

LA CONSTITUCIÓN ESTRATÉGICA. TOMANDO EN SERIO LAS CONSECUENCIAS*

Robert D. Cooter*
Miembro del Consejo Consultivo de THEMIS

Todo Estado de Derecho debe regirse por una Constitución. No obstante, muchas veces resulta complicado dilucidar cómo deben interpretarse las normas constitucionales, lo que deriva en que una misma norma pueda apreciarse de distintas formas.

Lo cierto es que una Constitución debe verse como una guía para incentivar conductas estratégicas que lleven a la satisfacción del interés público. Por ello, el autor nos explica, sobre la base de la economía y las ciencias políticas, cómo se pueden llegar a generar los incentivos correctos para obtener el bienestar de los ciudadanos y las autoridades públicas.

* El presente artículo es una traducción del primer capítulo del libro "The Strategic Constitution", escrito por el autor en 1999. La traducción fue realizada por Monica Nuñez, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, previa autorización del autor, a quien le agradecemos gentilmente su colaboración.

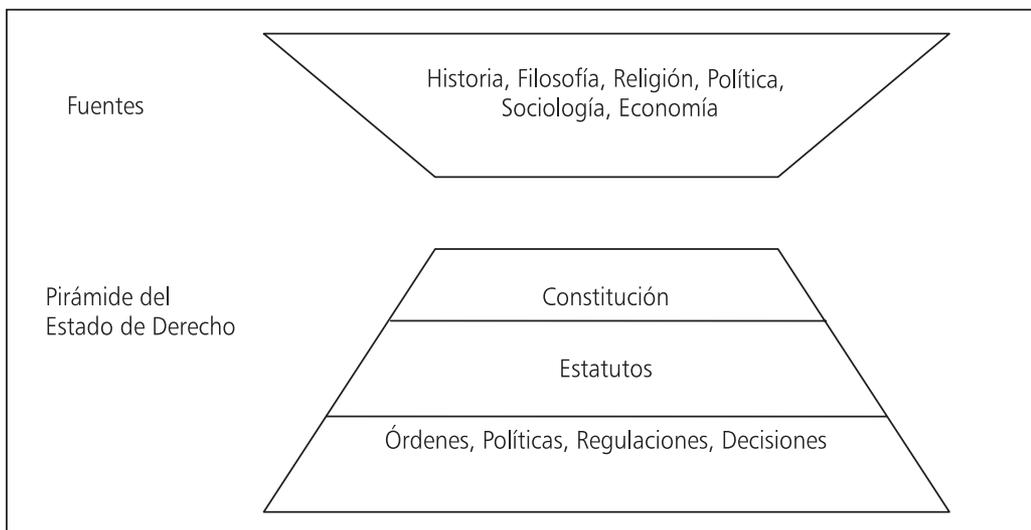
** Co-Director del Departamento de Análisis Económico del Derecho y profesor de Introducción al Derecho y Economía en la Universidad de Berkeley, California.

*"Nothing is clear-cut
around here except the forest."*

–Don Costello,
juez de la *tribal court*
en Oregon.

Así como el obispo es la mayor autoridad en una catedral, la Constitución es la norma de mayor jerarquía en un Estado¹. Debajo de ella rigen estatutos y, por debajo de estos, regulaciones, políticas, órdenes y decisiones, como se muestra en el Gráfico 1.

Gráfico 1: Pirámide del Estado de Derecho y sus fuentes



La Constitución es, en diversos aspectos, la primera norma del Estado. Primero, su carácter es más general que el de la mayoría de normas. Las constituciones establecen las potestades para los funcionarios públicos y reconocen derechos fundamentales a los ciudadanos; mientras que la legislación, en su mayoría, se dedica a regular comportamientos o a implementar políticas. En segundo lugar, la Constitución prevalece por sobre las otras normas siempre que exista contradicción entre ellas¹. En tercer lugar, la Constitución usualmente es más estricta que las otras normas con respecto a su modificación.

Las dos primeras características de las constituciones se relacionan con la tercera. La ley asume cada vez mayor generalidad y poder; por

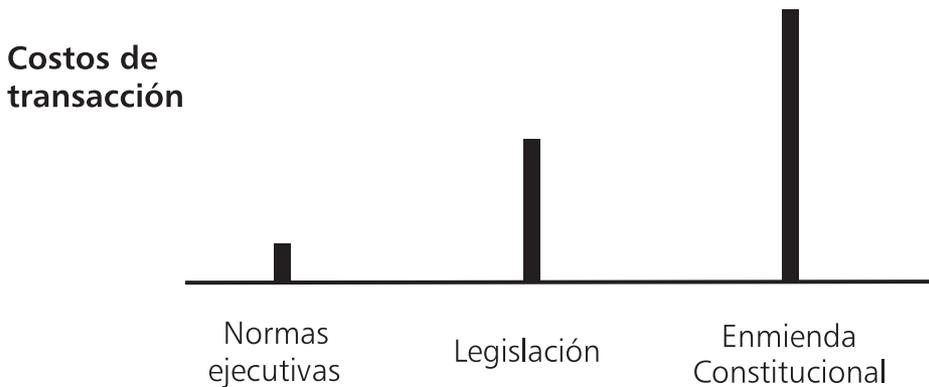
lo que los cambios en ella causan grandes disturbios. Para evitar dichos disturbios, las leyes generales deben modificarse con menor frecuencia que las especiales². Consecuentemente, modificar una Constitución, usualmente, requiere llevar a cabo procedimientos más complejos que los necesarios para modificar un estatuto o una regulación. El Gráfico 2 muestra las relaciones típicas entre la generalidad de las leyes y los costos de transacción en que se incurre para modificarlas.

