

PROPIEDAD Y CONSTITUCIONALISMO*

Cass R. Sunstein* **

En vista de los cambios políticos y sociales que se viven en Europa Oriental en las últimas décadas, Cass Sunstein nos ofrece un análisis de las consecuencias económicas, sociales y políticas de un tratamiento constitucional adecuado del sistema de derechos de propiedad. Demuestra que la transición a mercados libres, un sistema político democrático y la instauración del constitucionalismo y Estado de Derecho son tres facetas interdependientes e indispensables en cualquier intento actual de alcanzar niveles aceptables tanto de libertades y seguridad individual como del crecimiento de la economía de un país.

El autor nos recuerda cuáles son las funciones y ventajas de un sistema adecuado de derechos de propiedad y rescata la importancia de una redacción constitucional adecuada para hacer que estos derechos políticos sean realmente efectivos. Con este fin ofrece a los lectores una serie de pautas a seguir, para evitar que se cometan errores catastróficos a través de una regulación mal enfocada, que no reconoce las condiciones constitucionales indispensables para la reforma de la democracia y el impulso del desarrollo económico.

Cass R. Sunstein

* El presente artículo fue publicado originalmente en University of Chicago Law School Law and Economics Working Papers No. 3 (Serie 2), 1991, bajo el título "On Property and Constitutionalism". La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor. La traducción fue realizada por Cristina Van Zuiden Pancorvo, miembro de THEMIS, bajo la supervisión de la doctora Lucila Trelles Castro, Master London School of Economics.

** Al escribir este artículo Cass Sunstein era *Karl N. Llewellyn Professor of Jurisprudence*, del Law School and Department of Political Science de la Universidad de Chicago. En la actualidad es *Karl N. Llewellyn Distinguished Service Professor of Jurisprudence*, del Law School and Department of Political Science de la Universidad de Chicago.

INTRODUCCIÓN

Es de conocimiento general que las recientes revoluciones en Europa Oriental están produciendo una “transición” a gran escala. Es importante, sin embargo, distinguir entre las distintas facetas de los cambios recientes. Los nuevos movimientos reformistas se caracterizan por versar sobre tres transiciones importantes. La primera es una transición de una economía de coerción y planificación central (*command economy*), a una economía de mercado. La segunda es una transición de un sistema dominado por un único partido político, a un sistema democrático. La tercera es una transición de un sistema con un gobierno libre de las ataduras de leyes previamente existentes, hacia el constitucionalismo y el principio de legalidad.

A pesar de que se están realizando trabajos importantes sobre todos estos aspectos, los participantes de los debates actuales generalmente presumen que no existe una relación estrecha entre las tres transiciones mencionadas. Parece que en el presente y en un futuro cercano, lo primero en la agenda de los reformistas será la transición a mercados, acompañada necesariamente de esfuerzos para promover el crecimiento económico. La democratización aparece también en esta agenda, pero tomando un lugar secundario. Mientras tanto, el movimiento por la reforma constitucional generalmente recibe poca atención del público e, indudablemente, se ha visto relegado por otros temas. En muchos círculos se piensa que la redacción de la constitución involucra temas simbólicos o incluso irrelevantes, que no tienen una conexión real con el difícil trabajo pragmático de la reforma económica o política.

Yo creo que la separación de las tres transiciones y la devaluación de la creación constitucional son errores en extremo desafortunados y potencialmente peligrosos. De hecho, estas transiciones se encuentran íntimamente relacionadas. Una constitución adecuada puede ser crucial para la promoción del crecimiento económico y de la reforma democrática; de hecho, puede llegar a ser indispensable para la consecución de estos fines. En cambio, tener el tipo incorrecto de constitución, o no tener constitución alguna, podría ser devastador para ambas metas.

Por dar sólo un ejemplo: una protección firme de los derechos de propiedad, combinada con un poder judicial independiente, es una excelente manera de fomentar la inversión internacional en un país. A su vez, estos mecanismos también alentarían la inversión e iniciativa doméstica. Sin tales protecciones constitucionales, habrá un serio obstáculo para la necesaria actividad económica de empresas nacionales y extranjeras. Cualquiera que se involucre en tales actividades lo hará sabiendo que el Estado podría confiscar su propiedad o abrogar sus contratos. Lo menos que se pue-

de decir es que esto sería un obstáculo para el desarrollo económico.

En Europa Oriental hay una necesidad más apremiante de dar protección constitucional a los derechos económicos y democráticos, que lo que hubo en su momento en los Estados Unidos o en Occidente. En los Estados Unidos, por ejemplo, el proceso de creación constitucional se vio simplificado por el hecho que la propiedad privada, el derecho anglosajón (*common law*) y la sociedad civil se encontraban firmemente afianzados. Los creadores de la Constitución podían construir sobre la base de, y buscar proteger, los logros ya existentes. El mercado y las instituciones de la sociedad civil –asociaciones privadas intermediarias que operan entre el individuo y el Estado, tales como organizaciones religiosas, fundaciones caritativas, agrupaciones comunitarias locales y empresas de negocios– se anticiparon a la Constitución.

En el caso de Europa Oriental, la tarea de creación constitucional es más crítica y desalentadora, precisamente por la ausencia de instituciones sólidas preestablecidas que protejan el funcionamiento del mercado (*market ordering*) y la sociedad civil. Las constituciones emergentes no sólo tienen que crear las estructuras básicas gubernamentales y proteger el catálogo convencional de derechos liberales, sino que además deben preocuparse por crear salvaguardas para la transición a una economía de mercado (o a alguna versión de ella). Si fallan en esta tarea, gran parte del trabajo importante quedará en manos del poder legislativo, donde podrían encontrarse especiales barreras al éxito. Un problema específico es que la política democrática podría dificultar la creación de mercados reales (*real markets*), los cuales producen problemas transicionales tales como la inflación y el desempleo. Más grave aun, el proceso de creación constitucional podría volverse irrelevante para muchos de los temas fundamentales a los que ahora se enfrenta Europa Oriental. Actualmente, hay un serio riesgo de que el momento y la oportunidad para la constitucionalización se pierdan irreversiblemente, poniendo en peligro tanto la prosperidad como la democratización.

Este ensayo viene en tres partes. La primera discute brevemente las relaciones entre propiedad, democracia y crecimiento económico. Mi meta principal es demostrar que la propiedad debe ser vista como un derecho político, uno que reduce la dependencia en el Estado y que crea un tipo de seguridad indispensable para la genuina ciudadanía en una democracia. Los derechos de propiedad no están en conflicto con la democracia; es más, en varios sentidos ayudan a crear las condiciones previas para el autogobierno. La creación de la propiedad privada cumple también una serie de funciones indispensables para el desarrollo económico.

La segunda parte especula sobre el contenido de una constitución que, a diferencia de las Constituciones occidentales, ha sido diseñada con conciencia de su rol creador de una economía de mercado y de su rol promotor de las instituciones de la sociedad civil. Mi objetivo principal es argumentar que el constitucionalismo puede tener un papel protagónico tanto en la protección del desarrollo económico como en la del autogobierno democrático. Una constitución bien planteada puede protegernos contra un sistema en el que los derechos de propiedad están sujetos a una constante revisión política, sistema que vuelve a introducir todos los problemas, económicos y democráticos, introducidos antes por la propiedad comunitaria socialista. Con un catálogo de las posibles disposiciones espero dar inicio a un proceso que facilite la creación de una suerte de Declaración Económica de Derechos (*Bill of Rights*) para la creación constitucional en Europa Oriental. Ésta podría terminar formando parte de las contribuciones que los sucesos recientes han brindado a la teoría y práctica del constitucionalismo, así como a la tan necesaria integración de la economía y el constitucionalismo.

La tercera parte trata dos problemas que no pueden ser resueltos mediante la creación constitucional. El primero es la interpretación. El significado de cualquier texto está en función de principios interpretativos, que no pueden ser descritos en el mismo texto. El segundo problema es la asignación inicial de títulos. Esta tarea debe ser realizada por medio de la legislación ordinaria y tendrá una serie de consecuencias sorprendentes.

I. PROPIEDAD, PROSPERIDAD Y DEMOCRACIA

Debemos empezar distinguiendo dos clases de constitución. Muchos occidentales creen que las constituciones de corte soviético no son constituciones propiamente dichas. Más bien, éstas personifican una concepción distinta del constitucionalismo, específicamente uno que no distingue entre las esferas pública y privada. Aplican sus prescripciones y permisos a todos por igual.

Más aun, estas constituciones contienen tanto deberes como derechos. No atribuyen solamente privilegios a los ciudadanos sino que también les imponen deberes. Finalmente, y más importante aun, las disposiciones centrales de las constituciones soviéticas esbozan aspiraciones y compromisos sociales muy generales. Sus disposiciones están diseñadas para declarar estas aspiraciones, no para crear derechos concretos que los ciudadanos puedan reclamar para sí, a través de un poder judicial independiente, contra los oficiales del gobierno. Estas aspiraciones incluyen una amplia gama de derechos "positivos".

