²⁶.

La idea que queremos rescatar en este punto, finalmente, es que, de manera contraria a lo que se piensa generalmente, el contenido de un texto constitucional es resultado directo y exclusivo del intenso conflicto político que protagonizan los legisladores por hacer primar los intereses de los grupos que representan o los suyos propios²⁷. La

²⁵ BEARD, Charles A. *Op. cit.* p. 10. En el mismo texto, Beard cita el célebre juez norteamericano George Marshall diciendo, en el mismo sentido, que "el gobierno procede directamente del pueblo, está "organizado y establecido" en el nombre del pueblo...". Asimismo, refiere la opinión de Bancroft al señalar que "la Constitución no establece nada que interfiera con la igualdad y la individualidad. No se sabe nada de diferencias por discrepancias, u opiniones, o clases favorecidas, o religión legalizada, o el poder político de propiedad".

²⁶ Para mayor abundamiento sobre este punto en particular, consultar: REBAZA TORRES, Alberto. *Op. cit.* p. 59 ss.

mentablemente, todavía no se ha efectuado en nuestro país un estudio interpretativo de la Constitución desde una perspectiva económica, a través de la cual pudiera percibirse de manera más clara la tesis que hemos intentado mostrar. En la experiencia internacional, sin embargo, esfuerzos de esta clase sí se han producido con excelentes resultados. En este sentido, y como último punto, recurriremos a un estudio realizado en torno a la Constitución norteamericana de 1789.

2.2.1. Los grupos de interés en la experiencia constitucional norteamericana

En el año 1913, Charles A. Beard²⁸ llevó a cabo la que puede considerarse la primera interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos de América. La principal conclusión que aquel trabajo proporcionó -y que, al mismo tiempo, es la razón por la cual lo citamos en el presente artículo- fue que las disposiciones normativas de dicho texto constitucional habían sido resultado directo de los intereses de los legisladores que tomaron parte en su creación. Beard, para ello, partió de la base que toda interpretación económica de la historia descansa sobre la idea de que el progreso social, en general, es el resultado de los intereses contrapuestos que conviven en la sociedad; algunos favoreciendo el cambio y otros oponiéndose a él. Con esto en mente, el autor logró identificar a ciertos grupos y clases que coexistían en los Estados Unidos antes de la adopción de la Constitución y que, en su opinión, habían condicionado en gran medida el ulterior contenido de la misma. Los resultados del análisis que efectuó fueron insospechadamente reveladores.

De acuerdo a lo señalado por Beard, Alexander Hamilton fue el verdadero artífice del nuevo sistema legal americano, a pesar de haber intervenido apenas en la formación de la Constitución. El gran mérito de Hamilton consistió en identificar a aquellos grupos que, dada su particular estructura

y sus condiciones de poder, resultaban indispensables para, en primer término, desviar el apoyo que demandaban los Estados y, posteriormente, para reorientarlo hacia los valores del federalismo que aquél pregonaba. El entendía que una Constitución estaba diseñada para cumplir con una serie de objetivos perfectamente definidos y que, en su consecución, se afectaría necesariamente a determinados grupos sociales. Hamilton logró ubicar tres grupos de interés que, en su momento, fueron necesarios para la consolidación del sistema constitucional: (i) el formado por los acreedores, los financistas, los banqueros y los prestamistas, quienes por encontrarse concentrados en las grandes ciudades constituían el grupo de más fácil consolidación; (ii) el de los comerciantes y fabricantes, que compartían el interés por gozar de protección arancelaria; y, (iii) el conformado por los especuladores de tierras y promotores (este grupo incluía a los líderes de la época: George Washington, Benjamín Franklin, William Blount, etc.). Sin ellos, el nuevo gobierno no hubiera podido ser fundado ni, luego, perpetuado.

En contraposición a estos grupos de interés, existían muchos otros que se oponían a las políticas de reforma. Estos, a pesar de estar constituidos por miles de pequeños agricultores, por toda una legión de deudores morosos y por una multitud de trabajadores, carecían de una organización sólida y de una identidad de intereses que probó ser necesaria para el ejercicio de algún tipo de presión contra los demás grupos. Como no podía ser de otra manera, la Constitución de 1789 recogió aquellos principios que favorecían a quienes conformaban el grupo liderado por Hamilton.