Una encuesta bibliográfica reciente sobre teorías constitucionales comienza mencionando que "el problema con la norma constitucional es que nadie sabe qué califica como un argumento"³. Siendo la norma de mayor jerarquía, la Constitución es el inicio lógico del poder legal del

¹ Algunos académicos consideran que las normas internacionales se sobreponen a las constituciones nacionales.

² La necesidad de estabilidad constitucional, y la ausencia de ésta, dio lugar a este chiste en Rusia: "En 1992, un cliente entró en una librería y pidió una copia de la constitución rusa; a lo que el encargado respondió: Disculpe, no vendemos periódicos".

³ GERHARDT, Michael J. y ROWE, Thomas D. Jr. "Constitutional Theory: Arguments and Perspectives". Charlottesville, Virginia: Michie Company. 1993. p. 1.



Generalidad de la Norma

Estado. La norma nos muestra suficientes caminos, permitiéndonos elegir el adecuado. Sin embargo, por encima de la Constitución, la normatividad se acaba y los caminos se convierten en “un lugar donde los ojos del hombre nunca han estado”⁴ ¹.

Siendo de mayor jerarquía, la norma constitucional evoca los mejores esfuerzos de académicos y comentaristas políticos. Al ubicarse donde la ley no existe, los argumentos constitucionales se tornan sutiles y evasivos. La Historia, Filosofía, Religión, Política, Sociología y Economía se encuentran por encima de la Constitución, como nos muestra el Gráfico 1. Los académicos y políticos no logran ponerse de acuerdo acerca de cómo usar estas fuentes para crear e interpretar las constituciones.

A pesar de las discrepancias que puedan surgir, algunos argumentos deberían establecerse como vinculantes para todos. Las constituciones políticas tienen el poder de provocar sufrimiento a gran escala o tender el punto de partida para la libertad y prosperidad de una nación. Crear, modificar e interpretar la Constitución es un juego político con riesgos altos. Para ayudar a la gente a ganarlo, la teoría debería explicar las causas constitucionales de libertad y prosperidad. Al predecir las consecuencias de las leyes funda-

mentales, la teoría constitucional puede informar al público, guiar a los políticos y mejorar las decisiones jurisdiccionales. La facultad de predecir las consecuencias sobre el bienestar humano, así como una adecuada comprensión de la Constitución, debería constituir premisas para todos.

Actualmente, la teoría constitucional se preocupa, principalmente, de la Historia y Filosofía de los textos constitucionales. Quienes encuentran la fuente de la Constitución en la Historia, la interpretan en base a la comprensión que tenían de ella sus creadores; otros buscan su inspiración en el ámbito filosófico, moral o religioso. Este tipo de análisis esclarece los compromisos normativos constitucionales, así como la perspectiva de autonomía individual que inspira los derechos constitucionales.

Para quien toma en serio las consecuencias, los teóricos constitucionales se empeñan en buscar las palabras adecuadas y no las causas correctas. El significado de las palabras y la filosofía de los redactores no pueden predecir la respuesta que la población tendrá frente a la norma. La teoría constitucional necesita más modelos y menos significado. En el siglo XIX, en Boston, un ministro liberal escuchó, luego de su sermón, a un conservador feligrés opinar “*Beans in a bladder*.”

Robert D. Cooter

⁴ En: BEATLES, The. *Magical Mystery Tour*.

¹ Nota del traductor: En inglés, “*A place where the eyes of man have never set foot*”.

No food today for hungry souls". De la misma forma, los consecuencialistas¹¹ rechazan el banquete de la teoría constitucional para saciarse de especulaciones.

En lugar de analizar la historia o aclarar compromisos normativos, este artículo¹² asume un objetivo distinto. Algunas veces, al asumir un compromiso como la firma de un contrato, un individuo puede verse beneficiado en el aspecto social; el individuo se obliga de forma tal que no pueda verse beneficiado al incumplir el compromiso. Así, se pone en la situación en que el cumplimiento conlleva menos costos que la violación de los términos contratados. De manera similar, los ciudadanos pueden obtener ventajas cuando el Estado se compromete con una Constitución. Esto se logra cuando el Estado asigna instituciones de forma tal que cada facción política prevea las pérdidas que le acarrearán violar la Constitución. Como muestra el Gráfico 2, la Constitución suele representar los compromisos más fuertes de una sociedad.

Una vez establecida, la Constitución crea incentivos para hacer o dejar de hacer, tanto para las autoridades como para los ciudadanos. Mientras el conglomerado de políticas y particularidades históricas oscurece estos efectos de incentivo, intentaré sacarlos a la luz valiéndome de la economía y la ciencia política.