Así, la Constitución Soviética incluye el derecho al trabajo (artículo 40), el derecho al descanso y al ocio (artículo 41), el derecho a la protección de la salud (artículo 42) y el derecho al ser mantenido en la vejez, enfermedad y discapacidad (artículo 43). Impone a los ciudadanos el deber de "preservar y proteger la propiedad socialista" y de "reforzar el poder y prestigio" del Estado soviético (artículo 62). La Constitución Polaca incluye el derecho al trabajo (artículo 68), el derecho al descanso y al ocio (artículo 69) y el derecho a la protección de la salud (artículo 70). La Constitución Rumana incluye el derecho al ocio (artículo 19), el derecho al trabajo, incluso a una remuneración igual por igual trabajo y medidas para la protección y seguridad de los trabajadores (artículo 18); la Constitución Búlgara ofrece el derecho a vacaciones (artículo 42), el derecho al trabajo (artículo 40), el derecho a seguridad en el trabajo (artículo 41), el derecho a la seguridad social (artículo 43) y el derecho a la atención médica gratuita (artículo 47).

Las constituciones occidentales son sustancialmente diferentes en cada uno de estos aspectos. Las disposiciones de estas constituciones generalmente son aplicables sólo al gobierno y no a los actores privados. No imponen deberes. La diferencia más importante es que buscan crear derechos individuales sólidos, que puedan ser invocados individualmente por los ciudadanos como derechos propios, frente a un tribunal independiente y autorizado para frenar la acción gubernamental. Las constituciones occidentales generalmente no incluyen aspiraciones amplias.

Los derechos individuales protegidos por las constituciones occidentales no se limitan, evidentemente, a la propiedad privada y a las libertades económicas. Estos derechos incluyen además otras libertades y derechos políticos y civiles, siendo éstos protecciones indispensables. Mi objetivo principal, sin embargo, es entender cómo el constitucionalismo puede servir para promover la transición a economías de mercado y al mismo tiempo, la transición a la democracia. Es por esta razón que sería conveniente concentrarnos en el derecho a la propiedad privada. En esta sección describo brevemente algunas de las funciones de este derecho. Lo básico del relato debe resultarles familiar. Lo vuelvo a contar en este momento porque es de gran importancia tenerlo en mente mientras se explora la reciente ola de creación constitucional que está ocurriendo en Europa Oriental.

A. Propiedad privada y prosperidad económica

Es reconocido generalmente que un sistema de propiedad privada ayuda a crear prosperidad económica. Hay por lo menos cuatro razones fundamentales para ello¹.

¹ En esta sección hago uso de WALDRON, J. "The Right to Private Property". 1988.

En primer lugar, la institución de la propiedad privada² crea y aprovecha la poderosa inclinación humana de atraer bienes y servicios hacia uno mismo y hacia aquellas personas por las que uno siente afecto³. Esta afirmación no depende de una aseveración sobre el egoísmo humano. El deseo de adquirir bienes puede ser profundamente altruista, en el sentido de que algunos podrían querer dar sus bienes a otros, incluso a los más vulnerables.

En un sistema de propiedad privada, las ganancias del uso y cultivo de los derechos de propiedad se acumulan en un dueño específico. Un sistema sin propiedad privada sofoca los incentivos y, por tanto, induce tanto al desgano como al desperdicio⁴. Estas afirmaciones tampoco se deben a una perspectiva particularmente cínica sobre la naturaleza humana. Sólo se necesita dar una mirada breve a la historia, pasada y presente, y reconocer que los seres humanos frecuentemente tratarán de acumular recursos. En tal sentido, las instituciones sociales concordes con esta tendencia incrementarán la productividad social.

En segundo lugar, un sistema de propiedad privada realiza una función de coordinación crucial. Asegura que los múltiples deseos de cientos, miles o millones de consumidores se verán reflejados en el mercado. De esta manera, protege contra las manifestaciones perversas de la escasez, producidas por las economías de planificación central. Es imposible que los funcionarios públicos sepan de antemano qué y cuántos bienes las personas van a querer. Sus decisiones crearán a la vez demasiada y muy poca producción. Por el contrario, un sistema de derechos de propiedad privada incita a las personas a orientar su actividad productiva a lo que tenga mayor valor. Una economía de planificación central es muy inferior en este sentido. Cada ciudadano de Europa Oriental ha visto múltiples ejemplos de ello.

En tercer lugar, un sistema de propiedad privada resuelve de golpe un serio problema de acción colectiva

afrontado por personas en cualquier sistema que carece de esta institución⁵. Cuando algo no tiene dueño, nadie tiene suficiente incentivo para usarlo plenamente ni para protegerlo de la explotación. La creación de la propiedad privada supera este problema. Asegura que las externalidades del uso serán internalizadas por las personas que están produciendo tanto daños como beneficios sociales⁶.

Este punto puede quedar más claro con una mirada al problema de la contaminación ambiental. En los últimos años se viene reconociendo que este problema – especialmente severo en Europa Oriental, aunque de importancia crucial también en el Oeste – se debe en gran parte⁷ a que el agua y el aire son bienes públicos; es decir, de propiedad colectiva en vez de privada⁸. La consecuencia es que los costos ambientales de la contaminación se vuelven difusos y no son “internalizados”; es decir, tomados en cuenta por los contaminadores. Dado que no asumen el costo de manera directa, los contaminadores carecen de incentivos para limitar su actividad contaminadora. Este sistema crea entonces una tendencia intrínseca hacia altos niveles de contaminación.

Un sistema sin propiedad privada puede ser entendido como una versión masiva de esta lamentable situación. Si los bienes no tienen dueño, todos tienen un incentivo para explotarlos, y nadie un incentivo para usarlos a plenitud. Los niveles de actividad no tendrán ninguna relación con los costos y beneficios sociales que generen⁹. Los derechos de propiedad superan esta dificultad. Operan de la misma manera que un sistema adecuado de derecho ambiental, asegurando que las personas tengan incentivos para tener en cuenta tanto los efectos negativos de sus actividades como los positivos. Ésta es una tarea de gran importancia para una democracia constitucional.

Finalmente, un sistema de propiedad privada crea la estabilidad y protección de expectativas que constituyen condiciones previas para la inversión y la iniciativa,

² Técnicamente un sistema de propiedad privada no debe ser identificado con una economía de mercado. La característica principal de una economía de mercado es la libre enajenación de los derechos de propiedad. La característica distintiva de la propiedad privada es que los individuos pueden decidir cómo serán utilizados los recursos. Ver WALDRON, J. Nota 1 *supra*. p. 60. En la práctica, sin embargo, estas ideas íntimamente relacionadas tienden a ir de la mano.

³ Aristóteles planteó el punto fundamental: “Los hombres prestan mayor atención a lo propio: les importa menos lo que es común o, en todo caso, les importa sólo en la medida que le concierna a cada individuo.” Ver ARISTÓTELES. “Política”. 1261. p. 44 (traducción de Barker).

⁴ Esta es una afirmación sobre hechos probables, no una verdad necesaria. Poderosas normas sociales pueden actuar como sustitutos a la propiedad privada, ayudando a superar algunos de los problemas tratados en el texto. ULLMANN-MARGALIT. “The Emergence of Norms”. 1978.

⁵ Este punto es desarrollado en DEMSETZ. “Toward a Theory of Property Rights”. En: Am. Econ. Rev. Proceedings and Papers 57. 1967.

⁶ El texto utiliza una comprensión pre-Coasiana de tanto daños como beneficios. Ver COASE. “The Problem of Social Cost”. En: J. Law & Econ. 3. 1960. p. 1; es decir, asume que podemos saber, sin mucha reflexión, qué clases de cosas son “costos” de ciertas actividades. Para Coase los costos son entidades relacionales producidas por actos y omisiones de muchas personas, sin ser claramente atribuibles a ninguna de ellas en particular. El entender que algo es un costo de otra cosa parece una proposición descriptiva, pero deberá en realidad ser justificado en términos morales.

⁷ Esto no es, evidentemente, la única manera de enfocar el problema ambiental. Hay otras razones no económicas para pensar que el nivel de contaminación es demasiado alto. Ver KELMAN, S. “What Price Incentives?”. 1982.

⁸ HARDIN. “The Tragedy of the Commons”. En: Science 1243. 1968. p.162.

⁹ No es mi propósito apoyar aquí la concepción económica de costos y beneficios, basada en la voluntad privada de pagar, y que será inaceptable para muchos objetivos. Sin embargo, desde cualquier clase de valoración, un sistema de propiedad colectiva amenaza presentar los peligros mencionados en el texto.

tanto nacional como extranjera. Una compañía que debate sobre si debe invertir en un país o no, tendrá un mayor incentivo para proceder si sabe que su inversión será protegida y que la confiscación por parte del gobierno se encuentra prohibida por la ley fundamental de éste. Será mucho más probable que un ciudadano que busca iniciar un negocio, efectivamente invierta si sabe que lo hará dentro de un marco seguro y estable, protegido de las vicisitudes de las políticas gubernamentales. De esta manera, el desarrollo económico también puede ser facilitado por los derechos de propiedad.

B. Propiedad y democracia

La conexión entre la propiedad y la prosperidad puede estar ya razonablemente comprendida; pero el derecho a la propiedad privada no siempre ha sido considerado como una condición previa para la democracia. Por el contrario, la propiedad privada ha sido muchas veces vista como un obstáculo para la democracia y, por este motivo, considerada objetable o, a lo mejor, vista como una institución necesaria para el crecimiento económico, que deberá por tanto, ser tolerada a pesar de sus efectos corrosivos sobre el proceso de democratización¹⁰.