Ahora bien, del trabajo de Beard resulta interesante rescatar el análisis que efectuó respecto al papel que desempeñaron los legisladores en el proceso político mencionado y a la forma en que fueron capaces de orientar el contenido del texto constitucional al cumplimiento de los fines que

²⁷ Tal vez el origen de interpretaciones como las mencionadas podría encontrarse en la idea generalizada de que, en la realidad, una forma de jerarquía constitucional, a diferencia de lo que sucede con otra clase de normas, no se encuentra propiamente vinculada con relaciones de tipo patrimonial -que son, dicho sea de paso, intrínsecamente conflictivas-, sino de manera exclusiva con los órganos de gobierno, el sufragio o la administración. Sin embargo, como señala Beard, la superficialidad de este punto de vista se vuelve aparente al ser apreciado desde otro ángulo. Como quiera que el principal objetivo de un gobierno -además del papel que juega en la represión de los individuos- es la determinación de ciertas reglas relativas a la regulación de las relaciones entre las personas, los grupos de interés dominantes en la sociedad, con el fin de mantener ese status privilegiado, se encontrarán tentados -por no decir obligados- a: (i) controlar por sí mismos los órganos de gobierno; o en su defecto, (ii) ejercer presión sobre el gobierno para asegurarse de que las reglas que éste formule sean coincidentes con sus intereses y les permitan mantener su protagonismo dentro del proceso económico o productivo. El primer supuesto sólo resulta posible bajo el amparo de un gobierno totalitario; el segundo, en cambio, es el que caracteriza plenamente a los procesos políticos en los que se forma una Constitución.

²⁸ BEARD, Charles A. *Op. cit.*

dictaban sus propios intereses. Algunas de estas conclusiones son las siguientes:

- Ninguno de los miembros de la Convención de Filadelfia representaba, dentro del ámbito de sus intereses económicos inmediatamente personales, aquéllos de los pequeños agricultores, de los trabajadores o de los deudores.

- La gran mayoría de los miembros, casi el noventa por ciento de ellos, se encontraban directa y personalmente interesados en el resultado esperado de su labor legislativa y eran -en menor o mayor medida- beneficiarios económicos inmediatos de la adopción de la Constitución.

- En este mismo sentido, de los cincuenticinco miembros que formaban la Convención, cuarenta habían invertido en bonos públicos, catorce especulaban con el valor de la tierra, veinticuatro se dedicaban a préstamos con intereses, once poseían líneas de comercio, manufactura y transporte de productos; y quince eran propietarios de esclavos.

En palabras del mismo Beard, «no se puede decir, entonces, que los miembros de la Convención fueran "desinteresados". Por el contrario, estamos forzados a aceptar la profundamente significativa conclusión de que ellos sabían, a través de sus propias experiencias en asuntos económicos, los precisos resultados que el nuevo gobierno que estaban estableciendo había sido diseñado para obtener. [...] Como hombres prácticos fueron capaces de construir el nuevo gobierno sobre la única base que podía ser estable: los intereses económicos fundamentales»²⁹.

3. COMENTARIO FINAL

El propósito de este artículo ha consistido en llamar la atención -desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho- sobre dos hechos que, a pesar de encontrarse íntimamente vinculados con los procesos políticos a través de las cuales se elaboran los textos constitucionales, no han sido reconocidos en nuestro medio como verdaderamente lo merecen. Estos son, la consideración del va-

lor de la eficiencia como elemento de discernimiento en la tarea legislativa y la identificación de los múltiples grupos de interés que intervienen en la determinación y ejecución de las elecciones colectivas.

En el primer caso, la eficiencia se presenta como un parámetro objetivo de incuestionable valor para asignar los recursos disponibles de acuerdo a los términos que fija la propia escasez y para precisar unos puntos de partida sociales que nunca serán capaces de soportar la exposición al «juicio de la verdad». En el segundo caso, las elecciones colectivas ofrecen a los individuos el atractivo panorama que proporciona el hecho de poder contar con opciones diversas y que sólo resulta superado, debido a la trascendencia de lo que se halla en juego en una Constitución, por la necesidad que tenemos de contar con un conjunto de reglas claras que regulen la contienda entre los diferentes grupos de interés.

Estos dos han sido los puntos de interés centrales de nuestro trabajo, a pesar de que en el camino nos hayamos apartado por momentos de la secuencia trazada al inicio, para desarrollar algunas ideas que consideramos de utilidad por cumplir una función complementaria. Sin embargo, el tema del que trata nuestro artículo es en realidad bastante más extenso y no puede ser limitado a lo que contienen estas páginas. Sin ánimo de establecer salvedad alguna, debemos señalar que un estudio más completo del tema implicaría, para comenzar, la aplicación de los distintos elementos y variables que hemos ido mencionando sobre la base concreta de los textos constitucionales que han regido la vida política de nuestro país, sin dejar de lado lo pertinente al análisis del comportamiento individual de los legisladores desde la perspectiva de los intereses que éstos representan. Desde este punto de vista, el presente artículo constituye apenas una mirada desde la periferia. No obstante ello, confiamos en que las ideas que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo puedan representar una base lo suficientemente sólida como para permitir un estudio más extenso del tema en un futuro cercano.

²⁹ BEARD, Charles A. *Op. cit.* p. 151.