El Estado moderno posee muchos poderes monopólicos, incluyendo el poder de emitir leyes y cobrar impuestos⁵. En una democracia, las elecciones populares dirigen los poderes del Estado, sea de forma directa, a través de referendos, o indirecta, al elegir a quienes ocuparán cargos públicos. Así, la democracia es un sistema de competencia pública para dirigir los poderes monopólicos del Estado. El alcance y la extensión de la competencia política es lo que la distingue de otras formas de gobierno.

Las elecciones competitivas obligan a que el gobierno responda ante los ciudadanos de forma

similar a como los mercados competitivos deben responder ante sus consumidores. Considero que la competencia electoral es la mejor garantía para que el Estado brinde a sus ciudadanos las leyes y bienes políticos de su preferencia. Esta forma de pensar, junto con la definición de democracia como una competencia pública para dirigir los poderes monopólicos del Estado, nos lleva a concluir que la democracia es la forma de gobierno que mejor satisface las preferencias políticas de los ciudadanos.

A diferencia de ella, una burocracia que se auto-perpetúa (autocracia), una clase social dominante (aristocracia), una familia gobernante (monarquía), un individuo poderoso (dictadura), una casta religiosa (teocracia) o un partido de vanguardia (comunismo) se autoexcluiría de la competencia pública. El opuesto de la democracia, es cualquier forma de monopolio político. Los monopolios proveen a sus dueños de ganancias excepcionales a costas de terceros. Con la facilidad de guiar el poder bajo su dominio, el Estado es –potencialmente– el monopolio más lucrativo para quien pueda controlarlo, así como el más peligroso para todos los demás.

En general, el público se beneficia de organizar la competencia para controlar un monopolio (Demsetz, 1968). Las constituciones pueden organizar la competencia política de diferentes maneras, como nos muestran los contrastes entre Presidente y Primer Ministro, Estados federales y unitarios, parlamentos bicamerales y unicamerales, así como los modelos de democracia directa e indirecta. Encuestas de opinión muestran que los ciudadanos de diferentes países califican su sistema democrático en base a distintos criterios⁶. Este artículo trata las democracias alternativas, no las alternativas a la democracia; mientras asumo que la democracia es la forma de gobierno que mejor satisface los intereses de sus ciudadanos, muestro también que algunas formas organizacionales imperan sobre otras en circunstancias particulares. Este artículo predice las consecuencias de las formas de democracia alternativa para la satisfacción de sus ciudadanos.

¹¹ Nota del traductor: del inglés "*consequentialist*", que significa ser participe de la corriente del "*consequentialism*", la cual señala que el comportamiento de las personas deriva del valor moral que se tenga sobre sus consecuencias.

¹² Nota del traductor: la presente traducción es una adaptación del capítulo 1 del libro "*The Strategic Constitution*" de Robert D. Cooter, el cual ha sido adaptado para su publicación en artículo; por lo cual, toda referencia a la palabra "libro", ha sido traducida como "artículo".

⁵ "*A state is an organization with a comparative advantage in violence, extending over a geographic area whose boundaries are determined by its power to tax constituents.*" En: NORTH, Douglass. "*Structure and Change in Economic History*". New York: W.W. Norton. 1981. p. 21.

⁶ Como prueba de esta disconformidad, el 25% de las personas sometidas a una encuesta reciente en Ecuador expresó su preferencia por una dictadura antes que por la democracia. En: BUSCAGLIA, Edgardo y Analucia JARAMILLO VILLACIS. "*Report on A Survey of Attitudes in Ecuador Towards Democracy and the Justice System*". Texto expuesto en la Reunión Anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía. Quito. 1998.

En la competencia política, los individuos deben anticiparse a cómo reaccionará el resto antes de tomar una decisión. Por este motivo, la competencia política requiere estrategias y la Economía provee modelos de predicción para comportamientos estratégicos. Este artículo analiza las constituciones democráticas basándose en modelos de comportamiento estratégico desarrollados para mercados, adaptándolos a la política. Utilizaré la teoría estratégica y la información disponible basándome en preguntas como las siguientes:

Ejemplo 1: Una Constitución puede proveer uno o más gobiernos electos. Por ejemplo, Japón optó por un gobierno unitario y Australia por el federalismo. ¿Cómo es que el número de gobiernos elegidos afecta los bienes públicos? ¿Cuál es el número óptimo de gobiernos elegidos?

Ejemplo 2: El Primer Ministro de Gran Bretaña puede solicitarle a los parlamentarios de su partido que emitan cierta norma; sin embargo, el Presidente de Estados Unidos, con el mismo propósito, deberá negociar con la Casa Blanca y con el Senado. ¿Esta diferencia explica por qué las cortes y los ministerios británicos son menos osados que las instituciones estadounidenses? ¿Qué grado de iniciativa judicial y administrativa es óptimo para los ciudadanos?

Ejemplo 3: Imaginemos que el propietario de un terreno solicita un permiso de construcción y la autoridad responsable condiciona el otorgamiento de éste a la cesión de una parcela para construir una vía pública. El propietario interpone una demanda, alegando que se trata de una apropiación inconstitucional. ¿Cómo influenciará la decisión de la corte sobre las negociaciones futuras entre constructores y los encargados de la planificación urbana? ¿Cuánto debe protegerse la propiedad privada para lograr proveer el óptimo de bienes públicos y privados?