De hecho existe cierta tensión entre un sistema de derechos de propiedad y un sistema democrático. Si los derechos de propiedad son sólidos, habrá también un límite firme a lo que el proceso democrático puede hacer de manera legal. En este sentido, la tensión es real y duradera. En particular, los mercados imponen costos de corto plazo¹¹ —desempleo e inflación— lo que probablemente haga que en las democracias emergentes de Europa Oriental haya una tendencia continua a frenar el avance de la transición a mercados, o a rechazar de plano esta transición. Por esta razón, la transición simultánea a la democracia y a los mercados económicos —sin la protección del constitucionalismo— va a ser excepcionalmente difícil.

Sin embargo, es del todo factible considerar que el derecho a un sistema estable de derechos de propiedad —donde el Estado solamente intervenga de manera ocasional o limitada, incluyendo además provisiones para la indemnización— no se opone a la democracia, siendo más bien indispensable para la consecución de este fin.

El aspecto más fundamental de la relación entre propiedad y democracia es que el derecho a ser titular de propiedad privada conlleva efectos importantes y beneficiosos sobre la relación del ciudadano con el Estado e, igualmente importante, sobre cómo el ciudadano entiende esta relación. En vista de estos efectos, la propiedad puede considerarse como una condición previa para la ciudadanía. La seguridad e independencia personales frente al gobierno son garantizadas dentro de un sistema donde los derechos de propiedad son protegidos por las instituciones públicas.

Este esquema ha jugado un papel importante en el pensamiento republicano. Desde el punto de vista republicano, ser ciudadano implica una medida de independencia frente al poder del Estado. Esta perspectiva ha sido asociada muchas veces a prácticas exclusivistas, como por ejemplo, la noción de que las personas sin propiedad no deberían votar. Uno puede deplorar esta exclusión sin rechazar la afirmación que un Estado democrático debe intentar dar a sus ciudadanos un sentido de independencia frente a éste. De hecho, la tradición republicana vista a la luz de un entendimiento moderno, aboga no por un sistema que elimine la propiedad privada, sino más bien por uno en el que todos la puedan tener.

En este sentido, la titularidad de la propiedad privada se encuentra íntimamente ligada al principio de legalidad¹². Ambos crean un ámbito de autonomía privada en el que la ciudadanía puede actuar sin temor a la intervención pública. Este ámbito es indispensable para la existencia de la esfera pública en sí misma. Sólo aquellos con cierto grado de seguridad frente al Estado son capaces de participar en la deliberación democrática, sin temor y con independencia. En tal sentido, una clara diferenciación legal entre la esfera pública y la privada puede ser útil para servir a la primera. Contrario al entendimiento convencional del tema, ésta no tiene por qué deteriorarla¹³.

Más fundamental aun: la división entre la esfera pública y la privada es difícil de defender e incluso de entender, si se le da un enfoque metafísico o si se entiende de manera que implique que el poder público no creó también la esfera privada. Más bien, si entendemos esta división como una de carácter político, que deberá ser justificada como tal en términos públicos, se vuelve a la vez inteligible e indispensable. La crea-

¹⁰ No trato aquí la relación entre el desarrollo individual y los derechos de propiedad, aunque sí creo que éstos promueven el logro de ese objetivo. Para un buen análisis del tema ver: WALDRON, J. Nota 1 *supra*. cap. 10.

¹¹ Y otros de largo plazo también.

¹² HAYEK, F. "The Road to Serfdom". 1948. Inicialmente, el discurso de Hayek sobre este tema parece excepcionalmente confuso. Identifica mercados y propiedad por un lado, y el principio de legalidad por el otro; pero este principio no parece implicar necesariamente mercados y propiedad, sino más bien límites firmes a la discrecionalidad oficial e instituciones firmes que impongan tales límites. Estos límites pueden ser creados independientemente de la propiedad; es decir, una economía de planificación central puede crear reglas claras de antemano (considere, por ejemplo, algunos aspectos del Derecho Norteamericano sobre protección ambiental, que depende de métodos de mando y control estatal, pero no delega autoridad ilimitada a los burócratas). Sin embargo, esta identificación parece más plausible a la vista de los temas analizados en el texto.

¹³ HOLMES. "Gag Rules and Democracy". En: Constitutionalism and Democracy. 1988.

ción (legal) de una esfera privada, por parte del Estado, resulta clave para la creación de la sociedad civil y de la mecánica de mercado. Si éstos pueden ser justificados, la esfera privada dejará de ser problemática, al menos en el plano abstracto. El contenido de esta esfera, no obstante, puede ser criticado, y se encuentra sujeto a una frecuente redefinición democrática.

La creación de la propiedad privada se puede vincular además a la prohibición tradicional a sancionar sobre la base de leyes de contenido ambiguo o sin base alguna en la ley¹⁴. Esta prohibición está diseñada para proveer a la ciudadanía de una suerte de muro de protección de su seguridad personal, creando zonas de libertad en los que uno puede actuar sin temor. Un sistema de propiedad privada tiene funciones similares.

Resulta fundamental destacar que en un Estado donde no existe la propiedad privada, los ciudadanos se vuelven dependientes, casi cotidianamente, de la buena voluntad de los funcionarios del gobierno¹⁵. Todo lo que puedan tener es un privilegio y no un derecho. Por esto su posición frente al Estado es la del que suplica o mendiga, y no la del titular legítimo de un derecho. Cualquier desafío al Estado puede ser sofocado o desalentado, dado que cualquier cuestionamiento serio podría causar el retiro de los bienes que dan seguridades básicas a las personas. El derecho a la propiedad privada libre de interferencias estatales, es en este sentido una base indispensable para la democracia.

En el Derecho Norteamericano, la doctrina de las condiciones inconstitucionales (*unconstitutional conditions doctrine*) responde a este problema en el contexto del financiamiento, del otorgamiento de licencias y del empleo¹⁶. Por ejemplo, el Estado no puede utilizar su poder para otorgar beneficios sociales como una presión para restringir el libre ejercicio de los derechos de expresión. De hecho, la creación de derechos de propiedad debe ser entendida como una doctrina de condiciones inconstitucionales (de una manera muy general). La idea es que el Estado no pueda utilizar su poder sobre la propiedad para presionar a los derechos en general; la existencia de derechos de propiedad genera una barrera sólida contra este tipo de presión, de manera similar al aislamiento que provee la doctrina de condiciones inconstitucionales en contextos más estrechos.

La propiedad privada ayuda además, a promover la resistencia al gobierno de una manera más particular.

Si el Estado es dueño de los medios de comunicación o de los medios para su distribución, entonces la libertad de expresión no puede existir fácilmente. De hecho, si el Estado mismo es titular del periódico o lo asigna a discreción, habrá graves problemas para el sistema de libre expresión. En general, la titularidad privada facilita la clase de seguridad de la que dependen tanto la diversidad como el pluralismo. La censura política puede ser del todo innecesaria si todos saben que sus tenencias actuales son vulnerables al control estatal.

Por último, una de las mejores formas de destruir un sistema democrático es asegurándose de que la distribución de la riqueza y de los recursos sea inestable y se encuentre en constante peligro de reevaluación por parte del proceso político. Un alto grado de estabilidad es necesario para permitir que las personas planifiquen sus negocios, para reducir los efectos del poder de facciones o grupos de interés sobre el gobierno, para promover la inversión y para prevenir la erosión del proceso político que se da cuando se busca resolver problemas de la magnitud y peso emocional presentes respecto de quién tiene derecho a qué. La estabilidad y la seguridad, un sentido de contexto, son bienes individuales y colectivos importantes. Un sistema en el que los derechos de propiedad están abiertos a un reajuste continuo producirá serios daños¹⁷.

Adicionalmente, el control estatal sobre la propiedad, a través del constante reajuste de los derechos de propiedad, simplemente vuelve a introducir el problema de la acción colectiva, originalmente resuelto por estos derechos. La teoría económica sobre las decisiones públicas (*public choice theory*) puede ser vista en parte como una generalización de esta sencilla idea.

Más aun, al igual que el derecho a la libertad de conciencia religiosa¹⁸, el derecho de propiedad ayuda a crear una sociedad civil floreciente, que viene a ser un nivel intermedio entre el Estado y el individuo. El desarrollo de una sociedad civil puede ser visto, a su vez, como un mecanismo para la obtención de prosperidad económica, así como para la promoción del autogobierno (*self governance*). Un sistema constitucional que respeta la propiedad privada debe ser visto, no como un mecanismo de oposición a los derechos liberales al autogobierno colectivo, sino como una manera de fortalecer tales procesos democráticos.

Aún no he tocado el tema de la redistribución. En el

¹⁴ Ver el debate clásico en FULLER, L. "The Morality of Law". 1964.

¹⁵ Los efectos desmoralizadores de estos regímenes son conocidos por los ciudadanos de los países Comunistas, así como por sus visitantes. La dependencia continua sobre funcionarios estatales causa toda una serie previsible de efectos corrosivos sobre el carácter y espíritu, un tema digno de investigación por un Tocqueville contemporáneo.

¹⁶ Ver este tema de manera general en SULLIVAN. "Inconstitutional Conditions". En: Harv. L. Rev. 102. 1989. p. 1413. EPSTEIN. "Inconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Content". En: Harv. L. Rev. 102. 1988. p. 4.