Al responder tales preguntas, la ciencia social aspira a reemplazar las especulaciones con pruebas. A diferencia de una teoría constitucional basada en la Historia, Filosofía y el significado de los textos, las pruebas científicas requieren de información⁷. Sólo un número relativamente

reducido de científicos sociales hace investigación empírica acerca de las normas constitucionales; sin embargo, los temas legales cambian rápidamente. Cuando las teorías y los sucesos superan la información, las conclusiones que se pueden adoptar no se alejan mucho de los estándares de prueba deseables en las ciencias sociales.

Cuando los científicos sociales sacan conclusiones legales de información limitada, los abogados empiezan a sentirse incómodos; sin embargo, cuando los académicos del derecho sacan conclusiones sin necesidad alguna de información, estos mismos abogados se sienten realmente a gusto⁸. Es mejor cortar el pan con un cuchillo sin filo que con una cuchara perfecta. Sería preferible que quienes redactan las leyes llevaran a cabo un análisis empírico imperfecto antes que un perfecto análisis teórico. Al usar cualquier información disponible para predecir los efectos de la Constitución, no se podría ofrecer pruebas concluyentes, aunque podría probarse la calidad de un argumento.

El comportamiento estratégico presupone la racionalidad individual. A diferencia de los economistas, los psicólogos niegan frecuentemente que los individuos sean racionales, y los sociólogos, frecuentemente, rechazan la afirmación de que el grupo sea la suma de sus individuos. La metodología individualista y racional que este artículo utiliza es controversial. De esta manera, propongo evaluar al Estado sobre la base de la habilidad que posea para satisfacer las preferencias de sus ciudadanos. A diferencia de los economistas o los utilitaristas, muchos teóricos políticos niegan que esta satisfacción pueda servir de base para medir el valor de un Estado. A pesar de que el lector no estuviera de acuerdo con la positiva metodología de la racionalidad individual y el estándar normativo de satisfacción de preferencias, espero que pueda apreciar nuestro intento de aplicar las ideas aquí expuestas, en su expresión más pura, a la democracia constitucional.

En el tiempo de los barcos de vela, las tripulaciones que partieran en viajes largos contaban siempre con un carpintero, que muchas veces reparaba la cubierta cuando el barco aún se encontraba navegando. La mayoría de las tablas podía retirarse

⁷ Chistes sobre la información:

¿Cómo realiza un filósofo un estudio longitudinal? Se repite la misma pregunta al día siguiente.

Para un abogado, una anécdota constituye evidencia empírica; dos, información.

¿Cuál es el método empírico en el análisis económico del derecho? Torturar la información hasta que confese.

⁸ Chiste: ¿Cómo realiza un abogado un estudio longitudinal? Se repite la misma pregunta al día siguiente.

del amazón, una por una, tomando en cuenta que retirar muchas al mismo tiempo hubiera podido hundir el barco. Así como el carpintero del barco, los economistas pueden analizar las leyes que tienen a su alcance y sugerir mejoras. Este alcance hace más accesibles las normas, incluso las fundamentales como la Constitución. Eventualmente, el acercamiento económico podría llegar a contemplar nuevas estructuras legales completas. Este artículo efectúa un análisis constitucional, una cláusula a la vez, además de contemplar nuevas estructuras legales completas.

1. ORÍGENES

Muchas tradiciones intelectuales inspiraron el acercamiento estratégico a las constituciones. Primero, los teóricos políticos, autores de la doctrina contractualista, concibieron a la Constitución como una negociación entre intereses políticos, similar a la forma en que un negocio contractual implica la negociación de intereses económicos. En el marco del Gráfico 1, la elección contractual se llevaría a cabo por encima de la Constitución ("elección pre-constitucional"); generalmente los contractualistas parten de la no existencia de una Constitución para luego explicar cómo elegir una. Este tipo de argumento surge en el siglo XVIII, cuando las constituciones en Estados Unidos y Francia transformaron todo el orden político, para luego agonizar a inicios del siglo XX. Luego, Buchanan y Tullock reviven el contractualismo en 1964 con su clásico "The Calculus of Consent Logical Foundations of Constitutional Democracy"⁹, a lo que siguió John Rawls con "A Theory of Justice" en 1971 y Robert Nozick, que publicó "Anarchy, State and Utopia" en 1974.

La segunda doctrina que inspira este artículo es el Análisis Económico del Derecho. Schumpeter estableció la diferencia entre el análisis económico basado en teorías formales y el pensamiento económico en base a razonamientos informales¹⁰. Aplicado a la ley, el pensamiento económico es antiguo, mientras que el análisis económico es novedoso. Ronald Coase escribió un artículo en

1960 acerca de *nuisance law*¹¹ titulado "The Problem of Social Cost"; éste se considera, convencionalmente, como el inicio del Análisis Económico del Derecho. En 1970, el libro "The Costs of Accidents" de Guido Calabresi, expandió el análisis económico a la responsabilidad extracontractual; así como Richard Posner nos ofreció un vistazo panorámico con su "Economic Analysis of Law", publicado en 1972. Esta doctrina rápidamente se expandió a publicaciones en temas de contratos, propiedad, responsabilidad extracontractual, derecho regulatorio, corporativo y penal¹¹. El análisis económico de la norma constitucional es escaso, a pesar que han sido publicados unos cuantos libros y dos revistas especializadas.