¹⁷ Por esta razón, el apoyo del *context-smashing* o romper con el contexto nos resulta incomprendible en UNGER, R. "Politics". 1985.

¹⁸ HOLMES, Nota 13 *supra*.

Oeste muchas veces se piensa que el entusiasmo por los derechos de propiedad implica una renuencia a permitir la redistribución o (peor aun) una indiferencia total hacia la pobreza. La respuesta correcta a esto es doble; en primer lugar, los derechos de propiedad ayudan a crear riqueza, y una mayor riqueza muchas veces puede beneficiar también a los más vulnerables. Una y otra vez se ha demostrado que el crecimiento económico trae mayores beneficios a los más necesitados, que los programas de bienestar social y empleo. Evidentemente, el crecimiento no lo hace todo y debe ser suplementado. En segundo lugar, entonces, vemos que los programas de bienestar social y empleo son una parte necesaria de cualquier sistema de derechos de propiedad. La mejor manera de defender estos derechos es en términos concientemente instrumentales, a través de los beneficios que traen. Cuando estos derechos no logran el bien, o un bien suficiente, deberán ser acompañados de otras estrategias sociales.

Entendido correctamente, defender los derechos de propiedad es defender a la vez a los programas de redistribución. Estos programas no se encuentran diseñados para crear igualdad económica —una meta verdaderamente desastrosa— sino para crear una genuina igualdad de oportunidades e, igualmente importante, libertad para todas las personas que componen la sociedad, libertad frente a condiciones desesperadas o a circunstancias que impiden el funcionamiento humano¹⁹.

II. PROPIEDAD Y CREACIÓN CONSTITUCIONAL

He dicho ya que la tarea del desarrollo económico no se puede separar tajantemente de la tarea de creación constitucional. Sin la protección constitucional de los derechos de propiedad, habrá una tendencia constante a realizar ajustes *ad hoc* a la distribución de la propiedad. Cuando un grupo de personas haya adquirido una cantidad sustancial de dinero será tentador imponerles tributos excesivos. Cuando otro grupo se encuentre al borde de la quiebra será tentador subsidiarlos. Estas medidas podrán parecer justas o incluso necesarias, pero si todos saben que el gobierno puede reaccionar de esta manera, habrá un poderoso freno a la creación de una economía de mercado. Ningún ciudadano, así como ningún inversionista nacional o extranjero, podrá estar seguro de su inmunidad frente al Estado.

Hay un grave riesgo de que el control gubernamental sobre los derechos de propiedad socave la decisión,

tomada dentro del sistema básico que crea estos derechos, de resolver el problema de acción colectiva que se presenta con la titularidad pública. Si los derechos de propiedad son desprotegidos, si se encuentran sujetos a una continua evaluación gubernamental, el sistema derivará en uno en el que éstos no existirán. Ello traerá todos los problemas descritos en la Parte I, a los que un sistema de derechos de propiedad debe responder. Sobre todo, creará vulnerabilidad individual frente al gobierno y al mismo tiempo, generará tanto demasiado como muy poco uso de los recursos existentes. Será un freno al desarrollo económico y al tránsito hacia la democracia.

A. En general

Yo he dicho que una constitución puede hacer mucho por facilitar la transición hacia los mercados económicos y la propiedad privada. Para que pueda lograrlo, es necesario que las protecciones constitucionales sean ejecutables en la vía judicial; es decir, que exista un tribunal disponible ante el que se puedan reivindicar los derechos que crea la constitución. Los ciudadanos comunes deben tener un derecho general a plantear objeciones constitucionales ante tribunales independientes y autorizados para disponer reparaciones y enmiendas. Sin la revisión judicial, las constituciones tienden a valer poco más que el papel sobre el cual han sido escritas. Se vuelven nada más que palabras vacías o documentos de relaciones públicas, en vez de instrumentos que confieren verdaderos derechos. Mientras que la eficiencia de los tribunales en la reforma social puede ser discutible²⁰, no hay duda de que las constituciones judicialmente ejecutables puedan tener efectos significativos, tanto en los resultados de la vida real como en la cultura legal y social en general²¹. Es cierto que algunos países occidentales han logrado prosperar con poca o ninguna ejecución judicial de sus constituciones; sin embargo, estas naciones contaban con un trasfondo de sociedad civil, economías de mercado y derechos de propiedad bien definidos. Para ellos las protecciones constitucionales eran mucho menos importantes.

Para Europa Oriental en general, la redacción de la constitución parece conllevar dos retos particulares. El primero es iniciar el proceso de creación de una cultura legal con una firme protección judicial de los derechos individuales. Al decir derechos individuales me refiero, en primer lugar, a los tradicionales derechos “negativos” frente al gobierno, predominando entre

¹⁹ Ver NUSSBAUM. “Aristotelian Social Democracy”. En: *Liberalism and the Good* (DOUGLASS, R., MARA, G. y RICARDSON, H. 1990.); y SEN, A. “Comodities and Capabilities”. 1985.

²⁰ Ver ROSENBERG, G. “The Hollow Hope”. 1991.

²¹ El efecto se debe en gran parte a la disuasión preventiva que ejerce sobre la acción gubernamental dañina, más que a pérdidas reales por parte del gobierno en los litigios de casos en las cortes. El miedo a perder en los tribunales ha servido muchas veces como un significativo factor de disuasión para el gobierno.

ellos el derecho a la propiedad privada y a la libertad contractual. Claro está que no es correcto pensar que estos son derechos verdaderamente negativos. Su existencia depende de instituciones gubernamentales dispuestas a reconocerlos, crearlos y protegerlos. Éste es, sin embargo, sólo un tema semántico, la defensa de los derechos tradicionales no depende de la falsa afirmación de su carácter negativo.

El segundo reto consiste en facilitar la creación de una economía de mercado y de una sociedad civil; esto es, una esfera de acción privada que contiene instituciones (iglesias, mercados, corporaciones, sindicatos laborales, organizaciones de mujeres, etc.) independientes del Estado y mínimamente restringidas por éste. Al lograr estos retos, una constitución podría promover las metas de la democracia y al mismo tiempo, ayudar a crear prosperidad económica.

Para llevar a cabo esta tarea, los redactores de las constituciones deben evitar tres estrategias que contienen graves riesgos. Todas estas estrategias son, a su vez, características del constitucionalismo comunista. Desafortunadamente, todas éstas parecen estar influenciando los actuales debates de la era post-comunista. Los proyectos de constitución actuales tienden a replicar los errores de las constituciones comunistas²².

1. Aspiraciones

La primera de estas estrategias es utilizar una constitución para exponer aspiraciones sociales muy generales o para imponer deberes positivos al gobierno (tales como la declaración de un estado social de bienestar que incluye garantías como remuneración equitativa, tiempo de ocio, seguridad social y seguridad y salud laboral). Existen tres razones por las cuales ésta sería una estrategia peligrosa, al menos en las condiciones actuales.

En primer lugar, al declarar aspiraciones e imponer deberes positivos –práctica evidentemente común en la Constitución Soviética– se corre el riesgo de convertir la constitución en algo distinto a un documento legal con consecuencias reales. Es importante recordar que una constitución que busca crear derechos oponible en la realidad, no puede enumerar todas las aspiraciones de un país. Se debe limitar, en su mayor parte, a los derechos que realmente pueda hacer efectivos. No es probable que una constitución que crea derechos positivos se encuentre sujeta a la efectivización judicial, ya que (i) estos derechos están vagamente definidos; (ii) involucran simultáneamente

intereses de diversas personas; y, (iii) su existencia depende de un manejo activo de las instituciones gubernamentales, actividad para la cual los jueces no se encuentran capacitados. La existencia de derechos no oponible tiende a destruir los derechos negativos – libertad de expresión, religión, etc.– que de otro modo podrían ser genuinos. Si algunos derechos resultasen no oponible, es probable que los otros sigan el mismo camino.

El segundo problema que presentan los derechos positivos es que se oponen a los actuales esfuerzos generales para disminuir la percepción de que se tiene derecho a la protección estatal, y para promover la independencia e iniciativa individual. Tanto los mercados como la democracia tienden a desarrollar estas saludables características. El constitucionalismo liberal es alabado a veces por responder adecuadamente a la “naturaleza humana” y no tratar de interferir con ella. Sin duda hay algo de razón en esta idea, dado que los esfuerzos por revisar aspectos fundamentales del carácter humano están normalmente destinados al fracaso. El constitucionalismo liberal, por otro lado, puede ser defendido precisamente porque tiene efectos saludables sobre el carácter humano. Los mercados y la democracia tienden a crear ciertos tipos de carácter con muchas características valiosas.²³

Habiendo dicho esto, no sostengo en absoluto que en esta época de post-reforma, las naciones de Europa Oriental deban eliminar las protecciones de bienestar social y abandonar a sus ciudadanos a las vicisitudes del mercado. Ello sería una receta para el desastre, dado que permitiría una clase de sufrimiento masivo, inaceptable en cualquier nación. Sin embargo, estas protecciones deberían crearse a nivel de legislación ordinaria, sujetas al debate democrático, en vez de ser ubicadas en el documento fundacional.