Este artículo expone una tercera doctrina, conocida como la doctrina de "public choice" o "collective choice". "Public choice" se refiere al hecho que los gobiernos asignen los recursos a los bienes públicos, mientras que los mercados lo hagan en razón de los bienes privados. "Collective choice" se refiere al hecho que la democracia requiere que un grupo de gente tome decisiones por medio de la votación, mientras que un individuo puede decidir por sí mismo comprar dentífrico o frijoles de soya. Como referencia de un buen informe sobre *public choice* o *collective choice* aplicado a la norma constitucional, recomiendo Voigt, 1996.

La teoría del *collective choice* utiliza modelos económicos de comportamiento racional para explicar cómo funcionan las constituciones políticas, contemplando gobiernos representativos y la primacía de la mayoría. Chalet Arrow, en su libro "Social Choice and Individual Values", fue el pionero en la aplicación del análisis económico a los mecanismos de votación. Sen también desarrolló el mensaje de este libro en "Collective Choice and Social Welfare". Duncan Black sintetizó su pensamiento en "The Theory of Committees and Elections", desarrollado por Anthony Downs en "An Economic Theory of Democracy". Asimismo, William Ricker abordó una perspectiva diferente al centrar su análisis en

⁹ Son varias las obras de Buchanan que tratan sobre la lógica constitucional. Al respecto, ver: "The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan", de 1975; "The Domain of Constitutional Economics. Constitutional Political Economy", de 1990, y "Constitutional Economics", de 1991.

¹⁰ SCHUMPETER. "History of Economic Analysis". New York: Oxford University Press. 1986. pp. 38-39.

¹¹ Nota del traductor: *nuisance law* significa uso de propiedad de una manera que molesta al público.

¹¹ Para un vistazo general del análisis económico del derecho, ver: COOTER, Robert D. y ULEN, Tom. "Law and Economics". Segunda Edición. New York: Addison Wesley. 1996; y POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law". Cuarta Edición. Boston: Little Brown. 1992. Para un estudio estadístico de su éxito e influencias, ver: LANDES, William. "The influence of Economics on Law: A Quantitative Study". En: Journal of Law & Economics 36. 1993.

las coaliciones entre partidos, desarrollado en su libro "The Theory of Political Coalitions". Por otro lado, Mancur Olson analizó la influencia del dinero en la política como un problema *free-rider* en "The Logic of Collective Action". También Dennis Mueller resumió estas variadas tradiciones en "Public Choice" y las relacionó con la norma constitucional en "Constitutional Public Choice"; de esta misma manera, Farber y Frickey desarrollaron esta doctrina en "Law and Public Choice" en 1991. Recientemente, Mashaw contribuyó con su reflexivo "Greed, Chaos and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law".

Los científicos estadounidenses adoptaron una manera distinta para describir la manera en que aplicaban sus modelos económicos a la política. John Ferejohn, Matthew McCubbins, Ken Shepsle y Barry Weingast (entre otros) se refieren a sí mismos como "teóricos políticos positivos" (*positive political theorists*). Esta denominación denota la diferencia entre la tarea de explicar positivamente cómo funciona realmente la política y la tarea normativa de filosofar sobre cómo debería funcionar ésta; así, los teóricos políticos se distinguen de los filósofos que tradicionalmente estuvieron a cargo de la teoría política en las universidades norteamericanas. Los teóricos políticos positivos se han valido de la teoría de juegos en su intento por explicar algunas instituciones políticas específicas que pocos economistas logran entender. Shepsle y Bonchek nos ofrecen un vistazo de la teoría de la política positiva en "Analyzing Politics: Rationality, Behavior, and Institutions", de 1997.

Tras abordar varios de estos acercamientos al análisis económico de la política, citamos en cuarto lugar, como influyente en este artículo, a la doctrina del análisis económico comparativo del derecho. En Berkeley, Berlin y Bombay, la microeconomía es la misma pero las leyes son distintas. Como dijo Hein Koetz, "los principios económicos no pierden su poder persuasivo frente a las fronteras de las naciones"¹². La teoría económica tiene la ventaja de poder analizar distintos sistemas legales en un lenguaje que es común a todos ellos. La mayoría de exponentes

del análisis económico del derecho recurre, inevitablemente, a métodos comparativos en el transcurso de su investigación¹³; actualmente, existe un cuerpo de investigación comparativa para varias áreas del derecho¹⁴, entre ellas: el análisis económico comparativo del Derecho Constitucional (Schmidtchen y Cooter, 1997).

Dado que la investigación estadística del derecho constitucional es tan limitada, usualmente recurre a observaciones como evidencia. Observar constituciones de distintos países provee una mejor fuente de evidencia que analizar a un solo país. Por esta misma razón, coincido con Bruce Ackerman, invitando a remediar el subdesarrollo del análisis comparativo del derecho constitucional (Ackerman, 1997).