El tercer problema de los derechos positivos es que establecen como deber constitucional, la interferencia gubernamental en los mercados. El esfuerzo actual se encamina justamente a limitar tales interferencias y a establecer las condiciones previas para los mercados privados, el libre comercio y la libertad contractual. Imponer un deber constitucional de interferencia es ir precisamente en el sentido opuesto.

2. Deberes

Otra estrategia que presenta similares riesgos, es la de usar la constitución como escenario para la creación de “deberes” además de derechos, siendo improbable que tales deberes sean oponible a través de los

²² Estos proyectos de constitución están archivados y pueden ser obtenidos en el Centro de constitucionalismo en Europa Oriental, Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

²³ Ver MILL, J. “Considerations on Representative Government”. New York: Liberal Arts Press. 1958. Con esto evidentemente no afirmo que todas esas características son siempre buenas.

tribunales. Su declaración en la constitución tiende a debilitar la conciencia de que el documento crea derechos con contenido concreto, protegidos frente al Estado. Más aun, los países de Europa Oriental buscan ahora eliminar los efectos de esta idea que el Estado impone “deberes” a los ciudadanos en vez de concederles derechos. Es posible que en Occidente un mayor énfasis en los deberes sea una buena idea. Tal vez el énfasis occidental dado a los derechos haya dañado la deliberación social, sobre todo en los Estados Unidos donde los deberes deberían ser tomados más seriamente²⁴. Sin embargo, en este momento ésta es la dirección de la que debe alejarse Europa Oriental.

3. No distinguir las esferas pública y privada

Una tercera estrategia peligrosa es la de hacer que las disposiciones de la constitución obliguen a personas y organizaciones privadas y no sólo al Estado. En casi todos los sistemas occidentales, la constitución se aplica únicamente al gobierno y no a las personas en general. Esto es extremadamente importante dado que reconoce y facilita la creación de una esfera privada; es decir, de una sociedad civil que opera independientemente del Estado. También da libertad a organizaciones privadas, tales como organizaciones religiosas, uniones, etc., para actuar como consideren conveniente. Si las personas desean aplicar determinadas disposiciones constitucionales a organizaciones privadas lo podrán hacer, pero a través de la legislación común. Es un error, sin embargo, aplicar estas disposiciones a través de la constitución misma. Lo que hace esta estrategia sobre todo, es borrar la distinción entre las esferas pública y privada, de manera que tiende a destruir las aspiraciones actuales de los países de Europa Oriental. Como se mencionó anteriormente, esta distinción de esferas debería ser fuertemente defendida sobre bases políticas sustantivas.

Irónicamente, estos riesgos son más graves para Oriente que para Occidente. En los Estados Unidos, por ejemplo, las instituciones de la propiedad privada y la sociedad civil están firmemente arraigadas, y la injusticia social ocurre muchas veces más bien por la falta de protecciones positivas y salvaguardas contra el poder de las instituciones privadas. En los Estados Unidos el argumento en favor de un derecho firme a algún tipo de asistencia social es, al menos, factible. Este derecho no causaría un perjuicio grave a las instituciones legales y sociales existentes, ya que no sería capaz de amenazar la creencia generalizada en los mercados, en los derechos de propiedad sólidos y en la sociedad civil.

Por otra parte, en sistemas que buscan establecer por primera vez mercados libres y una sociedad civil, y que ya tienen un compromiso público fuerte con un esta-

do de bienestar social, estas consideraciones apuntan precisamente en la dirección opuesta. Un gran cambio legal y cultural que genere respeto por los mercados y fe en la propiedad privada resulta indispensable. Es por ello una verdad sorprendente que una constitución marcadamente negativa, protectora de la ordenación por parte del mercado, sea poderosa en Europa Oriental en las condiciones actuales, aunque una constitución de este tipo sea ambigua en Occidente.

Podemos extraer una conclusión aun más general de este debate. Se suele decir que las constituciones, al ser una especie de derecho superior, deben ser compatibles con la cultura y costumbres de las personas a quienes regulan. En cierto sentido, sin embargo, se podría afirmar precisamente lo opuesto. Las disposiciones constitucionales deben ser diseñadas para combatir los aspectos de la cultura y tradición de un país que puedan producir algún daño mediante los procesos políticos ordinarios del mismo. Hay una gran diferencia entre los riesgos a los que se enfrenta una nación comprometida por su cultura y tradición con el libre mercado, aquéllos propios de una nación comprometida con la seguridad social y la protección estatal general. Las constituciones deberían contrarrestar las tendencias particulares más amenazantes de un país. Esto explica por qué se deben establecer protecciones extremas contra la discriminación de género y la opresión étnica y religiosa en Europa Oriental (un tema que, sin embargo, me llevaría mucho más allá del alcance de este ensayo). Es por este motivo, sobre todo, que una constitución diseñada para un país no resulta adecuada para otro.

B. Disposiciones Particulares

En los siguientes años será crucial desarrollar un conjunto de posibles disposiciones a ser incluidas como una sección de “declaración económica de derechos” en la constitución que se proponga. Esta sección podría resultar siendo una de las nuevas contribuciones dadas por los actuales constitucionalistas a la práctica y teoría general del constitucionalismo.

En esta sección propongo un esquema preliminar de disposiciones constitucionales que podrían ser adoptadas a fin de crear un sistema de derechos de propiedad y de mercados económicos que funcione adecuadamente. El esquema viene a ser poco más que una lista, teniendo como intención servir como punto de partida para el análisis del tema.

1. Principio de legalidad

Para acatar el principio de legalidad, el Estado debe asegurarse de que no pueda accionar contra un ciudadano sin haber dictado previamente una ley pertinen-

²⁴ Ver GLENDON, M. “Rights Talk”. 1991.

te. El principio de legalidad requiere que tales restricciones sean claras –no ambiguas– y de acceso al público en general –no secretas–, además de que operen en el mundo de la manera que lo hace en el papel²⁵.

La garantía del principio de legalidad es un derecho tanto económico como democrático. Crea un muro de protección para los ciudadanos, garantizándoles inmunidad y asegurándoles que podrán involucrarse en actividades productivas sin temor al Estado. Mediante la creación de este muro de protección, se genera una seguridad e independencia que constituyen requisitos para el rol de un ciudadano en una democracia.

2. Protección de la propiedad frente a la expropiación sin indemnización

Muchas constituciones contienen protecciones de esta naturaleza. La Constitución de los Estados Unidos encarna esta idea en su quinta enmienda, que dice, “no será tomada la propiedad privada para su uso público sin una justa indemnización”²⁶. Una disposición general como ésta es indispensable por razones tanto económicas como democráticas. Sin tal disposición, no existe, ni en los hechos ni la ley, un sistema de propiedad privada.

3. Protección de la propiedad frente a la expropiación sin un debido proceso

Esta es una protección procesal más que sustantiva. Significa que los ciudadanos tendrán derecho a un proceso antes de que el Estado pueda interferir con sus tenencias. Una disposición de esta naturaleza cumple dos funciones.

En primer lugar, promueve una determinación precisa de los hechos. Un proceso ante un tribunal independiente asegura que la propiedad no será tomada de forma caprichosa, o por razones discriminatorias o irrelevantes. En un proceso, resulta necesario demostrar los hechos que justifiquen una privación legal de la propiedad. En segundo lugar, el derecho a un debido proceso conlleva una importante función dignificadora y participativa. Decir que uno no podrá ser privado de su propiedad sin un debido proceso significa que antes de que el Estado pueda actuar contra ellos, tendrá que escuchar lo que tengan que decir. Asimismo, esta restricción refuerza la legitimidad del Estado. Hay una considerable cantidad de evidencia que demuestra que

las personas se sienten más seguras y confiadas si el Estado les brinda una oportunidad de ser oídos antes de actuar en contra de sus intereses.

4. Protección a los contratos.

(a) En general

Muchas constituciones protegen la libertad contractual frente a la invasión estatal, con por ejemplo, disposiciones que establecen que el Estado no podrá dar una “ley que inhabilite las obligaciones contractuales”²⁷. La protección constitucional de los contratos da la seguridad a los ciudadanos de que éstos podrán efectuar sus actividades económicas sin verse afectados a la intervención estatal. Sin este derecho habrá un poderoso elemento disuasivo a la actividad productiva.

Para los países que opten por este camino hay dos cuestiones centrales. La primera, si esta protección se aplica a futuro, o solamente de manera retroactiva. Uno podría pensar que el Estado debería ser libre para crear el marco dentro del cual las personas puedan contratar, no habiendo límite al poder del Estado de restringir, de manera previa, tales condiciones. Este es el enfoque del derecho norteamericano, que permite al Estado afectar la contratación de la manera que le plazca, siempre y cuando se haga de antemano.

La segunda cuestión relacionada a este tema consiste en la extensión del “poder de policía”, referente a qué límites a la libertad contractual serán permitidos. Es evidente que el Estado puede prohibir contratos de homicidio o asalto. También es probable que se esté de acuerdo con la prohibición de contratos en los que uno se obligue a trabajar por menos de un determinado salario mensual o por más de cierta cantidad de horas a la semana. ¿Esto significa que el Estado puede dejar sin efecto un contrato de manera retroactiva, simplemente porque cree que sus resultados son injustos para una de las partes²⁸? Si es así, la libertad contractual se vuelve letra muerta.