2. TÉCNICAS

De acuerdo con la definición convencional, la Ley es entendida como una obligación cuyo incumplimiento conlleva una sanción. Quienes tienen a su cargo la promulgación de las leyes suelen preguntarse cómo responderá la gente ante la modificación de una obligación o sanción. Para este propósito, podrán preguntarse si la Constitución requiriera que el Estado otorgue una compensación a los propietarios de la tierra utilizada para proyectos públicos, ¿aumentaría la inversión privada en bienes inmuebles? Hasta antes de 1960, los abogados solían contestar a preguntas de este tipo de casi la misma manera que lo hacían en el año 60 antes de Cristo: en base a su intuición y los datos disponibles. Pasada esta década, la teoría de precios, matemáticamente precisa y confirmada econométricamente, colaboró con brindarnos respuestas más precisas y confiables.

Esta teoría era aplicada al Derecho interpretando las sanciones legales como precios. Sin embargo, gran cantidad de poderes y derechos constitucionales no conllevan sanciones establecidas explícitamente en caso de su violación o incumplimiento. Por ejemplo, una Constitución puede establecer normas, sin especificar las sanciones que derivarían de su incumplimiento. Asimismo,

¹² KOETZ, Hein. "Unfair Terms in Consumer Contracts: Recent Developments in Europe from a Comparative and Economic Perspective". Xerox. 1997. p. 10.

¹³ Por ejemplo, pueden revisarse los textos de la Reunión Anual de la Asociación Europea de Derecho y Economía, publicados cada año en el mes de diciembre en el International Review of Law and Economics.

¹⁴ Para corporaciones y finanzas, ver: Buxbaum y otros. 1991. Para derecho administrativo, ver: Rose-Ackerman. 1994. Para propiedad, ver: Hansmann y Mattei. 1994. Para contratos, ver: Koetz, 1997. En general, ver: Mattei. 1996. Para naciones en desarrollo, Ver: Bruno y Pleskovic. 1997; Buscaglia, Ratner, y Cooter. 1997.

una Constitución puede garantizar la libertad de religión sin especificar cómo proteger el ejercicio de este derecho. Incluso cuando carecen de sanciones explícitas, las constituciones crean incentivos susceptibles al análisis económico.

Para encontrar la razón, podemos utilizar una analogía en el juego Monopolio. Éste especifica precios y reglas, pero no sanciones por romperlas (por ejemplo, avanzar siete casilleros cuando el dado nos indicó avanzar seis). Incluso sin sanciones explícitas, las reglas fundamentales construyen la manera de jugar. De la misma manera, una constitución democrática provee el marco de normas que nos muestra cómo competir en el juego de la política. Una Constitución efectiva crea y limita los canales que orientan la competencia política.

En el caso de los juegos interactivos, los jugadores crean sus estrategias anticipándose a las estrategias que sus competidores puedan adoptar. Como ejemplo, un jugador de fútbol americano puede optar por correr hacia el lado izquierdo del campo, sirviendo como señuelo para despistar al rival mientras el jugador que lleva el balón corre hacia el lado derecho. Al contrario, en un intento por despistar a la montaña, un alpinista jamás emprendería la subida para el lado opuesto de su equipo. El fútbol es estratégico; el alpinismo, no. Los mercados competitivos tienen demasiadas transacciones para que un solo individuo pueda influenciar el precio; por esto, la teoría de precios suele asumir que en el mercado los actores se comportan de manera no estratégica. En contraste, la teoría de juegos analiza el comportamiento estratégico, aquel que usualmente implica un pequeño número de competidores¹⁵.

Este artículo adapta la teoría de precios al análisis de problemas del Derecho constitucional que implican comportamientos estratégicos. Por ejemplo, algunos ciudadanos deciden cómo votar en las elecciones generales según los meritos de los candidatos, con poca preocupación de cómo otros ciudadanos votarían. Sin embargo, el Derecho y la Política, usualmente, involucran un pequeño número de actores que actúan estratégicamente. Para ilustrarlo, los litigantes y los can-

didatos electorales forman estrategias para anticipar las actuaciones de sus oponentes.

A inicios del análisis económico del derecho, los teóricos aprendieron a simplificar los juegos interpretando las estrategias como “costos de transacción” de la interacción interpersonal¹⁶. Desde esta perspectiva, la necesidad de establecer o elegir una estrategia genera un alza sobre el precio de ejecutar una actividad. Analizar la estrategia, de la misma forma como se hace con los precios, simplifica dramáticamente el análisis, siendo de gran ayuda para analizar el inicio del problema (los lectores familiarizados con el Teorema de Coase, entendido como un permiso para posponer el análisis estratégico, recordarán cuánto contribuyó éste a simplificar el análisis económico del derecho de propiedad y las reglas de responsabilidad extracontractual¹⁷). Finalmente, a pesar que el comportamiento estratégico no cause mayor efecto sobre el precio del dentífrico, los frijoles de soya o cualquier otro bien que se ofrezca en un mercado competitivo, los consumidores de estos bienes suelen relacionarse con los precios como si éstos estuvieran fuera de su control; mientras que los políticos buscan anticiparse a las reacciones de sus opositores. Una explicación completa de la interacción entre grupos reducidos de competidores, como litigantes y políticos, debe intentar presentar un modelo de su elección de estrategias. En lugar de aplicar la teoría de precios y considerar a la estrategia como un costo, un análisis más satisfactorio requiere de la teoría de los juegos.

3. VALORES

Muchas predicciones de mi artículo son neutrales con relación a los valores políticos. En este sentido, la Ley de Duverger explica que en el caso de elecciones de tipo “el ganador se lleva todo”, un parlamento bajo el sistema de mayoría de votos, tenderá a segmentarse en dos grupos que compiten por dos resultados diferentes. Esta predicción no intenta afirmar que sea mejor tener dos competidores o un grupo de ellos. Los políticos, administradores, jueces y electores muchas veces intentan predecir los efectos que una ley tendrá sobre los “*policy values*”. Por “*policy*

¹⁵ En general, ver: Baird, Gertner y Picker. 1994, y Rasmusen. 1994. Nótese que organizar a un gran número de personas en jerarquías con pocos líderes puede resultar una conducta estratégica; así como un general hostil lleva grandes tropas a la guerra.

¹⁶ La técnica de considerar a las conductas estratégicas como un costo, fue desarrollada por el Teorema de Coase, el cual afirma: las negociaciones exitosas se deben a que los costos de transacción son bajos. Ver: Coase. 1960, y Cooter. 1982.

¹⁷ Ver: Ibidem.

values” me refiero a los valores comúnmente reflejados en nuestra política pública. Por “*policy science*” me refiero al íntegro de predicciones confiables acerca de la política de valores. Los debates sobre la política pública suelen apoyarse en predicciones dudosas o falsas; el “*policy science*” mejora la calidad de los debates públicos, ya que contribuye con predicciones confiables acerca de la política de valores.

Los economistas son expertos en dos tipos de “*policy values*”: eficiencia y distribución. Más que cualquier otro científico social, un economista entiende cómo las leyes pueden influenciar sobre la eficiencia y distribución de la riqueza en distintos grupos de personas. Por ejemplo, los economistas de la Inglaterra del siglo XIX contribuyeron con un debate político al predecir los efectos que conllevaría el rechazo a las “Leyes del Maíz” (que fijaban tarifas sobre el trigo importado). Las predicciones toman como base la riqueza nacional y la distribución de la riqueza en las distintas clases sociales¹⁸; si una “*policy science*” es aquella que predice las consecuencias de una política de valores públicos, la Economía es la “*policy science*” especializada en la eficiencia y distribución.

A pesar de ello, estos dos valores obedecen a distintos fundamentos políticos. Todos estamos de acuerdo con que es preferible perseguir los bienes de manera eficiente que hacerlo de manera ineficiente. Nadie es capaz de defender públicamente el derroche de dinero. Contrario a esto, partidarios de distintas corrientes políticas discutirían sobre su forma de entender la distribución. Hay quienes están de acuerdo con que el Estado redistribuya los bienes en pos de la equidad y quienes rechazarán tajantemente la redistribución de los ingresos. Algunos economistas toman parte en este debate, ya sea defendiendo la igualdad o protestando en contra de la redistribución; algunos otros abogarán por la neutralidad, optando por predecir los efectos de las diferentes políticas distributivas, sin asumir ninguna de las posturas (“parametrización”). Más aún, algún grupo de economistas evitará la discusión afirmando que la eficiencia es el único valor

que le corresponde tratar a la Economía como ciencia¹⁹.

Siguiendo una antigua tradición económica²⁰, las democracias modernas imponen tributos progresivos a toda la población y transfieren los aportes a los ciudadanos más pobres. Muchas constituciones democráticas buscan imponer límites a la redistribución valiéndose de la protección de la propiedad, pero, al mismo tiempo, otras constituciones democráticas incorporan disposiciones a favor del bien público en sus textos, estableciéndose metas con relación a éste. Como muestra, las constituciones de Sudáfrica y algunos países post-comunistas contemplan “derechos positivos” como el de vivienda, pensión y educación. Por otro lado, los estados de bienestar, generalmente, persiguen estas metas por medio de la legislación, no de sus constituciones. En lugar de establecer derechos cuya protección corresponda a las cortes y juzgados, los valores constitucionalmente contemplados fijan metas y aspiraciones. En mi libro comento acerca del papel de la distribución cuando la Constitución contiene preceptos que, claramente, afectarán la igualdad económica o la pobreza.

La libertad de elección es otro valor constitucional importante que se encuentra relacionado con la teoría económica. Cada persona conoce sus propios deseos mejor que los demás; consecuentemente, los individuos pueden satisfacer mejor sus necesidades cuando se les otorga libertad de elección. Por ello, una Constitución que busca satisfacer las preferencias de los individuos debe garantizar la libertad de estos. Para los ciudadanos, libertad significa limitar los poderes del gobierno, lo que podría interferir con ambiciones políticas. Cuando ley y ambición entran en conflicto, puede que la ambición destruya a la ley. Un ejemplo de esto es España, que sufrió 43 golpes de Estado entre 1814 y 1923²¹. Una de las peores posibilidades políticas ocurre cuando los funcionarios públicos abandonan la ley y se convierten en tiranos; otra, cuando la rivalidad entre facciones políticas degenera en violencia, como sucedió en los

¹⁸ Pueden encontrarse obras clásicas sobre tarifas y tributos en: Musgrave y Peacock, 1967.