(b) Prohibición al control de precios y salarios

Los límites a los precios y salarios –bajo la modalidad de techos o pisos– son, por supuesto, métodos estándar para interferir con los mercados libres. Por este motivo, resulta válido argumentar que los países de Europa Oriental deberían comprometerse de antemano a no optar por este camino, que aunque se muestre atractivo en el corto plazo, es extremadamente destructivo a futuro.

²⁵ Ver FULLER, L. “The Morality of Law”. 1964.

²⁶ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Enmienda V.

²⁷ Artículo 1, sección 9, sección 10.

²⁸ Sucede a veces que las personas creen que el remedio apropiado para un trato severo es prohibirlo. Sin embargo, no está claro que este remedio ayude a la parte débil. Normalmente, a una persona en circunstancias desfavorables se le presentan una gama de alternativas también desfavorables, entre las cuales escogerá la menos desfavorable de todas. El no permitirle esta opción no ayuda a mejorar su mala circunstancia, simplemente la obliga a escoger la segunda opción menos desfavorable. Es crucial para las democracias emergentes entender este punto. Cuando las opciones que ofrece el mercado son limitadas y desfavorables, existe la tentación de prohibirlas; sin embargo, el cierre de las opciones del mercado es un remedio completamente ineficiente.

Un problema particular en este punto es que grupos privados altamente organizados, generalmente buscarán asistencia bajo la modalidad de normas reguladoras que les permitan operar como carteles. A primera vista, esta estrategia podría parecer tener alguna justificación de interés público; sin embargo, puede producir resultados desastrosos. Un sistema que crea precios mínimos para la leche, por ejemplo, puede ayudar a algunos productores de leche, pero también creará escasez de un producto importante y elevará los precios para los consumidores, que muchas veces serán gente pobre. Los precios máximos, a su vez, pueden producir escasez de productos importantes.

Un sistema donde el Estado suela fijar precios mínimos y máximos, finalmente producirá muchos de los problemas económicos y democráticos que las naciones de Europa Oriental buscan resolver. Estados Unidos ha sido testigo de este problema específico en cuanto a la regulación de los precios del combustible, la que ayudó a producir la crisis de energía de los años 70.

Por otro lado, se podría pensar que los controles a los salarios y los precios podrían a veces ser deseables durante y después de la transición a una economía de mercado. Aun en estas economías los controles legales a los salarios y precios tienen una justificación que sólo a veces puede ser defendible. La categoría no se limita a los salarios mínimos, incluye también diversos soportes de precios. Para el problema que se presenta aquí, la prohibición a tales controles podría ser un remedio excesivo.

5. Libertad ocupacional

Hay distintas posibles disposiciones para proteger la libertad ocupacional.

(a) Protección al ingreso libre a las ocupaciones, oficios y profesiones

La Constitución Alemana contiene una disposición de esta naturaleza. Ahí se da una protección saludable frente a las restricciones estatales a una especie importante de libertad, que es parte esencial de un mercado laboral libre.

Esta protección contiene, sin embargo, una ambigüedad similar a la que se presenta en el caso de la protección a la libertad contractual. Está claro que el Estado puede imponer ciertas restricciones para que determinados trabajos sean realizados por personas capacitadas para ello. Puede por ejemplo, asegurarse de que los médicos, efectivamente, sepan algo de medicina o que los abogados tengan educación en Derecho. Si esto es así, será necesario distinguir entre las intervenciones a la entrada libre a las ocupaciones le-

gítimas e ilegítimas, en vez de decir de plano que el Estado no tiene función alguna que cumplir en este aspecto. Este tema seguramente será resuelto de una mejor manera por medio de la interpretación judicial y no en el mismo texto.

(b) El derecho a escoger la ocupación propia

Una disposición de este tipo puede encontrarse en la Constitución Alemana. Se sobrepone en gran medida a la protección del ingreso libre a las ocupaciones y tiene virtudes similares. Conlleva a la vez una dificultad interpretativa similar, referente a la legitimidad de las disposiciones diseñadas para asegurar la debida calificación de las personas para determinados trabajos.

(c) Una prohibición al trabajo forzoso

Esta disposición parece indispensable para las democracias emergentes de Europa Oriental. Es un buen complemento al derecho a escoger uno mismo su ocupación, al establecer que el Estado no puede requerir a las personas a trabajar en lo que a éste le convenga. Tien- de además a garantizar mercados laborales libres. Al mismo tiempo, esta disposición establece, de una manera no muy sólida, la tradicional prohibición liberal a la esclavitud, encarnada en la idea general de que "no estamos hechos para servir los propósitos del otro"²⁹.

6. Prohibición a los monopolios estatales (de iure)

Si el objetivo es crear una economía de mercado, la Constitución debería establecer que el Estado no podrá crear para sí mismo un monopolio sobre ningún sector de la economía. Un derecho exclusivo al manejo de la agricultura o de las telecomunicaciones es una manera segura de ahogar la competencia y de reducir la productividad económica. El hecho es que tal derecho exclusivo volvería a introducir todos los problemas analizados en la Parte I de este ensayo. El Estado deberá estar prohibido de tomar este camino.

Bajo ciertas condiciones muy limitadas, podría permitir una excepción, como por ejemplo, cuando el Estado no puede realizar uno de sus fines eficientemente sin crear un monopolio, siendo imposible la competencia al mismo tiempo. Esta situación es, sin embargo, extremadamente inusual y deberá imponerse al Estado una fuerte carga probatoria a fin de demostrar su existencia en cada caso en particular.

Probablemente sería un error crear una prohibición constitucional a los monopolios estatales existentes que no fueron creados por ley. Es probable que se presenten algunos monopolios de facto en la transición del comunismo, y es difícil imaginarse cómo éstos podrían

²⁹ LOCKE, John. "Two Treaties on Government 311". Laslett ed. 1960.

ser prevenidos por un tribunal constitucional. En este extremo nos topamos con uno de los límites del constitucionalismo: el poder insuficiente de los remedios judiciales.

7. No discriminación a la empresa privada

Probablemente se desprenda de lo dicho hasta este momento que el Estado debería estar prohibido de imponer desventajas especiales a las empresas privadas; es decir, de imponer tributos, regularlas, o de alguna forma disuadirlas de operar en condiciones iguales a los órganos oficiales. El Estado podría crear estas desventajas para protegerse de la competencia o para proteger a sus propios intermediarios. Si así lo hiciera, causarían graves daños a la sociedad civil y a los mercados económicos. Una prohibición en tal sentido podría hacer mucho bien.

Está claro que van a surgir ciertas dificultades interpretativas. Para saber si existe discriminación, uno deberá analizar si las empresas estatales y privadas se encuentran en una situación similar, siendo ésta una pregunta de difícil respuesta en muchos casos.

8. El derecho a viajar dentro y fuera del país

La protección al derecho a viajar tiene fines tanto económicos como democráticos. Especialmente en un sistema con cierto grado de descentralización jurisdiccional, el derecho a viajar es una salvaguarda contra la regulación opresiva. El hecho de que los ciudadanos se puedan ir es un factor de disuasión poderoso; así las personas pueden "votar con los pies". Es muy factible pensar que en los Estados Unidos, el derecho a viajar ha sido una de las mayores protecciones contra la legislación dañina para el desarrollo económico. Por lo menos dentro de un sistema federal, el derecho a viajar crea un límite intrínseco a la tiranía. El derecho a salir del país cumple esta misma función. En este sentido, éste es un derecho tanto económico como político.

9. La constitución fiscal

Podría ser apropiado introducir una serie de disposiciones que resulten en una especie de "constitución fiscal"; esto es, en un documento diseñado para regular las instituciones que manejan la relación entre el Estado y la economía. Estas disposiciones evidentemente se superponen a las anteriormente analizadas. A continuación ofrezco unos cuantos ejemplos. No analizo el régimen y las instituciones monetarias, dado que ameritan un debate extenso, pero las disposiciones pertinentes ciertamente deben ser tomadas en cuenta.

(a) Prohibición a las tarifas y aranceles

Probablemente ya ha sido establecido, tanto por la teoría como por la práctica, que las tarifas y los aran-

celes resultan dañinos para los ciudadanos de un país. A pesar de ello, hay una presión constante para tomar estas medidas por parte de los estrechos grupos e intereses que se beneficiarían de ellas. Dado que las tarifas y aranceles crean daños en el largo plazo y beneficios en el corto plazo, puede ser razonable establecer de antemano una disposición constitucional que los prohíba. El problema con esta estrategia es que también es razonable pensar que bajo ciertas circunstancias, las tarifas y aranceles pueden ser necesarios, siendo tal vez adecuada su disponibilidad como mecanismo del gobierno en los procesos de negociación con otros países.

(b) Presupuesto balanceado

En los Estados Unidos, recientemente ha surgido un interés considerable en torno a una enmienda constitucional que requerirá de "presupuestos balanceados". Los argumentos a favor de esta enmienda no son oscuros. Para los legisladores y gobiernos que tienen problemas domésticos y electorales a corto plazo, puede tener mucho sentido gastar más de lo que se recibe, siendo las generaciones futuras las que tendrán que lidiar con los peligros inherentes a esta opción. Podría dirigirse una disposición constitucional en contra de esta clase de miopía.