¹⁹ La más influyente versión del positivismo económico, que refleja *policy values* de la ciencia, con la posible excepción que constituye la eficiencia, puede encontrarse en: ROBBINS, Lionel. “An Essay on the Nature and Significance of Economic Science”. London: McMillan. 1932; FRIEDMAN, Milton. “An Essay in Positive Economics”. Chicago: University of Chicago Press. 1953.

²⁰ Pigou, 1929 #4936. Es clásico de la tradición económica la idea de que el Estado debería dirigir la distribución del ingreso, de forma tal que logre aliviar la pobreza e incrementar la igualdad. Un ejemplo moderno de ello puede hallarse en: DREZE, Jean y Armatya SEN. “Hunger and Public Action”. Oxford y New York: Clarendon Press y Oxford University Press. 1989.

²¹ “A Survey of Spain”. En: The Economist. 25 de abril de 1992. p. 3.

tiempos de la independencia de India o con Ruanda en los años noventa.

La primera meta de una Constitución es establecer el imperio de la ley y proteger la libertad de sus ciudadanos. La teoría de juegos provee una articulación útil de este objetivo. Un jugador que hace uso de la estrategia *minimax* en un juego, minimiza el máximo daño que pueda sufrir²². La "Constitución *minimax*"²³, por acuñar un término, minimiza el daño cuando ocurren las peores posibilidades políticas. Esta Constitución persigue las metas clásicas de seguridad, legalidad y libertad.

Luego de proveerlas, la Constitución podrá preocuparse de la prosperidad de sus ciudadanos. Para brindarla, ella debe sentar el marco ideal para asignar recursos, tanto privados cuanto públicos, de manera eficiente. El marco legal incluye mercados competitivos para bienes privados y políticas competitivas para bienes públicos.

La justicia es, tal vez, el valor que más se discute en la teoría política. La democracia sienta un marco que permite a los ciudadanos crear distintas concepciones de justicia. Los académicos intentan influenciar la política afirmando por qué una concepción de justicia es mejor o peor que otra. Esta forma de pensar, que admiro²⁴, es normativa y crítica. Mi propósito en este artículo es distinto a ella. Mi intención es explicar cómo, a través de la Constitución, puede organizarse la competencia política para brindar a los ciudadanos las leyes y bienes públicos que necesitan.

Ahora centraré mi análisis en los valores individuales, no en los políticos. La política atrae personas de gran ego cuyas ambiciones ponen en peligro al gobierno. Como David Hume escribió: "*In constraining any system of government, and fixing the several checks and controls of the constitution, each man ought to be supposed a knave, and to have no other end, in all his actions, than private interest*"²⁵. De la misma manera, los economistas suelen asumir

que los individuos persiguen sus propios intereses, en materia de riqueza y poder.

Algunos modelos, presentados en este artículo, asumen que el interés propio motiva exclusivamente a las personas. Los hechos justifican esta premisa en los casos en que la competencia política filtra a sus protagonistas en razón de sus ansias de poder; aquellos candidatos que sacrifican o reducen su lucha por el poder, en razón de la moral, suelen perder las elecciones.

En sentido opuesto, los hechos pueden demostrar la falsedad de esta presunción en casos en que la competencia política filtra a sus candidatos sobre la base de sus virtudes; así lo esperaron algunos de los fundadores de los Estados Unidos al visionar cómo los votantes elegían una "aristocracia natural". Incluso, aquellos individuos que se encuentran fuera del orden político y no enfrentan la presión electoral, logran influenciar la democracia en el gobierno. Es el caso de un ciudadano que vota en secreto o de un juez independiente que decide que un caso debe responder a su conciencia y no a la competencia. Un buen modelo de votación por los ciudadanos o de atribución de los propios jueces debería permitir la coexistencia de valores individuales distintos de la riqueza y el poder, incluyendo la libertad de expresión.

La mayoría de los modelos electorales competitivos tienen como base el desacuerdo. La fuente de éste, que puede ser interés propio o definiciones enfrentadas de interés público, no hace ninguna diferencia entre dichos modelos. Normalmente opto por asumir que las personas se encuentran en desacuerdo en lo relativo a *public choices*, sin especificar cuál es la fuente de este debate; este acercamiento no necesita una teoría de valores individuales. A manera de ejemplo, en determinadas condiciones la mayoría tenderá a distribuirse en el centro de las preferencias políticas. Esta tendencia opera independientemente de la razón por la que los ciudadanos no logran ponerse de acuerdo.

²² En un juego de suma cero, minimizar el máximo daño equivale a maximizar el *payoff* mínimo. Así, la Constitución *minimax* también podría describirse como la Constitución *maximin*.

²³ Esta frase también la utilizo en: COOTER, Robert. "The Minimax Constitution As Democracy". *International Review of Law and Economics* 12. 1992.

²⁴ En especial, aprecio el esfuerzo de Rawls por generar una teoría de la justicia a partir de la ética kantiana, así como su objetivo de plasmarlo en las áreas de Justicia y Política. Ver: RAWLS, John. "A Theory of Justice". Cambridge: Harvard University Press. 1971.

²⁵ HUME, David. "Essays -Moral, Political and Literary". Editorial E. F. Miller, Liberty Classics. Indianapolis: Liberty Fund. 1987 (1777). p. 42.