Reflexionando, sin embargo, podemos ver que su inclusión en la constitución probablemente sería un error. Puede ser que en un año en particular la decisión correcta sea no balancear el presupuesto. Las consecuencias de los presupuestos no balanceados son debatidas por economistas, no estando claro si sus efectos son realmente dañinos. Por otra parte, una disposición de esta naturaleza sería difícilmente ejecutable por los tribunales.

(c) Restricciones al poder impositivo

Una constitución fiscal también podría imponer restricciones al poder impositivo. Lo más factible aquí sería una prohibición a la imposición retroactiva. Si el Estado puede gravar recursos acumulados en un período en el que no podían ser gravados, siendo consistentes con el principio de legalidad, no debería estar permitida la introducción de un tributo que se imponga retroactivamente. Aquí también surge la cuestión relativa a la posibilidad de restringir la progresividad.

(d) Prohibición de los controles a la exportación e importación de moneda

Podría tener sentido complementar el derecho a viajar con una prohibición a los controles legales a la exportación e importación de moneda. Tal prohibición podría cumplir funciones similares en relación con la lucha contra el proteccionismo.

III. PROBLEMAS

No he tratado aún dos problemas de particular importancia para las democracias emergentes de Europa Oriental. El primero es que la interpretación de las disposiciones constitucionales es crucial, y que no puede ser determinada del todo por los redactores de las mismas. He afirmado por ejemplo, que una constitución debería asegurar que la propiedad privada no pueda ser tomada sin una justa indemnización. Sin embargo, no hay manera de que la constitución pueda determinar de antemano qué actuaciones estatales deberán ser catalogadas como “expropiación”. Dadas las limitaciones del lenguaje, esta tarea deberá ser dejada a los jueces que vean cada caso y medida en particular. Lo mismo se aplica a todas las disposiciones que ahora están siendo consideradas en Polonia y otros países. Las constituciones delimitan esquemas amplios para la toma de decisiones, pero dados los límites de la palabra y de la capacidad de previsión del ser humano, no pueden hacer mucho más que eso.

Más fundamental aun, el significado de cualquier texto está dado en función de principios interpretativos. Afirmaciones como que el significado que se le dio originalmente es el verdadero y obligatorio, o que debe haber una presunción interpretativa en favor de los derechos de propiedad, o que los tribunales deben intrometerse lo menos posible en los procesos políticos, o que el compromiso con la igualdad constitucional implica un compromiso con la eliminación de las castas, son del todo comprensibles; sin embargo, su contenido no se encuentra “en” ningún texto, por lo que deben ser justificadas en términos sustantivos. Frecuentemente, los debates en torno a los principios interpretativos pretenden ser semánticos, cuando en realidad involucran la selección, sobre la base de consideraciones políticas y morales, de las normas con las cuales dar sentido al texto constitucional. Ningún documento puede evitar dar discrecionalidad a los intérpretes para que escojan entre una variedad de normas posibles.

El segundo problema es que un sistema de propiedad privada tiene que ser creado, y no solamente reconocido. En vista de la experiencia reciente de Europa Oriental, la idea del *laissez-faire* como descripción de los mercados, queda expuesta como una ficción evidente. La existencia de los mercados depende no de la pasividad sino de las opciones activas del Estado. La mayoría de estas opciones no pueden ser tomadas dentro de una constitución. Así, el movimiento por la privatización –por la creación de derechos de propiedad– es crucial, y debe acompañar a la redacción e implementación de los derechos constitucionales. De esta manera, la Constitución operará con un trasfondo de derechos de propiedad, y protegerá

estos derechos una vez que sean creados; sin embargo, el acto mismo de su creación no ocurrirá a nivel constitucional.

En Europa Oriental es un problema particularmente grande. Desafortunadamente, la verdad es que las propiedades existentes suelen tener en su origen en la arbitrariedad o en la injusticia. El ser titular de algo está en función de actos públicos y privados del pasado, que en muchas ocasiones son irrelevantes o inaceptables desde el punto de vista moral. En Occidente este hecho puede ser convenientemente ignorado, dado que el papel del destino, la injusticia o el Estado, en la asignación inicial de las titularidades no es muy visible. En cierto sentido esto es algo bueno, dado que un enfoque constante sobre los orígenes de los derechos de propiedad podría dificultar la realización cotidiana de las asignaciones actuales. En Europa Oriental en cambio, cualquier asignación de titularidad será sumamente visible. Ocurrirá de golpe o en varias etapas, pero en cualquier caso las personas notarán que algunos están recibiendo propiedades a través de decretos estatales y que otros no. Es por esta razón que la tarea de asignación de titularidades será más difícil.

Se piensa a veces que la asignación inicial de titularidades “no importa”, en el sentido de que ante la ausencia de costos de transacción, las personas negociarían el mismo resultado a pesar de dicha asignación. Ésta es la concepción fundamental sobre la que está basado el teorema de Coase³⁰. A pesar de la influencia ejercida por el teorema de Coase en el derecho Norteamericano, y de su contribución a los grandes avances en nuestra comprensión, esta proposición no siempre es verdadera. Su falsedad tiene una relación significativa con los actuales esfuerzos de reforma en Europa Oriental.

El punto central es que la preferencia de una persona por una mercadería, un derecho, o cualquier otro bien, está determinada en parte por si el Estado se lo asignó inicialmente. No hay manera de evitar la tarea de asignación inicial de una titularidad, y la decisión de asignarla a cierta persona suele hacer que ésta le dé un mayor valor que si hubiese sido asignada a otra persona (también hace que los demás le den un menor valor que el que le hubieran dado en caso contrario). La asignación inicial sirve para influenciar, legitimar y reforzar las creencias sociales sobre presuntos derechos de propiedad. Esta asignación tiene una importante conexión causal con la percepción que se tiene del bien o derecho en juego.

Esta afirmación es una cuestión de hecho, y ha recibido considerable confirmación empírica. El efecto sobre las preferencias dado por la asignación inicial de

³⁰ Ver COASE. Nota 6 *supra*.

una mercadería o por la titularidad se denomina comúnmente "el efecto de dotación"³¹. El efecto de dotación tiene gran importancia. Sugiere que cualquier asignación inicial puede ejercer influencia sobre las preferencias (y los Estados no pueden rehusarse a efectuar estas asignaciones).

Economistas y sicólogos han encontrado este efecto en muchos casos, incluyendo tanto experimentos reales de intercambio como encuestas. Por ejemplo, un estudio reciente mostró que las personas a las que les fueron asignados ciertos objetos de consumo como lapiceros, tazas de café y binoculares, les dieron un mayor valor a estos objetos, que el dado por las personas que tuvieron que comprarlos³². Estos efectos no fueron observados cuando se utilizaba dinero en experimentos del mismo tipo. En otro estudio similar, se les dio tazas de café a algunos participantes y barras de chocolate a otros. A ambos se les dijo que podían intercambiar tales bienes. A los participantes de un tercer grupo no se les asignó nada inicialmente y se les dio para escoger uno de los dos productos. El 56% de estos escogió la barra de chocolate. En cambio, el 89% de los que inicialmente recibieron la taza se rehusaron a cambiarla por el chocolate, y sólo el 10% de los otros aceptaron cambiar el chocolate por la taza³³. La diferencia en los resultados sólo se puede explicar en referencia a la asignación inicial.

Estudios basados en trabajos de encuesta han llegado a resultados similares. Uno de estos estudios encontró diferencias entre las valoraciones de pago y de indemnización de árboles en un parque, de aproximadamente cinco a uno³⁴. Cuando se les preguntó a cazadores acerca de la posible destrucción de un hábitat de patos éstos dijeron que estarían dispuestos a pagar un promedio de \$247 para evitar la pérdida, pero que demandarían no menos de \$1'044 por aceptarla³⁵. En otro estudio, los participantes demandaron pagos por aceptar una reducción de visibilidad de 5 a 16 veces mayor que la valuación basada en lo que estaban dis-

puestos a pagar por evitarla³⁶. De acuerdo a otro estudio, la indemnización que se demandó por aceptar un nuevo riesgo de muerte inmediata del 0.001% fue de una a dos veces la cantidad que se estaba dispuesto a pagar por eliminar un riesgo existente de la misma magnitud³⁷. Un estudio relacionado demostró prejuicios de *status quo* similarmente grandes en cuanto a lo que se estaba dispuesto a pagar por cambios en los riesgos. Un fuerte prejuicio de *status quo* parece afectar las reacciones a los riesgos y pérdidas.

Por lo tanto, se ha demostrado que en diversas situaciones las personas asignan un mayor valor a los derechos o bienes que ya tienen, que a los mismos bienes en manos de otros. Hay múltiples explicaciones posibles para el efecto de dotación. En muchos casos, los efectos de la dotación reflejan las verdaderas consecuencias de las asignaciones iniciales sobre la formación de preferencias³⁸. Los efectos de la dotación tal vez reflejen un esfuerzo por reducir la disonancia cognitiva. Una valoración alta de lo que uno tiene y una valoración baja de lo que no se tiene es una manera de reducir la disonancia y, en cierta medida, es altamente adaptable. Es posible además que la asignación inicial tenga un efecto legitimador importante, al sugerir que la titularidad es "naturalmente" propia de aquél a quien se le ha asignado, lo que conlleva una carga social incluso para los intercambios voluntarios. En algunos casos es probable que la divergencia entre lo que se está dispuesto a pagar y a aceptar a cambio, sea producto de una modificación en las normas sociales resultado del cambio en la asignación de la titularidad³⁹.

Para los fines del presente ensayo no es necesario explicar los mecanismos que subyacen a los efectos de la dotación. Es suficiente decir que la asignación inicial de titularidades tiene efectos sobre la formación de las preferencias, y que al ser así, no existe una "preferencia" descontextualizada con la que pueda trabajar el Derecho o la política.

³¹ Fue llamado así por primera vez en THALER. "Toward a Positive Theory of Consumer Choice". En: J. Econ. Behavior and Org. 1. 1980. p. 39.

³² KAHNEMAN, KNETCH y THALER. "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem". En: J. Pol. Econ. 98. 1990. p. 1325. Ver también KNETCH. "The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves". En: Am. Econ. Rev. 79. 1989. p. 1277; KNETCH y SINDEN. "Willingness to Pay and Compensation Demanded: Experimental Evidence of an Unexpected Disparity in Measures of Value". En: Q.J. Econ. 99. 1984. p. 507.

³³ KNETCH. Nota 32 *supra*.

³⁴ BROOKSHIRE y COURSEY. "Measuring the Value of a Public Good: An Empirical Comparison of Elicitation Procedures". En: Am. Econ. Rev. 77. 1987. p. 554.

³⁵ HAMMOCK, J. y BROWN, G. "Waterfowl and Wetlands: Toward Bioeconomic Analysis". 1974.

³⁶ ROWE, d' ARGE, y BROOKSHIRE. "An Experiment on the Economic Value of Visibility". En: J. Env. Ec. And Management 7. 1980. p.1.

³⁷ THALER, Nota 31 *supra*. p. 44.

³⁸ Estos efectos pueden también provenir de la experiencia; las personas que utilizan un producto o que son titulares de algo, pueden aprender a apreciar su valor. Pueden ser producto de consideraciones estratégicas; alguien podría rehusarse a dejar un derecho porque esta concesión podría revelar cierta debilidad al momento de negociar. A veces pueden ser producto del efecto de riqueza de la asignación inicial de la titularidad. Distintas asignaciones pueden producir diferencias en la riqueza –alguien con más asignaciones sería más rico– y talvez algunas asignaciones podrían tener efecto suficientemente grandes como para afectar el punto al que la gente negociará.

Estos efectos también podrían derivar de un arrepentimiento anticipado de "después del hecho". Quienes intercambien un bien por otro pueden pensar que en caso de decepción se quedarían no sólo con un bien de valor incierto, sino con un sentimiento de responsabilidad por dicho hecho. Ellos explican los efectos de la dotación mientras tienen preferencias constantes, pero este tipo de explicación no parece ser suficiente.

³⁹ El efecto de dotación probablemente no se deba enfocar como un caso de irracionalidad individual, como lo que se ha visto en el caso de ciertas reacciones a eventos de baja probabilidad, o en ciertos tipos de cambio de preferencias. No está nada claro que el prejuicio de *status quo* de este tipo sea irracional.

Si todo lo dicho es cierto, habrá grandes consecuencias. En Europa Oriental los derechos de propiedad aún tienen que ser asignados. Debe tomarse una serie de decisiones –que no son factibles de ubicar en la Constitución– a fin de establecer quién es dueño de qué. La característica distintiva de un sistema de libertad contractual es que los derechos de propiedad son alienables. Pero un sistema de esta naturaleza puede operar con asignaciones iniciales de derechos muy distintas. ¿Deben los trabajadores tener derecho general a ser despedidos sólo por causa, un derecho que los empleadores pueden comprar a través de un contrato? ¿O deben tener los empleadores el derecho general a despedir a sus empleados discrecionalmente, derecho que los trabajadores pueden comprar mediante acuerdo? ¿El derecho a tener una fábrica incluye el derecho a contaminar, sujeto éste a un acuerdo de cese obtenido por los vecinos? ¿O es que los vecinos tienen ese derecho inicialmente, con la posibilidad de su compra por el dueño de la fábrica? Un régimen de libertad contractual es consistente con todos estos sistemas. El punto clave es que la asignación inicial afectará la valoración de estos derechos tanto por los dueños actuales como por los compradores potenciales. Y si esto es así, la asignación inicial tendrá consecuencias significativas en los resultados finales.

Para las transiciones de Europa Oriental es importante entender además que gran parte del comportamiento gubernamental –los actos del gobierno y de los que buscan influenciar sobre él– probablemente sea producto de los efectos de la dotación. Este hecho tiene una amplia gama de implicancias positivas. En efecto, ayuda a explicar muchos resultados y comportamientos políticos. Los que participan en la política deben explotar los efectos de la dotación, intentando describir el *status quo* de manera que se aproveche el fenómeno del prejuicio del *status quo*. Así, los actores políticos suelen tener éxito cuando son capaces de identificar y controlar la percepción del *status quo*. Un ejemplo de esto –prominente en Europa Oriental antes y después del comunismo– se da en los esfuerzos políticos constantes por rebajar las expectativas al describir el *status quo*, sea real o percibido, sistemáticamente como peor de lo que en realidad es, de manera que la ciudadanía no perciba las variaciones como pérdidas, sino más bien como mejoras. Este fenómeno ocurre durante las elecciones, guerras y debates sobre la economía.

Respecto de la problemática actual en Europa Oriental, la existencia de efectos de la dotación demuestra la importancia de las asignaciones iniciales en la creación de preferencias y creencias. Probablemente lo

único que se pueda afirmar es que la asignación inicial debe ser realizada de manera democrática, y con conciencia clara de las (tal vez sorprendentes) consecuencias que podría traer. Sin embargo, es imposible que la Constitución realice esta asignación. Sólo puede proteger los derechos de propiedad una vez que han sido creados. Al igual que el problema de la interpretación, el de la asignación inicial de titularidades iniciales señala ciertas limitaciones significativas del constitucionalismo.

CONCLUSIÓN

Las tres transiciones que en estos momentos se están dando en Europa Oriental, deberían llevarse a cabo de manera más estrecha. Sobre todo, la tarea de creación constitucional puede facilitar la transición a mercados económicos y al autogobierno democrático. Con este objetivo, he trazado posibles disposiciones constitucionales diseñadas para proteger las instituciones básicas de la propiedad privada, los mercados libres y la sociedad civil. Un análisis similar podría ser aplicado a aquellas disposiciones que no se encuentren directamente relacionadas con la protección de los mercados –incluyendo los derechos a la libertad de asociación; los derechos a la no discriminación basada en género, raza, religión y etnia; y, a las libertades políticas y religiosas.

El tema más general es que con una protección constitucional firme a la propiedad privada y los mercados económicos, los países de Europa Oriental pueden dar un gran paso hacia el crecimiento económico y el autogobierno democrático. La conexión entre la propiedad privada y la prosperidad ha quedado bien comprendida; mientras que la experiencia de Europa Oriental confirma un tema menos obvio, relacionado con la contribución de estos derechos a la seguridad, indispensable para la ciudadanía. Bajo este enfoque, tales derechos pueden ser defendidos no sobre la base de su conformidad con la “naturaleza humana”, sino por el contrario, como parte de un sistema que tiene efectos saludables, y no destructivos, sobre esta naturaleza. Es bajo estos términos que resulta más factible la defensa de los mercados y de la democracia.

Esta afirmación no se opone a los programas que redistribuyen recursos, capacitación y oportunidades a los pobres, o que protegen de alguna forma a los vulnerables. Los argumentos instrumentales que justifican la propiedad privada demandan esfuerzos por asegurar que todos tengan algo de ello. Estos argumentos apoyan fuertemente los programas del gobierno que suplementan la ordenación del mercado⁴⁰.

⁴⁰ Esto no quiere decir sin embargo que tales programas se deben garantizar a través de la constitución. Tampoco niega que se deben tomar decisiones difíciles en cuanto a la eficacia de distintos programas, dado que algunos de estos sin duda socavan sus propias metas al crear dependencias.

Sin una protección constitucional firme de los derechos de propiedad, de la sociedad civil y de los mercados, es probable que se dé una tendencia sustancial a interferir en todas estas instituciones, con lo que se reproducirán los mismos problemas que estas instituciones buscan resolver. En Europa Oriental la tarea de creación constitucional es más difícil y urgente de lo que fue en Occidente, donde ya existía un trasfondo previo de instituciones firmemente establecidas. La conclusión irónica es que el argumento a favor de una constitución negativa firme, y de la creación y protección de derechos de propiedad y de mercados libres, es muy poderoso en Europa Oriental, a pesar de que en Occidente sea más bien ambiguo.

Ninguna constitución puede realizar las asignaciones iniciales de derechos de propiedad. Esto se debe dejar a los procesos democráticos. Es más, ningún texto constitucional puede controlar el proceso de la interpretación, por lo que siempre existe el peligro de que los documentos escritos sean interpretados de manera contraria al bienestar de un país. Sin embargo, todo cambio social a gran escala trae riesgos, y la ubicuidad de riesgos no es un motivo de resignación ni desaliento. Una constitución que ofrezca una protección firme a los derechos de propiedad puede facilitar en gran medida la transición a los mercados y a la democracia.